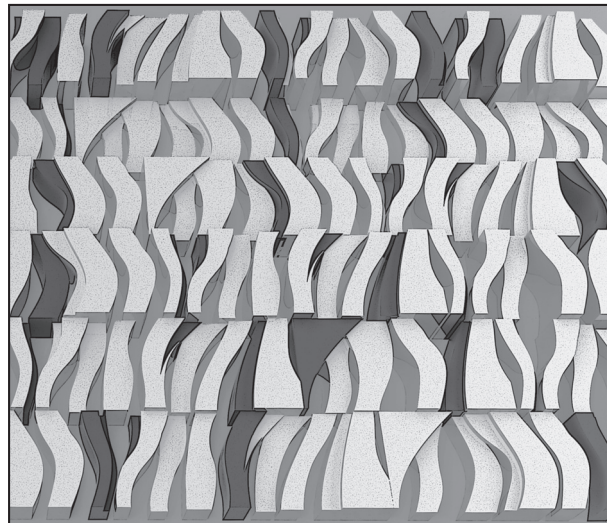


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 222

ANO 23

ABRIL/MAIO/JUNHO 2011

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Francisco Falcão

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Servidores

Andrea Dias de Castro Costa

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Jacqueline Neiva de Lima

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Estagiário

Ricardo Rodrigues Fonseca Junior

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 (set. 1989) -. Brasília : STJ, 1989 -.Periodicidade varia: Mensal, do n. 1 (set. 1989) ao n. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do n. 203 (jul/ago/set. 2006).

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286.

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Ari Pargendler** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)

Ministro Francisco **Cesar Asfor Rocha** (*Diretor-Geral da ENFAM*)

Ministro **Gilson Langaro Dipp**

Ministra **Eliana Calmon** Alves (*Corregedora Nacional de Justiça*)

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

Ministra Fátima **Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**

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 Antonio **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

Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos** **Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas** **Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**

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 **Ari Pargendler** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Cesar Asfor Rocha**

Ministro **Gilson Dipp**

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **José de Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

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 **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

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

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

Ministro **Cesar Asfor Rocha**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Humberto Martins**

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 **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

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

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

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

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 **Jorge Mussi** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Napoleão Maia Filho**

Ministro **Adilson Macabu***

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 **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Haroldo Rodrigues****

Ministro **Vasco Della Giustina*****

* Desembargador convocado (TJ-RJ)

** Desembargador convocado (TJ-CE)

*** Desembargador convocado (TJ-RS)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

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

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Herman Benjamin** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministra **Nancy Andrichi** (*Presidenta*)

Ministro **Napoleão Maia Filho**

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministro **Gilson Dipp**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Nancy Andrichi** (*Corregedora-Geral*)

Ministro **Gilson Dipp** (*Efetivo*)

Ministra **Laurita Vaz** (*1º Substituto*)

Ministro **Teori Albino Zavascki** (*2º Substituto*)

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

Ministro **Ari Pargendler** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Vice-Presidente*)

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

Membros Efetivos

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

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

Juíza Maria Helena Cisne (*TRF 2ª Região*)

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

Juíza Marga Inge Barth Tessler (*TRF 4ª Região*)

Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

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

Juiz Raldênio Costa (*TRF 2ª Região*)

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

Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon (*TRF 4ª Região*)

Juiz Rogério Meneses Fialho Moreira (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

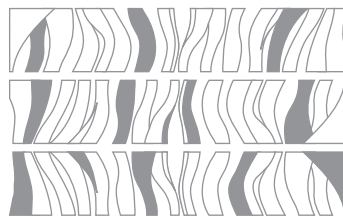
Corte Especial	17
Primeira Seção.....	87
Primeira Turma	179
Segunda Turma	229
Terceira Turma	307
Quarta Turma.....	405
Terceira Seção.....	539
Quinta Turma.....	559
Sexta Turma.....	665

ÍNDICE ANALÍTICO	757
-------------------------------	-----

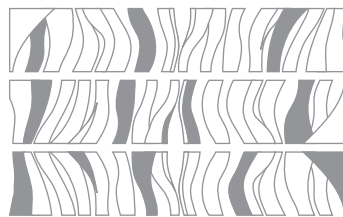
ÍNDICE SISTEMÁTICO	781
---------------------------------	-----

SIGLAS E ABREVIATURAS	787
------------------------------------	-----

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	793
--	-----



Jurisprudência



Corte Especial

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.315-DF (2010/0198986-8)

Relator: Ministro Presidente do STJ

Agravante: União

Agravado: MS2 Participações e Empreendimentos Ltda.

Advogado: Jonas Modesto da Cruz e outro(s)

Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 653.849.020.104.010.000 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

EMENTA

Pedido de suspensão de liminar e de sentença. Paralisação de obra em terreno vizinho ao da Controladoria-Geral da União. As conveniências de um proprietário não se sobrepõem às de outro. Quando tem o domínio de um prédio em más condições, o particular está na obrigação de repará-las, e o Poder Público, na esfera municipal (no Distrito Federal, distrital), deve exigir que isso seja feito. A regra não é diferente se o proprietário do prédio for uma pessoa jurídica de direito público. O serviço público é essencial, mas a Administração Pública deve prestá-lo sem ferir o direito dos administrados. Agravo regimental desprovido.

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 Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Convocado o Sr. Ministro Massami Uyeda para compor quórum.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 18.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a seguinte decisão:

1. Os autos dão conta de que a União ajuizou ação de nunciação de obra nova, com pedido de medida liminar, contra MS2 Participações e Empreendimentos Ltda., objetivando o embargo da obra localizada no Setor de Autarquias Sul, Quadra 01, Lote 7/A, Matrícula n. 28.252, até que seja realizada perícia judicial a fim de aferir se a construção oferece riscos à integridade física do prédio vizinho, denominado Edifício Darcy Ribeiro, sede nacional da Controladoria-Geral da União, e à segurança dos seus ocupantes (fl. 15-24).

A petição inicial relata os seguintes fatos:

(...) o Edifício Darcy Ribeiro é uma construção antiga - mais de 40 anos - e, como é cediço em tais situações, apresenta fragilidades em sua estrutura, tanto que há relatos de ocupantes do prédio a respeito de vibrações e tremores.

Essas situações já haviam fomentado a realização de várias avaliações técnicas estruturais, sendo as mais recentes o Laudo Técnico do Instituto de Engenharia de Avaliações e Perícias – IBAPE-DF, de fevereiro de 2008, e o Laudo Técnico realizado pela Exame Tecnologia, em setembro de 2009 que seguem anexos (doc. 04).

A realização de tais laudos, cujas conclusões não demonstraram evidências de problemas estruturais, se basearam em situação fática na qual não havia intervenções em imóvel externo e contíguo ao da Controladoria.

Conforme se verifica do croqui obtido com emissário da Nunciada, ela pretende construir quatro pavimentos no subsolo do terreno, ladeando o edifício da Controladoria, a uma distância de apenas três metros das suas fundações.

Ora, se no estado atual, sem construções ao seu redor, o prédio da Nunciante já apresenta vibrações e tremores e é objeto de constantes vistorias e análises técnicas, a iminência de uma construção do porte da

Nunciada merece atenção especial para produção de laudo que garanta a integridade do edifício da Controladoria e a plena segurança de seus ocupantes. E esta é a preocupação primeira da Nunciante: a segurança de sua edificação e de aproximadamente 1.100 pessoas que ali trabalham diariamente.

É preciso saber, com urgência, se a obra da Nunciada colocará ou não em risco a integridade física do prédio da Controladoria-Geral da União. É inadmissível que a segurança de aproximadamente 1.100 pessoas esteja à mercê da sorte e não de análise técnica de engenharia que demonstre se há ou não riscos de a construção da Nunciada abalar a edificação vizinha. Esta preocupação está muito bem delineada na documentação anexa (doc. 05).

A Nunciada, não obstante alertada para os riscos da sua construção, iniciou as obras e já derrubou as árvores do terreno, tudo conforme fotografias anexas (fl. 17-18).

O MM. Juiz Federal Dr. Antonio Claudio Macedo da Silva deferiu a medida liminar “para determinar à Ré, MS2 Participações e Empreendimentos Ltda., que se abstenha de construir no terreno, caracterizado pela Quadra 01, Lote 7-A, matrícula n. 28.252, Setor de Autarquias Sul, vizinho ao Edifício Darcy Ribeiro, nesta Capital, ou que paralise as suas atividades de construção, acaso iniciadas, até o julgamento definitivo da presente demanda” (fl. 26).

Lê-se na decisão:

Do que se liquida, em sede de cognição vertical sumária, vis-à-vis o arcabouço probatório constante dos autos, máxime pelos “croquis” do “edifício projetado”, não resta dúvidas de que a obra nunciada poderá comprometer a estrutura do prédio vizinho, Edifício Darcy Ribeiro, construído, como visto, há mais de 40 anos, fazendo-se imperioso e por medida de cautela, antes da eventual construção que se noticia, um estudo aprofundado e criterioso dos possíveis impactos estruturais.

Cabe enfatizar que essa medida se legitima ainda mais, tendo em vista que a construção comprometerá significativamente o acesso e a utilização do Edifício Darcy Ribeiro e poderá colocar em risco as pessoas que o ocupam para trabalhar, eis que ali se encontra instalada a Controladoria-Geral da União, na qual existem cerca de 1.100 servidores, além de várias autoridades federais.

Outrossim, ressuma, no mínimo, temeroso, o início de uma obra na qual o construtor sequer se dispõe a disponibilizar o projeto básico para o titular do domínio da propriedade contígua, com o desiderato de afastar os fundados temores descritos na peça vestibular (fl. 25-26).

Seguiu-se agravo de instrumento (fl. 27-53), a que o relator indeferiu o pedido de efeito suspensivo (fl. 54).

Na sequência MS2 Participações e Empreendimentos Ltda. apresentou contestação e, concomitantemente, ofereceu reconvenção com a finalidade de reivindicar parte do imóvel esbulhado e receber perdas e danos (danos emergentes) pela indevida ocupação de parte do terreno que serve de estacionamento privativo à Controladoria-Geral da União, bem como ressarcir os prejuízos (lucros cessantes) causados pelo prolongamento da demanda por prazo superior ao previsto para a conclusão da obra (18 meses), quando ficaria impedida de auferir renda locatícia das salas e vagas de garagens comerciais (fl. 55-66).

Sobreveio decisão, em que o MM. Juiz Federal manteve a decisão agravada e ordenou a intimação da União para contestar a reconvenção e replicar a contestação, omitindo-se quanto ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender o embargo da obra e autorizar a edificação, mediante a prestação de caução (fl. 74-75).

Seguiram-se embargos de declaração, que foram rejeitados pelo MM. Juiz Federal Substituto Dr. Tales Krauss Queiroz nestes termos:

Rejeito os embargos de declaração. Embora possível, em tese, pedido liminar em sede de reconvenção, no caso teria o efeito prático de desconstituir a decisão que deferiu o embargo da obra. Sucede que, para esse efeito, o correto, do ponto de vista processual, é a interposição de recurso de agravo de instrumento, que, de resto, foi aviado pela parte prejudicada. Por outro lado, a caução oferecida em nada altera o quadro, visto que a decisão de fl. 118-119 assenta-se em questões de segurança (fl. 67).

MS2 Participações e Empreendimentos Ltda. interpôs, então, agravo de instrumento (fl. 68-85), a que o Relator Convocado, Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal à base da seguinte fundamentação:

Diz o Código de Processo Civil:

Art. 940. O nunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela.

§ 1º A caução será prestada no juízo de origem, embora a causa se encontre no Tribunal.

§ 2º Em nenhuma hipótese terá lugar o prosseguimento, tratando-se de obra nova levantada contra determinação de regulamentos administrativos.

A inteligência da norma, conjugada com a do art. 934, está em que a caução garante o ressarcimento de prejuízos, não excluídos os consistentes em danos à segurança.

Os documentos juntados pela agravante corroboram a alegação de que está sofrendo prejuízo com o impedimento ao início das obras, em especial o protesto de que “vem pagando a bagatela de R\$ 2.580,00 ao Detran-DF por cada período de dois meses como retribuição à autorização de obra em via pública (...) sem poder dar início a sua obra. (...)

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal para suspender o embargo à obra, mediante caução, cuja idoneidade será apreciada pelo juízo *a quo*, que examinará, ainda, previamente, a conformidade da obra com os ‘regulamentos administrativos’ (fl. 88).

2. A União pediu, então, a suspensão dos efeitos da decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal requerida por MS2 Participações e Empreendimentos Ltda. nos autos do Agravo de Instrumento n. 0065384-90.2010.4.01.0000-DF, alegando grave lesão à ordem e à segurança públicas (fl. 01-04).

(a) Da grave lesão à segurança pública:

Consoante se observa da ação de nunciação de obra nova proposta pela União, a grande preocupação da nunciante diz respeito à segurança dos servidores e usuários que frequentam o prédio Darcy Ribeiro, onde fica a sede da Controladoria-Geral da União.

(...)

Daí a preocupação que se coloca neste momento: se em condições normais o Edifício apresenta alguns tremores e vibrações, qual a garantia de que a estrutura atual suportará a construção de um prédio tão próximo?

(...)

Veja, Senhor Presidente, que a empresa executora das obras de fundações afirma que existe a possibilidade de fissuras no piso do subsolo do Edifício da CGU. Aliás, talvez seja exatamente por esse tipo de problema que essa mesma empresa, no contrato celebrado com a interessada, acatele-se dispondo que (documento n. 14):

É de inteira competência do responsável Técnico do Contratante, a realização de uma vistoria cautelar, executada por ele mesmo e/ou contratando profissionais ou empresas habilitadas, preferencialmente engenheiros especializados em perícias judiciais, que procedam a este trabalho nos imóveis vizinhos ao terreno, onde serão iniciadas as obras geotécnicas projetadas e/ou executadas por nossa empresa.

Conclui-se, portanto, que a edificação da obra que a interessada está querendo construir não apresenta os requisitos técnicos quanto aos riscos à incolumidade pública.

A preservação da integridade física e patrimonial dos cidadãos é o fim mais perceptível daquilo que se costuma denominar segurança pública (fl. 06-09).

(b) Da grave lesão à ordem pública administrativa:

Compreende-se, assim, que a ordem administrativa está inserida no contexto de ordem pública como sendo a garantia do devido exercício das funções do Poder Público.

É justamente dentro desse contexto que se mostra imprescindível o deferimento da suspensão ora requerida, posto que a prestação de um serviço público adequado e eficaz, seguro e contínuo à coletividade, exercido pela Controladoria-Geral da União, estará seriamente comprometida, caso seja mantida a decisão liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Observa-se dos documentos juntados que a construção da obra atravessará tanto o subsolo quanto o espaço aéreo, fechando a única via de acesso à garagem da Controladoria-Geral da União, por onde ingressa o Ministro de Estado e demais autoridades superiores. Ou seja, pelo croqui da obra, é certo que a única via de acesso será interditada, impossibilitando toda e qualquer alternativa de ingresso na sede da Controladoria-Geral da União por sua garagem (documento n. 11 - anexo).

Mas não é só. De acordo com o Ofício n. 3.510-DGI-SE-CGU-PR (documento n. 15) e Nota Técnica n. 1.006-COGEA-CGRL-DGI-CGU-PR, a garagem também é o único acesso que os portadores de necessidades especiais possuem para adentrar o prédio.

Ademais, mesmo que se avenge a possibilidade de se executar uma obra para acesso provisório de veículos à garagem pela fachada sul do prédio, sob a plataforma de acesso de pedestres, pelas limitações de espaço não haverá passagem para veículos utilitários e caminhões, o que forçará que todas as operações de carga e descarga, inclusive as operações diárias de descarte de lixo e recebimento de água, sejam realizadas em via pública, o que, certamente, trará impacto ao já caótico tráfego de veículos no entorno da edificação.

Outro problema verificado refere-se à eliminação permanente de quinze vagas privativas externas que atualmente encontram-se na área particular, além do bloqueio, pelo tempo que a obra perdurar, de dezenas de vagas de uso público no estacionamento adjacente ao terreno, para instalação de canteiro de obras e instalação de vias provisórias de tráfego de materiais.

A obra em questão também causará a interrupção do funcionamento do berçário da Controladoria-Geral da União que se encontra localizado no andar térreo, dada a impossibilidade de esta atividade continuar sendo realizada por causa da poluição e poeira decorrentes da construção, uma vez que as janelas deste ambiente estão localizadas a poucos metros dos limites da edificação projetada.

Outrossim, dada a proximidade entre o prédio Darcy Ribeiro e a obra a ser edificada, as atividades de trabalho da CGU serão diretamente impactadas, tendo em vista o barulho e a poeira inevitáveis, situação esta agravada pela utilização de aparelhos de ar condicionado de janela que dada a característica dos equipamentos, não serão capazes de filtrar a poeira proveniente da obra, o que, certamente, acarretará a saturação dos filtros e contaminação do ar interno.

Por fim, é possível que haja a necessidade de demolição da sala dos motoristas e marquise no subsolo do Edifício Darcy Ribeiro, bem assim da central de GLP, para adequação aos limites legais (fl. 10-12).

3. A espécie é curiosa.

A Administração Pública é proprietária de um prédio, onde instalou um de seus órgãos mais importantes, a Controladoria-Geral da União. Confessadamente, admite que o prédio não está em boas condições, tanto que o submete a vistorias periódicas. Mesmo assim, mantém em funcionamento o aludido órgão.

O proprietário do terreno vizinho obteve licença para a construção de um prédio no local. O fato novo incomoda a Administração Pública, sob vários aspectos. Por um lado, ela teme que as fundações abalem a sua edificação, com risco à segurança dos servidores que nela trabalham e das pessoas que lá transitam. Por outro, a construção impedirá o atual acesso ao prédio público, bem como o estacionamento de carros dos servidores no terreno do particular.

As conveniências de um proprietário não se sobrepõem às de outro. Quando tem o domínio de um prédio em más condições, o particular está na obrigação de repará-las, e o Poder Público, na esfera municipal (no Distrito Federal, distrital), deve exigir que isso seja feito. A regra não é diferente se o proprietário do prédio for uma pessoa jurídica de direito público. O serviço público é essencial, mas a Administração Pública deve prestá-lo sem ferir o direito dos administrados.

Outra seria a situação, se - já iniciada a construção - fosse evidenciado risco à segurança do prédio ocupado pela Administração Pública. A cautela recomendaria, então, a suspensão dos trabalhos de edificação até que fosse apurada a causa do risco à segurança do prédio, se as más condições deste ou à técnica da construção. Por antecipação, isso não se justifica.

Indefiro, por isso, o pedido de suspensão (fl. 204-209).

A teor do recurso, *in verbis*:

(...) entendeu o eminente Ministro por indeferir o pleito da União, ressaltando que “se já iniciada a construção - fosse evidenciado risco à segurança do prédio ocupada pela Administração Pública a cautela recomendaria, então, a suspensão dos trabalhos de edificação até que fosse apurada a causa do risco à segurança do prédio, se as más condições deste ou à técnica da construção”.

Contudo, isso é, exatamente, o que está ocorrendo. Já foram evidenciados riscos à segurança do prédio (fl. 217).

(...) o Edifício Darcy Ribeiro, conforme laudos técnicos já acostados aos autos, não demonstra evidência de problemas estruturais graves. O fato desse prédio passar por vistorias e avaliações técnicas periódicas não é indicativo desses problemas, mas uma forma de preveni-los.

De qualquer forma, mesmo que esse edifício estivesse com sua estrutura comprometida e corresse o risco de desabar em razão de escavações em suas adjacências, não seria o caso, de, neste momento, se imputar responsabilidade à Administração ou ao particular, mas de prevenir danos à vida e à segurança de inúmeras pessoas.

Outrossim, a concessão da licença para a construção em questão, não pode ser vista como uma autorização absoluta de realização de obras que, inclusive, possam por em risco a segurança de pessoas, a vida humana (fl. 219).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. A União ajuizou ação de nunciação de obra nova, com pedido de medida liminar, contra MS2 Participações e Empreendimentos Ltda., objetivando o embargo da obra localizada no Setor de Autarquias Sul, Quadra 01, Lote 7-A, Matrícula n. 28.252, até que seja realizada perícia judicial a fim de aferir se a construção oferece riscos à integridade física do prédio vizinho, denominado Edifício Darcy Ribeiro, sede nacional da Controladoria-Geral da União, e à segurança dos seus ocupantes (fl. 15-24).

Deferida a medida liminar, determinando que a Ré se abstinhasse de construir no terreno (fl. 25-26), foi interposto agravo de instrumento por MS2 Participações e Empreendimentos Ltda. (fl. 27-53), a que o relator indeferiu o pedido de efeito suspensivo (fl. 54).

Na sequência MS2 Participações e Empreendimentos Ltda. apresentou contestação e, concomitantemente, ofereceu reconvenção com a finalidade

de reivindicar parte do imóvel esbulhado e receber perdas e danos (danos emergentes) pela indevida ocupação de parte do terreno que serve de estacionamento privativo à Controladoria-Geral da União, bem como ressarcir os prejuízos (lucros cessantes) causados pelo prolongamento da demanda por prazo superior ao previsto para a conclusão da obra (18 meses), quando ficaria impedida de auferir renda locatícia das salas e vagas de garagens comerciais (fl. 55-66). Requereu, ainda, a concessão de tutela antecipada, mediante caução, “para fins de suspender os efeitos da liminar concedida à União e permitir que a Reconvinte prossiga na obra embargada” (fl. 64).

O magistrado, ordenando a intimação da União para contestar a reconvenção e replicar a contestação, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela porque “no caso teria o efeito prático de desconstituir a decisão que deferiu o embargo da obra. Sucede que, para esse efeito, o correto, do ponto de vista processual, é a interposição de recurso de agravo de instrumento, que, de resto, foi aviado pela parte prejudicada” (fl. 67). Interposto agravo de instrumento por MS2 Participações e Empreendimentos Ltda. (fl. 68-85), o relator deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal à base da seguinte fundamentação:

Diz o Código de Processo Civil:

Art. 940. O nunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela.

§ 1º A caução será prestada no juízo de origem, embora a causa se encontre no Tribunal.

§ 2º Em nenhuma hipótese terá lugar o prosseguimento, tratando-se de obra nova levantada contra determinação de regulamentos administrativos.

A inteligência da norma, conjugada com a do art. 934, está em que a caução garante o ressarcimento de prejuízos, não excluídos os consistentes em danos à segurança.

Os documentos juntados pela agravante corroboram a alegação de que está sofrendo prejuízo com o impedimento ao início das obras, em especial o protesto de que “vem pagando a bagatela de R\$ 2.580,00 ao Detran-DF por cada período de dois meses como retribuição à autorização de obra em via pública (...) sem poder dar início a sua obra. (...)”

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal para suspender o embargo à obra, mediante caução, cuja idoneidade será apreciada

pelo juízo *a quo*, que examinará, ainda, previamente, a conformidade da obra com os "regulamentos administrativos" (fl. 88).

2. A União, então, ajuizou *pedido de suspensão de liminar*, alegando grave lesão à ordem e à segurança públicas (fl. 01-04).

Indeferido o pedido (fl. 204-209), a União interpôs o presente agravo regimental.

3. A decisão agravada deve ser mantida.

A Administração Pública é proprietária de um prédio, onde instalou um de seus órgãos mais importantes, a Controladoria-Geral da União. Confessadamente, admite que o prédio não está em boas condições, tanto que o submete a vistorias periódicas. Mesmo assim, mantém em funcionamento o aludido órgão.

O proprietário do terreno vizinho obteve licença para a construção de um prédio no local. O fato novo incomoda a Administração Pública, sob vários aspectos. Por um lado, ela teme que as fundações abalem a sua edificação, com risco à segurança dos servidores que nela trabalham e das pessoas que lá transitam. Por outro, a construção impedirá o atual acesso ao prédio público, bem como o estacionamento de carros dos servidores no terreno do particular.

As conveniências de um proprietário não se sobrepõem às de outro. Quando tem o domínio de um prédio em más condições, o particular está na obrigação de repará-las, e o Poder Público, na esfera municipal (no Distrito Federal, distrital), deve exigir que isso seja feito. A regra não é diferente se o proprietário do prédio for uma pessoa jurídica de direito público. O serviço público é essencial, mas a Administração Pública deve prestá-lo sem ferir o direito dos administrados.

Outra seria a situação, se - *já iniciada a construção* - fosse evidenciado risco à segurança do prédio ocupado pela Administração Pública. A cautela recomendaria, então, a suspensão dos trabalhos de edificação até que fosse apurada a causa do risco à segurança do prédio, se as más condições deste ou à técnica da construção.

A agravante pretende a suspensão das obras por antecipação, o que, salvo melhor juízo, não se justifica.

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

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL N. 810.667-RJ (2010/0024846-7)**

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Sebastião Cantídio Drumond
Advogados: Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho
Tiago Streit Fontana
Agravado: Sapucaia de Máquinas e Motores Ltda. e outros
Advogado: Antônio de Oliveira Tavares Paes e outro(s)
Assistente: Semenge S/A Engenharia e Empreendimentos - sob
intervenção
Advogado: Francisco Evandro Fernandes e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Juntada de documento novo em recurso especial. Embargos de divergência. Dissídio não caracterizado. Agravo regimental improvido.

I - Ausente a configuração do dissídio jurisprudencial alegado, porque distintas as hipóteses confrontadas, são inadmissíveis os embargos de divergência.

II - Acórdão embargado segundo o qual o documento supostamente novo, cuja juntada foi requerida, com base no art. 397, do CPC, depois de iniciado o julgamento do recurso especial, refere-se a provas e contratos já examinados pelas outras instâncias e que, portanto, não podem ser examinados pelo STJ. Paradigmas que admitem a juntada de documento novo tendo como ocorridos fatos supervenientes relevantes.

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 Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Felix Fischer, Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrichi, Luiz Fux e Massami Uyeda. Convocados os Srs. Ministros Massami Uyeda e Humberto Martins para compor quórum.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 28.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental contra a decisão que proferi às fls. 1.866-1.869, negando seguimento aos embargos de divergência interpostos por *Sebastião Cantídio Drumond* contra decisão da Terceira Turma, relatora para o acórdão a Ministra *Nancy Andrichi*.

O aresto embargado restou assim ementado:

Processo Civil. Recurso especial. Novas provas. Apreciação. Impossibilidade. Embargos de declaração. Irresignação da parte. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Provas. Valoração. Livre convencimento do juiz. Cerceamento de defesa. Inexistência. Provas. Produção. Disponibilidade. Desistência. Cerceamento de defesa. Inexistência. Provas. Revisão. Recurso especial. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ.

- Os arts. 397 do CPC e 141, II, do RISTJ não autorizam pedido de análise de novas provas, juntadas apenas com o recurso especial e mesmo posteriormente a este. Tal providência não encontra abrigo dentro das peculiaridades dos recursos de índole extraordinária, porque mesmo as provas e contratos já examinados pelas outras instâncias não podem ser valorados pelo STJ.

- A atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência lógica e necessária.

- O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

- Tendo o recorrente feito valer a disponibilidade do direito à produção de provas, abrindo mão daquelas que, embora anteriormente requeridas e deferidas, até então não haviam sido produzidas, não há como admitir a sua alegação de cerceamento de defesa, apenas porque lhe sobreveio sentença desfavorável.

- As Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ vedam o reexame do substrato fático probatório dos autos no âmbito do recurso especial.

Recurso especial não conhecido (REsp n. 810.667-RJ, DJe de 05.11.2008).

O embargante sustenta que, ao negar o pedido de análise de novas provas, juntadas no especial, a decisão divergiu do entendimento das Primeira e Segunda Turmas que afirmaram tal possibilidade até mesmo nas instâncias extraordinárias.

Invoca, também, divergência no que diz respeito à preclusão do despacho saneador, afirmando que após sua prolação, o magistrado não poderia desconsiderar tal decisão e julgar a lide sem a dilação probatória antes assegurada, invocando precedentes da Quarta Turma nesse sentido.

No que diz respeito à preclusão do despacho saneador, verifiquei, já de início (fls. 1.788-1.790), que não há similitude fático-jurídica entre os arestos trazidos à colação e a decisão embargada, a qual, ressalte-se, considerando a peculiaridade do caso, deixou expressamente consignada a responsabilidade do recorrente para o referido desfecho quando assim concluiu, *verbis*:

Ainda que se admita a preclusão da decisão que deferiu a prova oral e documental, impedindo o julgamento antecipado da lide, da análise dos autos constata-se que o comportamento do próprio recorrente conduziu à perda do direito à produção das referidas provas.

Com efeito, em relação à prova documental, constata-se que, na audiência realizada em 23.07.2001, foi determinada a juntada dos novos documentos “até 15 (quinze) dias antes da realização audiência de instrução e julgamento” (...) Evidentemente não houve motivo plausível a justificar a inércia do recorrido, até porque teve nada menos do que 114 dias para providenciar a juntada de documentos que, repise-se, eram de seu total interesse.

Não bastasse isso, constata-se que, em 19.03.2003, o próprio recorrente requereu expressamente o julgamento antecipado da lide, “uma vez que já existem nos autos elementos mais do que suficientes para tanto” (fls. 1.062-1.066, 6º volume). Com isso, fez valer a disponibilidade do direito à produção de provas e abriu mão daquelas que, embora anteriormente requeridas e deferidas, até então não haviam sido produzidas. (fl. 1.577, sublinhou-se).

As decisões tidas como paradigma não abordaram a matéria sob tal enfoque, por isso não se prestam à interposição de embargos de divergência.

A decisão inicial de admissibilidade entendeu que estava, ao menos em princípio, configurada a divergência alegada quanto à possibilidade de juntada de documentos novos no âmbito da instância extraordinária.

Contrarrrazões de *Semenge S/A Engenharia e Empreendimentos - sob intervenção* às fls. 1.798-1.817 e de *Sapucaia de Máquinas e Motores Ltda. e outros* às fls. 1.820-1.857.

Na decisão ora agravada, verifiquei que, também com relação ao tema pelo qual o recurso foi admitido, não se configurou a divergência alegada.

Há manifestação do Ministério Público Federal às fls. 1.891-1.895.

O agravante alega que não foram analisados os seguintes precedentes invocados nos embargos de divergência: AgRg na Pet no Recurso Especial n. 901.115-DF, da minha relatoria e o REsp n. 7.664-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Sustenta também que o documento novo cuja análise foi requerida decorreu de fato superveniente que foi a intervenção judicial decretada na empresa *Semenge S/A*, em 06.09.2007, ou seja, após o início do julgamento do recurso especial pela Terceira Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Os precedentes invocados pelo embargante têm como pressuposto para a admissão do documento novo a condição de que ele se refere a fato superveniente. Ocorre, entretanto, que essa não é a hipótese ocorrida nestes autos. Confirmam-se os paradigmas invocados, com destaques nos trechos que interessam a este julgamento:

Administrativo. Transformação de cargos. Juntada de documentos. Prescrição. Art. 130, CPC. Art. 141, I e II, RI-STJ. Súmula n. 7-STJ.

1. Apreciação de *alegados fatos supervenientes* favorece a juntada de documentos, por decisão do relator na fase recursal (art. 130, CPC; art. 141, I e II, RI-STJ).

2. Envolvendo a questão jurídica interesses patrimoniais, prequestionado o tema prescricional, nesse aspecto, o recurso deve ser conhecido.

3. O recurso especial não alberga questionamentos dependentes da verificação e confronto de provas.

4. Recurso, preliminarmente, não conhecido frente ao óbice da Súmula n. 7-STJ - (REsp n. 7.664-SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 23.06.1993, DJU de 13.09.1993).

Revisão do ato de anistia. Empregado público. Demissão em virtude de extinção de empresa pública (EBTU). Processual Civil. Petição pleiteando a juntada de novos documentos. Comissão especial interministerial de anistia. Restauração da anistia.

I - O presente feito decorre de mandado de segurança onde empregados da extinta Empresa Brasileira de Transportes Urbanos (EBTU), se insurgem contra o ato administrativo que anulou a anistia que lhes foi concedida com fundamento na Lei n. 8.878/1994. O recurso especial foi a julgamento em 07.08.2008 e, após a colheita do voto deste Relator pelo improvimento do recurso e do Ministro Luiz Fux pelo provimento, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Ministro Teori Albino Zavascki.

III - O presente agravo regimental foi interposto contra a decisão que, analisando o pedido apresentado em 19.09.2008 de juntada aos autos de *documentos referentes à mudança de entendimento da Administração, por meio de Comissão Especial Interministerial*, acerca da anulação das anistias questionadas no presente feito, determinou a juntada por linha dos referidos elementos. Pleiteia-se a juntada dos referidos documentos nos autos principais, para que estes possam influir no resultado final do julgado.

IV - Na decisão impugnada ao se indeferir o pedido de juntada de novos documentos no processo o argumento utilizado foi que o recurso especial não comporta dilação probatória, sendo indevida a juntada aos autos de elementos probatórios complementares. Não obstante, autorizou-se a juntada das informações apresentadas por linha, o que viabiliza aos demais julgadores do colegiado tomar conhecimento a respeito do ali contido.

V - Não obstante, para evitar qualquer alegação de mitigação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa se tem recomendável deferir o pleito para que sejam juntados os documentos referidos.

VI - Agravo regimental provido (AgRg na PET no REsp n. 901.115-DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe de 26.11.2008).

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 462 do CPC. Inexistência de fato superveniente à interposição do recurso especial. Inaplicabilidade.

O ditame do art. 462 do Estatuto Processual Civil é aplicável quando, depois da propositura da ação, "algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide", norma que se observa, mesmo em sede de recurso especial, consoante a jurisprudência desta Colenda Corte.

Entretanto, referindo-se os documentos anexados aos presentes declaratórios, relativos ao pagamento em atraso de dívida tributária parcelada, aos anos de 1990 a 1998, quando sequer havia o Tribunal de origem solucionado a questão controvertida, inaplicável, à hipótese, a regra contida no dispositivo mencionado, ***haja vista a inexistência de fato novo superveniente à interposição do recurso especial.***

Embargos de declaração rejeitados (g/n, EDcl no AgRg no REsp n. 242.480-PB, Rel. Ministro Paulo Medina, Segunda Turma, julgado em 27.11.2001, DJU de 11.03.2002).

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Fornecimento de medicamento pelo SUS. Juntada de documento novo ao longo do feito e sobre o qual se fundou o julgador *a quo* para formar sua convicção. Contraditório posterior ao deferimento da tutela. Nulidade inexistente no caso específico dos autos. Iminente perigo de morte. Presença da verossimilhança das alegações e necessidade de urgência na concessão do provimento. Art. 273 do CPC.

1. Pretende-se o desentranhamento dos autos dos documentos trazidos à colação pela recorrida, seja pela extemporaneidade de sua juntada, seja pela ausência de contraditório.

2. A juntada de documentos novos é possível a qualquer momento durante a tramitação do processo. Em que pese, de fato, o julgado singular tenha-se baseado nos documentos sobre os quais não teve prévia vista da parte adversa, considerando as peculiaridades específicas dos autos, de iminente risco de vida da autora, não é de ser proclamada a nulidade. A uma, por se tratar de tutela antecipada e presentes os seus requisitos autorizadores, consubstanciados no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, pode ela ser requerida, concedida e/ou revogada a qualquer momento, no curso da lide, e independentemente da audiência do réu. A duas, porque, mesmo tendo o deferimento da antecipação da tutela sido embasado em documento novo trazido aos autos, posteriormente o agravante teve a oportunidade de se manifestar acerca de tal prova e optou por não impugná-la quanto ao seu conteúdo. E, por último, *a prova juntada aos embargos declaratórios (relatório médico) tratava do grave estado de saúde atual da autora e poderia não ter mais utilidade se a prestação jurisdicional se desse tão somente após a intimação da parte adversa para se manifestar nos autos.*

3. Agravo regimental não-provido (g/n, AgRg no REsp n. 1.072.934-MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 05.03.2009, DJe de 18.03.2009).

Aqui, os documentos apresentados com o recurso especial referem-se a fatos alegados na instância ordinária, tanto que, a propósito, o acórdão

embargado disse e repetiu que “os arts. 397 do CPC e 141, II, do RISTJ não autorizam pedido de análise de novas provas, juntadas apenas com o recurso especial e mesmo posteriormente a este. Tal providência não encontra abrigo dentro das peculiaridades dos recursos de índole extraordinária, *porque mesmo as provas e contratos já examinados pelas outras instâncias não podem ser valorados pelo STJ*” (fls. 1.573 e 1.673, g/n).

O fato novo cuja prova é admitida excepcionalmente pelo art. 397 do CPC, logicamente é aquele com poder impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). A decretação da intervenção judicial, por si só, não é fato dessa natureza e, por isso, não é documento novo o parecer técnico produzido sob tal regime, principalmente porque, como o próprio embargante admite, o *aludido documento vai a fundo nos fatos discutidos no presente feito* (fl. 1.696), indicando com isso que o documento não se refere a fatos supervenientes.

O douto representante do Ministério Público Federal opinou no seguinte sentido (fls. 1.894-1.895):

realmente não se constata a existência de similitude fática entre a decisão ora combatida e os v. arestos trazidos a confronto pelo embargante, ora agravante.

Os acórdãos apontados como paradigmas tratam da juntada de novos documentos no âmbito da instância extraordinária desde que decorrentes de fatos novos.

Por sua vez, a matéria, *in casu*, diz respeito à juntada de laudo pericial realizada nos autos da ação de intervenção judicial na Semenge S/A, em que o agravante é sócio, referente à gestão da empresa pelos diretores, ou seja, a perícia teve como objeto fatos já existentes à época da propositura da ação que ensejou o apelo especial, logo não se trata de fatos supervenientes.

Assim sendo, não havendo similitude fática entre os casos confrontados, a decisão agravada deve prevalecer, consoante entendimento desse E. Sodalício:

Agravo regimental nos embargos de divergência. Dissídio jurisprudencial não configurado. Ausência de similitude entre os arestos confrontados. Agravo regimental improvido.

1. Não há falar em divergência quando não são idênticas as situações de fato tratadas, e, por esse motivo, diferenciam-se as soluções jurídicas.

2. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp n. 555.803-MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12.05.2010, DJe de 19.05.2010).

Posto isso, tenho como não caracterizada a divergência jurisprudencial alegada.

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

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 547.653-RJ
(2007/0288222-0)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Emerson Barbosa Maciel e outro(s)

Embargado: Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros por Fretamento do Estado do Rio de Janeiro - SINFRERJ e outros

Advogado: Marco Antônio Mundim e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência. Dissenso interno a respeito da interpretação de normas processuais que disciplinam o incidente de declaração de inconstitucionalidade. CPC, arts. 480 a 482. Controle por recurso especial. Cabimento.

1. A jurisprudência do STJ não impede a interposição de embargos de divergência para dirimir dissenso interno sobre a *interpretação* de norma processual, em sua moldura abstrata. O que se considera incabível é questionar, em embargos, a correta *aplicação* de regra técnica ao caso concreto, já que essa espécie de juízo supõe exame das peculiaridades de cada caso.

2. A concretização das normas constitucionais depende, em muitos casos, da intermediação do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema com indispensáveis preceitos complementares, regulamentares ou procedimentais. Dessa pluralidade de fontes

normativas resulta a significativa presença, em nosso sistema, de matérias juridicamente miscigenadas, a ensejar (a) que as decisões judiciais invoquem, simultaneamente, tanto as normas primárias superiores, quanto as normas secundárias e derivadas e (b) que também nos recursos possa ser alegada, de modo concomitante, ofensa a preceitos constitucionais e a infraconstitucionais, tornando problemática a definição do recurso cabível para as instâncias extraordinárias (STF e STJ).

3. O critério em geral adotado pelo STJ para definir o recurso cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional apontada como violada simplesmente reproduz uma norma constitucional. O sentido positivo inverso do critério é, conseqüentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não é mera reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente ou mais específica da matéria tratada. A dificuldade, muitas vezes presente, de distinguir a simples reprodução da efetiva inovação no campo normativo deve ser superada à luz do princípio do acesso à justiça, afastando, desse modo, o sério risco de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária.

4. O chamado princípio da reserva de plenário para declaração incidental de inconstitucionalidade de atos normativos é típica hipótese dessa miscigenação jurídica imposta pela pluralidade de fontes, já que tratada concomitantemente no art. 97 da Constituição e nos artigos 480 a 482 do CPC. Todavia, os dispositivos processuais não representam mera reprodução da norma constitucional. Além de incorporar a essência da norma superior (que, no fundo, não é uma norma propriamente de processo, mas de afirmação do princípio da presunção de validade dos atos normativos, presunção que somente pode ser desfeita nas condições ali previstas), esses dispositivos estabelecem o procedimento próprio a ser observado pelos Tribunais para a concretização da norma constitucional. Assim, embora, na prática, a violação da lei federal possa representar também violação à Constituição, o que é em casos tais um fenômeno inafastável, cumpre ao STJ atuar na parte que lhe toca, relativa à correta aplicação da lei federal ao caso, admitindo o recurso especial.

5. Embargos de divergência conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão não conhecendo dos embargos de divergência e, vencido na preliminar, negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, e os votos das Sras. Ministras Nancy Andrighi e Laurita Vaz acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Hamilton Carvalhido. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Nancy Andrighi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, João Otávio de Noronha e Arnaldo Esteves Lima.

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Convocado o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão para compor quórum.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 29.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de divergência (fls. 957-968) contra acórdão da 2ª Turma assim ementado:

Processual Civil. Tributário. Cláusula de reserva de plenário. Art. 480 do CPC. Matéria constitucional. Art. 97 da CF. Impossibilidade de exame na via do recurso especial.

1. A controvérsia em torno do princípio da reserva de plenário refoge do âmbito de apreciação do recurso especial, porquanto o art. 480 do CPC reproduz

o disposto no art. 97 da CF/1988, cuja interpretação cabe ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário. Precedentes.

2. Recurso especial não-conhecido. (fl. 937).

Sustenta o embargante que a orientação adotada no acórdão embargado divergiu do entendimento manifestado pela 1ª, 3ª, 5ª e 6ª Turmas (REsp n. 619.860-RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.05.2007; REsp n. 882.234-SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26.03.2007; REsp n. 672.376-ES, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.12.2006; REsp n. 89.297-MG, Min. Ari Pargendler, DJ de 07.02.2000; REsp n. 693.245-RS, Min. Felix Fischer, DJ de 18.04.2005; REsp n. 347.529-SP, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 30.09.2002), que admitiram recurso especial em que se alegou violação aos arts. 480 a 482 do CPC, distinguindo-os do princípio inserto no artigo 97 da Constituição Federal.

Às fls. 1.019-1.028, o embargado apresentou impugnação. Sustenta, preliminarmente, que não cabem embargos de divergência contra acórdão que não conheceu de recurso especial. No mérito, pede o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Preliminarmente, conheço do recurso. Segundo dispõe o art. 546, I do CPC, “É embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial”. Trata-se, como se percebe, de recurso destinado a uniformizar a jurisprudência interna do STJ no julgamento de recursos especiais. Sendo assim, o dissenso interno a ser dirimido é, necessariamente, sobre matéria idêntica à que pode ser invocada em recurso especial, prevista no art. 105, III da Constituição, ou seja, a possível violação a tratado ou lei federal, seja ela de direito material, seja de direito processual. Portanto, não está fora do controle, por via de embargos de divergência, a alegação de dissenso interno a respeito da existência ou não de violação a lei federal que estabelece regras de processo.

É com esse pressuposto que se deve entender a jurisprudência do STJ, a respeito da limitação do cabimento de embargos quando se invoca aplicação de regra técnica. Não se pode confundir *interpretação* da norma, com sua

aplicação ao caso concreto. A jurisprudência do STJ não impede, nem poderia legitimamente impedir, o recurso de embargos de divergência para dirimir dissenso interno sobre a *interpretação* da regra de processo. Assim, se um acórdão considera ser de cinco dias o prazo para recurso especial, ou que esse recurso está sujeito a preparo de custas e, por isso, não o conhece, nada impede que haja embargos de divergência fundados em acórdão que considera o prazo de quinze dias ou que considera não ser devido o preparo. Em casos tais, bem se percebe, o dissídio se situa no âmbito da interpretação da norma técnica, em sua moldura abstrata. Não faz muito tempo, esta Corte Especial dirimiu, em embargos, o dissenso a respeito do prazo para entrega da via original do recurso interposto por fax (AgRg nos EREsp n. 640.803, Min. Teori Zavascki, DJ de 05.06.2008).

Na verdade, o que se considera incabível é questionar, em embargos, a correta *aplicação*, em cada caso confrontado, de norma processual sobre cuja interpretação não se questiona, já que essa espécie de juízo supõe exame das peculiaridades de cada demanda. São ilustrativos dessa afirmação os seguintes acórdãos da Corte Especial: AgRg nos Eresp n. 577.799, Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2008; AgRg nos EDcl nos EREsp n. 1.075.264, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 08.10.2009; AgRg nos EREsp n. 940.837, Min. Francisco Falcão, DJ de 05.11.2009; EREsp n. 1.014.543, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 11.03.2010. Também são ilustrativos, no âmbito das Seções: AgRg nos EREsp n. 1.055.764, 1ª Seção, Min. Benedito Gonçalves, DJ de 22.10.2009; AgRg nos EREsp n. 956.037, 1ª Seção, Min. Herman Benjamin, DJ de 28.08.2009; EDcl nos EREsp n. 730.626, 2ª Seção, Min. Massami Uyeda, DJ de 16.12.2008; EREsp n. 683.451, 3ª Seção, Min. Felix Fischer, DJ de 17.08.2009.

Ora, no caso, embora o recurso especial não tenha sido conhecido pela Turma, são cabíveis os embargos de divergência, pois o dissenso se estabeleceu no plano da interpretação da norma processual (art. 480 do CPC), e não propriamente no da sua correta aplicação ao caso. Provado o dissídio interno a respeito da interpretação da norma, cabível o recurso.

2. No mérito, o tema comporta algumas premissas conceituais. Nosso sistema de recursos extraordinários (*lato sensu* considerados), que distribuiu a um Tribunal o controle das normas constitucionais (STF) e a outro o das normas federais infraconstitucionais (STJ), enseja, em muitos casos, sérias questões práticas de definição de competência e, portanto, do recurso cabível. Essas dificuldades decorrem, basicamente, da natureza analítica da nossa Constituição,

que chamou a si a disciplina de uma enorme gama de matérias, de direito público e de direito privado, de direito material e de direito processual. A acentuada constitucionalização do direito, todavia, não eliminou o campo normativo infraconstitucional. Em muitos casos, a concretização das normas constitucionais depende da intermediação do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema com indispensáveis disposições complementares, regulamentares ou procedimentais. Dessa pluralidade de fontes normativas resulta, é fácil perceber, a significativa presença de matérias e institutos juridicamente miscigenados, a ensejar que as decisões judiciais a respeito invoquem, para decidir o caso, tanto as normas primárias superiores, quanto as normas secundárias e derivadas. Isso dá margem a que, nos recursos, seja possível invocar, concomitantemente, ofensa a preceitos constitucionais e a infraconstitucionais. Daí a dificuldade, antes referida, de definir o recurso cabível para a instância extraordinária.

3. O principal critério adotado já há muito tempo pela jurisprudência do STJ para definir o recurso cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional tida por violada constitui simples reprodução da norma constitucional (*v.g.*: REsp n. 20.207, 1ª Turma, Min. Gomes de Barros, DJ de 13.12.1993; REsp n. 44.498, 6ª Turma, Min. Adhemar Maciel, DJ de 24.06.1996; AgRg no Ag n. 155.555, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 06.10.1997; AgRg no Ag n. 600.209, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.08.2005; REsp n. 623.158, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ 30.05.2006). O sentido positivo inverso do critério é, conseqüentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não representa, simplesmente, uma reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente, ou mais específica, do que a do campo normativo coberto pela Constituição. É certo que nem sempre é possível traçar claramente o que é simples reprodução da norma constitucional e o que é, efetivamente, um acréscimo normativo inovador. Cabe, assim, adicionar ao critério um adinículo: em caso de fundada dúvida, aceita-se o recurso especial, privilegiando o princípio do acesso à justiça e afastando, desse modo, o sério risco, apontado pelo saudoso Ministro Menezes Direito, de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária (voto-vista no REsp n. 267.499, 3ª Turma, DJ de 08.04.2002).

4. À luz dessas considerações, o recurso merece provimento. O chamado princípio da reserva de plenário para declaração incidental de inconstitucionalidade de atos normativos é típica hipótese de miscigenação jurídica imposta pela pluralidade de fontes, já que tratada concomitantemente

no art. 97 da Constituição e nos artigos 480 a 482 do CPC. Todavia, não se pode afirmar que os dispositivos processuais representam simples reprodução da norma constitucional. Sem dúvida, há neles um campo de normatização diferenciado e, de certo modo, mais abrangente: além de incorporar a essência da norma superior (que, no fundo, não é uma norma propriamente de processo, mas de afirmação do princípio da presunção de validade dos atos normativos, presunção que somente pode ser desfeita nas condições ali previstas), os dispositivos do CPC estabelecem o procedimento próprio a ser observado pelos Tribunais para a concretização da norma constitucional. Assim, embora, na prática, a violação da lei federal possa representar também violação à Constituição, o que é em casos tais um fenômeno inafastável, não parece apropriado que o STJ se demita de atuar na parte que lhe toca, relativa à correta aplicação da lei federal ao caso.

5. Assim, voto no sentido de dar provimento aos embargos, a fim de que, superado o questionado empecilho ao conhecimento do recurso especial, a 3ª Turma prossiga no julgamento, como entender de direito. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, o acórdão embargado, na época, aplicou a jurisprudência, que era no sentido de que essas normas do Código de Processo Civil, se não reproduziram, pelo menos, referenciavam-se ao art. 97 da Constituição Federal, e é somente isso que consta no decisório.

Nos embargos de declaração, como bem disse a nobre advogada, houve uma referência rápida à ambiência em que deveria ser tomada essa decisão. Essa jurisprudência foi superada, e nós mesmos, diversas vezes, tivemos a oportunidade de conhecer do recurso por ofensa aos arts. 480 e 481, do Código de Processo Civil. É certo que, em determinadas situações, há o perfil constitucional, quando essas normas são analisadas ao mesmo tempo em que se dá ênfase ao princípio constitucional, mas, no caso presente, pelo que pude ler no aresto embargado, não há esse óbice. Nesse caso, realmente, temos que o exame desses dispositivos deixaram de ser aplicados, e o recurso não foi conhecido unicamente por esse fato; também não vejo óbice à questão da regra técnica, porque não se trata de algo insindicável pelos que pudessem ler aquele dispositivo. Seria diferente, por exemplo, se se tratasse de matéria de prova, questão fática ou de outro tema dessa natureza. O acórdão é explícito em falar diretamente que está em causa exatamente o exame do art. 480.

Com essas breves considerações, reposiciono-me sobre essa matéria para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, *dando provimento aos embargos de divergência*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Sr. Presidente, também em razão dos argumentos trazidos pelo eminente Ministro Relator e, agora, referendados pelo Sr. Ministro Castro Meira, voto no sentido de dar provimento aos embargos de divergência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Na origem, o mandado de segurança foi impetrado por Sindicatos de empresas que exploram o serviço de transporte coletivo, impugnando a aplicação da Lei Estadual n. 3.335/1997, que majorou a alíquota do IPVA de 1% para 2%. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o pedido e afastou a incidência da lei.

O recurso especial fora interposto com supedâneo na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando ofensa ao art. 480 do Código de Processo Civil (CPC), por descumprimento à cláusula legal e constitucional de reserva de plenário, porquanto “lei estadual teve a sua eficácia suspensa pelo Tribunal local sem que a matéria tivesse sido previamente submetida à apreciação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tal como determina o art. 480 do Código de Processo Civil” (fl. 850).

O acórdão da E. Segunda Turma do STJ, apreciando o especial interposto, está assim ementado:

Processual Civil. Tributário. Cláusula de reserva de plenário. Art. 480 do CPC. Matéria constitucional. Art. 97 da CF. Impossibilidade de exame na via do recurso especial.

1. A controvérsia em torno do princípio da reserva de plenário refoge do âmbito de apreciação do recurso especial, porquanto o art. 480 do CPC reproduz o disposto no art. 97 da CF/1988, cuja interpretação cabe ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário. Precedentes.

2. Recurso especial não-conhecido.

(REsp n. 547.653-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 19.04.2007, DJ 23.05.2007, p. 252).

Portanto, diante do não-conhecimento do recurso especial, ao fundamento de que a ofensa ao princípio da reserva de plenário desafiaria recurso extraordinário, e não especial, vieram à apreciação desta e. Corte Especial os presentes embargos de divergência.

Em síntese, aduz o embargante ser o recurso especial plenamente cabível por afronta ao art. 480 do CPC, porquanto a violação ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988) não se confunde com a ofensa às normas procedimentais para a declaração de inconstitucionalidade de lei (art. 480 do CPC).

Em resposta aos embargos, a parte adversa requer o não-conhecimento da insurgência (fls. 1.019-1.028).

O e. Relator, eminente Ministro Teori Albino Zavascki, votou pelo conhecimento e provimento dos embargos de divergência.

A justificar, primeiramente, o conhecimento do recurso, Sua Excelência afirma que “não está fora do controle, por via de embargos de divergência, a alegação de dissenso interno a respeito da existência ou não de violação a lei federal que estabelece regras de processo”, ou seja, regras técnicas. Isso porque não se pode confundir “*interpretação* da norma, com sua *aplicação* ao caso concreto”. “Na verdade” - prossegue o e. Relator -, “o que se considera incabível é questionar, em embargos, a correta *aplicação*, em cada caso confrontado, de norma processual cuja interpretação não se questiona, já que essa espécie de juízo supõe exame das peculiaridades de cada demanda”. Quanto à admissibilidade da presente insurgência, conclui Sua Exa. que “no caso, embora o recurso especial não tenha sido conhecido pela Turma, são cabíveis os embargos de divergência, pois o dissenso se estabeleceu no plano da interpretação da norma processual (art. 480 do CPC), e não propriamente no da sua correta aplicação ao caso”.

No mérito, após lançar judiciosas premissas conceituais acerca do caráter analítico da Constituição da República de 1988 - daí porque a reprodução, não raras vezes, de norma constitucional em diplomas infraconstitucionais -, noticia o Relator a dificuldade de se definir o recurso cabível - especial ou extraordinário - em situações com esses contornos, em que a norma infraconstitucional indicada como violada reproduz preceito constitucional.

Rememora que a jurisprudência sedimentada da Casa proclama descaber recurso especial quando o artigo de lei supostamente violado simplesmente reproduz norma constitucional. Porém, pondera que, a *contratio sensu*, se a norma infraconstitucional, malgrado reproduzir parcialmente o preceito constitucional, for em relação a esse mais abrangente, o recurso especial deve ser conhecido. Em caso de fundada dúvida acerca do recurso cabível, acrescenta o Relator, “aceita-se o recurso especial, privilegiando o princípio do acesso à justiça e afastando, desse modo, o sério risco, apontado pelo saudoso Ministro Menezes Direito, de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária”.

No caso concreto, vislumbrando nos arts. 480 a 482 do CPC alcance para além do preceito contido no art. 97 da Carta Magna, o Relator deu provimento aos embargos de divergência, em síntese, porque “além de incorporar a essência da norma superior (...), os dispositivos do CPC estabelecem o procedimento próprio a ser observado pelos Tribunais para a concretização da norma constitucional.

Assim, embora, na prática, a violação a lei federal possa representar também violação à Constituição, o que é em casos tais um fenômeno inafastável, não parece apropriado que o STJ se demita de atuar na parte que lhe toca, relativa à correta aplicação da lei federal ao caso”.

Acompanharam o Relator os Ministros Castro Meira e Humberto Martins.

Na assentada do dia 02 de junho do ano em curso, pedi vista dos autos para melhor exame.

É o relatório.

2. Encaminho, inicialmente, à apreciação desta e. Corte Especial - rogando a máxima *venia* ao e. Relator - voto preliminar de *não-conhecimento* dos embargos de divergência.

Ressalto, de saída, que adiro aos fundamentos jurídicos do Relator em sua generalidade, dissentindo, contudo, em relação a conclusão proposta.

2.1. O primeiro fundamento que me conduz a não conhecer dos embargos de divergência está adstrito ao próprio cabimento da insurgência.

O acórdão embargado, de relatoria do e. Ministro João Otávio de Noronha, não conheceu do recurso especial ao fundamento de que “vigora nesta Corte o entendimento de que a controvérsia em torno do princípio da reserva de

plenário refoge do âmbito de apreciação do recurso especial, porquanto os artigos 480, 482 e 483 do CPC reproduzem o disposto no art. 97 da CF/1988, cuja interpretação cabe ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário”.

Na fundamentação, o i. Relator cita precedentes que sufragaram a tese, quais sejam: REsp n. 787.626-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.03.2006; AgRg no REsp n. 467.138-DF, Primeira Turma, relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 15.05.2006; REsp n. 853.720-SP, Segunda Turma, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006; REsp n. 833.531-MG, Segunda Turma, relator Ministro Castro Meira, DJ de 16.10.2006.

Com efeito, o acórdão ora embargado não conheceu do recurso especial. Equivale dizer que os embargos ora aviados tem por escopo afastar o óbice atinente à admissibilidade do apelo nobre apontado no acórdão turmário, qual seja, o de ser incabível recurso especial com fundamento em violação do art. 480 do CPC, porquanto a discussão acerca de eventual vulneração à cláusula de reserva de plenário, prevista também no art. 97 da CF/1988, desafiaria recurso extraordinário.

Tal circunstância parece ser o bastante para atrair a jurisprudência da Casa acerca do não-cabimento de embargos de divergência voltados a discutir regra técnica de admissibilidade do recurso especial, conforme se extrai dos exaustivos precedentes desta Corte Especial, *verbis*:

Processual Civil. Agravo nos embargos de divergência no recurso especial. Acórdão paradigma proferido pelo mesmo órgão julgador prolator do acórdão embargado. Não cabimento. Regra de admissibilidade do recurso especial especial. Não cabimento. Ausência de argumentos capazes de ilidir os fundamentos da decisão agravada.

(...)

- Os embargos de divergência não se prestam à discussão de questão atinente às regras de admissibilidade do próprio recurso especial embargado.

Agravo não provido.

(AgRg nos EREsp n. 723.655-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 02.09.2009, DJe 17.09.2009).

Processual Civil. Embargos de divergência. Agravo regimental. Ausência de demonstração do dissídio. Cotejo analítico não-realizado. Inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados. Dissídio jurisprudencial com súmula. Não cabimento. Discussão acerca da aplicação de regra técnica

relativa ao conhecimento do recurso especial. Aplicação da Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade. Ofensa ao art. 535 do CPC no contexto da admissibilidade do recurso especial.

(...)

5. É inviável, em sede de embargos de divergência, discussão acerca da admissibilidade do recurso especial, o que ocorre nos casos de incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ e da ausência de prequestionamento, entre outros.

(...)

(AgRg nos EDcl nos EREsp n. 1.075.264-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 16.09.2009, DJe 08.10.2009).

Agravo regimental nos embargos de divergência. Processo Civil. Recurso especial. Não-conhecimento. Juízo de inadmissibilidade por ausência de cotejo analítico para demonstrar o arguido dissídio. Alegação de dissídio notório a dispensar o cotejo. Situações fático-jurídicas dos paradigmas diversas. Ausência de divergência jurisprudencial nesta corte. Desatendimento dos arts. 255 e 266 do RISTJ. Embargos liminarmente indeferidos. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos.

1. Hipótese em que o recurso especial sequer foi conhecido, por considerar a Turma julgadora que, "Não havendo a recorrente demonstrado, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, resta desatendido o comando dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ." E os embargos de divergência foram deduzidos com o argumento de que se trataria de dissídio jurisprudencial notório.

(...)

3. Os embargos de divergência não se prestam a reparar eventual equívoco do acórdão embargado quanto ao juízo de admissibilidade do recurso especial.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp n. 882.705-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 12.04.2010, DJe 12.05.2010).

No âmbito das Seções, tal entendimento também se mostra invariante: EDcl no AgRg nos EREsp n. 720.186-AL, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 10.11.2010, DJe 19.11.2010; EDcl nos EREsp n. 679.265-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 23.06.2010, DJe 02.08.2010.

No caso concreto, muito embora o acórdão embargado não diga respeito propriamente aos requisitos formais de admissibilidade do recurso especial, a

discussão cinge-se, à evidência, a pressupostos específicos de conhecimento do recurso, notadamente a celeuma relativa ao *cabimento* de recurso especial com supedâneo em ofensa a lei que reproduz dispositivo constitucional.

Precisamente se eventual desrespeito à cláusula de reserva de plenário renderia ensejo a recurso especial - nesse caso, porque a ofensa seria ao direito infraconstitucional - ou a recurso extraordinário - porque vulnerada, nessa hipótese, norma de estatura supralegal.

E, como se sabe, o “cabimento” é pressuposto objetivo do recurso especial, com raízes no texto constitucional.

Portanto, versando os embargos de divergência apenas tese relativa ao *cabimento* do recurso especial, não se conhece da insurgência.

Quanto à informação trazida pelo e. Relator, de que “esta Corte Especial dirimiu, em embargos, o dissenso a respeito do prazo para entrega da via original do recurso interposto por fax (AgRg nos EREsp n. 640.803, Min. Teori Zavascki, DJ de 05.06.2008)”, cumpre esclarecer que a controvérsia não aportou neste Colegiado propriamente por via de embargos de divergência.

Em realidade, o agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu dos embargos de divergência é que foi considerado intempestivo, segundo a contagem do prazo usualmente praticada à época. Nesse passo, somente a preliminar que suscitara a intempestividade do agravo regimental, a qual versava sobre a correta interpretação do art. 2º da Lei n. 9.800/1999, é que foi *afetada* à Corte Especial, com fundamento no art. 16, inciso IV, do RISTJ.

Não há, pois, no âmbito da jurisprudência da Corte, nenhuma exceção quanto a conhecimento dos embargos de divergência para dirimir matéria relativa a cabimento do recurso especial.

2.2. O segundo fundamento preliminar de não-conhecimento dos embargos de divergência diz acerca da formalidade recursal, porquanto, a meu juízo, e rogando uma vez mais as *venias* devidas ao e. Relator, não vislumbro similitude entre o acórdão embargado e os paradigmas confrontados.

Como dito alhures, o acórdão ora hostilizado *não conheceu* do recurso especial, haja vista que “[a] controvérsia em torno do princípio da reserva de plenário refoge do âmbito de apreciação do recurso especial, porquanto o art. 480 do CPC reproduz o disposto no art. 97 da CF/1988, cuja interpretação cabe ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário”.

Por outro lado, todos os acórdãos paradigmas *apreciaram o mérito* do recurso especial pela ótica do art. 480 do CPC, reconhecendo o próprio desacerto de se declarar a inconstitucionalidade de lei sem submeter a matéria ao Plenário ou ao Órgão Especial do respectivo tribunal.

Os acórdãos colacionados como paradigmas são os seguintes: REsp n. 619.860-RS, rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*; REsp n. 882.234-SP, rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*; REsp n. 672.376-ES, rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*; REsp n. 89.297-MG, rel. Ministro *Ari Pargendler*; REsp n. 693.245-RS, rel. Ministro *Felix Fischer*; REsp n. 347.529-SP, rel. Ministro *Fernando Gonçalves*.

No REsp n. 619.860-RS, REsp n. 882.234-SP e REsp n. 672.376-ES, todos de relatoria do e. Ministro *Teori Albino Zavascki*, a seguinte tese foi sufragada: “A ilegitimidade de preceito normativo por vício de inconstitucionalidade somente pode ser reconhecida, no âmbito dos Tribunais, pelo Órgão Especial ou pelo Plenário (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482)”. No REsp n. 89.297-MG, a tese vencedora foi a seguinte: “no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, os Tribunais só podem deixar de aplicar a lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (CF, art. 97), observado o procedimento previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (CPC, art. 481, parágrafo único)”. No REsp n. 693.245-RS: “Nos termos dos arts. 480 e 481 do CPC, a c. Oitava Câmara Criminal do e. Tribunal *a quo*, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, somente poderia declarar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, se houvesse demonstrado que a questão foi apreciada por seu Órgão Pleno ou pelo Pretório Excelso”. Finalmente, REsp n. 347.529-SP, a tese sufragada foi a seguinte: “Possui esta Corte jurisprudência uniforme no sentido de competir ao Plenário ou ao Órgão Especial a declaração incidental de inconstitucionalidade, *ut* arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, excetuando-se os casos em que já houver pronunciamento do órgão fracionário ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, como na espécie”.

Em consulta ao inteiro teor dos arestos, percebe-se que os acórdãos paradigmas não exararam, *data venia*, qualquer tese oposta ao que se decidiu no acórdão ora embargado. Abordam, ao reverso, única e exclusivamente, o mérito da celeuma relativa à reserva de plenário.

É bem verdade, como assinalado com percuciência pelo eminente relator, que não se poder confundir *interpretação* da norma, ainda que processual, com a sua *aplicação* ao caso concreto.

Porém, em realidade, afigura-se-me que os acórdãos carreados são exatamente daqueles tidos pelo próprio Relator como os que *aplicam* a regra do art. 480 do CPC ao caso concreto, mas que “sobre cuja *interpretação* não se questiona”.

Por outro lado, o acórdão embargado apenas interpretou a norma inculpada no art. 480 do CPC - sem aplicá-la ao caso concreto -, não a enquadrando no suporte constitucional previsto no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, circunstância que obistou o conhecimento do especial.

Ou seja, os acórdãos paradigmas dizem respeito à *aplicação* do art. 480 do Código de Processo Civil ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelos Tribunais, ao passo que o acórdão ora embargado, em última análise, somente realiza juízo de valor acerca do art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, no máximo *interpretando* o dispositivo processual arrolado e chegando à conclusão de que, por se tratar de norma genuinamente de índole constitucional, eventual afronta a ela desafiaria recurso extraordinário, e não especial.

Aplica-se a jurisprudência pacífica deste Sodalício, pois não se verifica a divergência apta a ensejar os embargos do art. 546 do CPC, quando o acórdão embargado não conheceu do recurso especial e, ao revés, os paradigmas adentram ao mérito do recurso.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes: AgRg nos EREsp n. 981.543-RJ, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Primeira Seção*, julgado em 28.04.2010, DJe 07.05.2010; AgRg nos EREsp n. 863.702-RN, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Terceira Seção*, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg nos EREsp n. 894.566-RN, Rel. Ministro *Felix Fischer*, *Terceira Seção*, julgado em 05.12.2008, DJe 06.04.2009.

2.3. Diante do exposto, reiterando a vênua devida ao eminente relator, seja porque os embargos de divergência visam a discutir condições de admissibilidade do recurso especial, seja porque os acórdãos paradigmas não guardam perfeita similitude com o aresto embargado - não configurando, portanto, divergência interna a autorizar o manejo dos embargos -, voto preliminarmente em *não conhecer do recurso*.

3. No mérito, caso se superem os óbices antes levantados, dirirjo também da conclusão a que chegou o judicioso voto do Relator, ressaltando, como alhures, que aos fundamentos deduzidos adiro em essência.

O e. Relator relembrou, com propriedade, que a nossa Constituição é analítica.

Deveras, a Carta Cidadã aborda questões que, a toda evidência, não ostentam dignidade constitucional, figurando na Carta Magna apenas formalmente como norma dessa estatura. Basta mencionar que o texto promulgado prevê, no art. 242, § 2º, que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Dai já se percebe que, não raramente, há sobreposição de diplomas a tratar de matéria idêntica, em âmbito legal e constitucional, seja porque a norma infraconstitucional avança em matéria na qual não lhe era dado avançar, seja porque o texto constitucional desce em miuçalhas que evidentemente deveriam ser tratadas pela legislação ordinária.

Exemplos clássicos dessa hibridez legislativa são as questões alusivas a direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, institutos todos regulados pela Constituição de 1988 e pela Lei de Introdução ao Código Civil.

Não obstante, por vezes, a negativa de conhecimento do recurso especial - como reiteradamente tem ocorrido na Corte - consubstancia também obstáculo à segunda via, a do recurso extraordinário, porquanto o c. STF, sistematicamente, tem entendido que o caso de ofensa a preceitos que se reproduzem em estatutos de degraus legiferantes diversos (como é o caso da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito) revela violação simplesmente reflexa ao texto constitucional.

Vale dizer, por um lado, esta Corte afirma que “a matéria contida no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, relativa à preservação do ato jurídico perfeito, tem índole nitidamente constitucional” (AgRg no Ag n. 1.159.782-RS, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 16.09.2010), sendo que, por outro lado, afirma o STF, de forma incisiva, que a “alegação de ofensa aos princípios da legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório e ampla defesa configura, quando muito, ofensa meramente reflexa às normas constitucionais” (RE n. 563.816 AgR, Relator(a): Min. *Ellen Gracie*, Segunda Turma, julgado em 26.10.2010).

Deveras, nessas hipóteses - ao contrário do que poderia significar a dupla proteção conferida pelo ordenamento jurídico -, a jurisdição extraordinária simplesmente não é prestada.

No particular, parece realmente sábia a solução apregoada pelo i. Relator, segundo a qual “em caso de fundada dúvida, aceita-se o recurso especial, privilegiando o princípio do acesso à justiça”.

3.1. Porém, no caso concreto em exame, não me parece aplicável tal entendimento, *data venia*.

Primeiramente, porque, a meu juízo, não remanesce dúvidas de que a matéria relativa à cláusula de reserva de plenário é, de fato, essencialmente constitucional, e - diversamente do que ocorreu com a celeuma atinente a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - não há risco de as partes quedarem no vazio sem jurisdição prestada.

Isso porque o e. STF, no caso, está absolutamente vocacionado a solver a celeuma quando verificada a ofensa à cláusula de reserva de plenário, inserta no art. 97 da Constituição, ainda que a suposta violação esteja escamoteada em mera inaplicação da lei, ou seja, quando o órgão fracionário do Tribunal simplesmente afasta a incidência do diploma legal, por fundamento constitucional, sem submeter o incidente ao plenário ou ao órgão especial.

Bem por isso que, consolidando jurisprudência monótona, aquela Corte Suprema editou a *Súmula Vinculante n. 10*: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Na QO no RE n. 580.108-SP, na qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional debatida - qual seja, a observância da cláusula de reserva de plenário -, a e. Relatora, Ministra Ellen Gracie, depois de elaborar um breve relato acerca do acórdão impugnado, alude a diversos precedentes daquela Corte, todos abordando de forma frontal a questão versada nos presentes embargos de divergência.

Para melhor compreensão, transcrevo parcialmente os fundamentos da Relatora na QO no RE n. 580.108-SP, cujo recurso é oriundo, inclusive, de acórdão deste Superior Tribunal:

O Superior Tribunal de Justiça entendeu inaplicável o disposto no art. 4º, às ações ajuizadas anteriormente à sua vigência, afastando, de forma expressa, o

texto legal que dita sua aplicação retroativa, ao determinar a incidência do art. 106 do CTN, segundo o qual, a lei interpretativa aplica-se aos fatos anteriores à sua vigência:

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretada, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (...)

A impossibilidade de afastamento de disposição legal expressa, sem observância da cláusula de reserva de plenário, é matéria já exaustivamente decidida nesta Casa, na linha contrária à que foi adotada pelo acórdão recorrido em embargos declaratórios. Afirmou a Colenda 2ª Turma do STJ que seria desnecessário suscitar incidente de inconstitucionalidade da lei, no caso concreto.

(...)

Em situações idênticas à presente, inclusive quanto à discussão de fundo que se instalou na instância especial, sucessivas decisões monocráticas vêm sendo proferidas nesta Corte, provendo recursos extraordinários, e proclamando a nulidade dos acórdãos por decisões, cito as proferidas no RE n. 560.408, Relator Min. Marco Aurélio, no RE n. 539.560, Rel. Min. Eros Grau e no RE n. 535.133, Rel. Min. Celso de Mello.

Sobre a questão da reserva de plenário, a ementa do acórdão não deixa dúvida:

Possui repercussão geral a discussão sobre o afastamento, pelos Tribunais, de lei ou ato normativo do Poder Público sem a observância da cláusula de reserva de plenário. Matéria já enfrentada por esta Corte em vários julgados, colegiados e monocráticos.

Com efeito, muito embora em situações diversas possa haver dúvidas acerca do recurso cabível, se extraordinário ou especial, cuja inadmissão, por vezes, causa prejuízo ao jurisdicionado, não vejo como conhecer de recurso especial a versar matéria francamente abordada pela ótica constitucional pelo e. STF, inclusive com *Súmula Vinculante* aprovada sobre o tema.

Aliás, o próprio e. Ministro Teori Albino Zavascki, na relatoria do REsp n. 787.626-PE, asseverou com precisão que “o princípio da reserva de plenário, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, é tema disciplinado pelo art. 97 da Constituição Federal, razão pela qual, independentemente de vir reproduzido em legislação ordinária, deve ser enfrentada por recurso extraordinário. A apreciação de matéria constitucional em recurso especial significaria usurpar a competência do STF”.

Mutatis mutandis, também tem sido esse o entendimento da doutrina constitucionalista acerca do cabimento de recurso extraordinário a discutir norma local de reprodução obrigatória do texto constitucional.

“Nesse caso, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de que se submeta a controvérsia constitucional estadual ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário”. Assim, “não há dúvida, pois, de que será cabível o recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça que, sob pretexto de aplicar o direito constitucional estadual, deixar de aplicar devidamente a norma de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro” (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al]. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.251).

É bem de ver, ainda, que tal entendimento é aplicável a recursos interpostos antes da edição da Súmula Vinculante n. 10-STF, como é o caso dos autos.

Porém, após a edição desse Verbete, com mais razão, tenho por incabível recurso especial, mas agora por um fundamento extra: o desrespeito ao entendimento sufragado no Supremo, consolidado em súmula vinculante, rende ensejo a *reclamação* perante a própria Corte Suprema, nos termos do art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, circunstância que robustece a proteção constitucional conferida pelo próprio STF e reforça, a meu juízo, a conclusão que ora proponho, de não haver razão para o STJ imiscuir-se em matéria desse jaez.

Assim, máxime depois da edição da Súmula Vinculante n. 10-STF, aplico à espécie a jurisprudência da Casa, também farta, no sentido de caber recurso extraordinário - além da *reclamação* (art. 103-A, § 3º, da CF/1988) -, e não o especial, quando a controvérsia gira em torno da não-observância da exigência de reserva de plenário para o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (art. 480 do CPC e art. 97 da CF/1988):

Processual Civil. Recurso especial. Acórdão recorrido assentado sobre fundamentação de natureza eminentemente constitucional. Dissídio pretoriano não demonstrado. Inexistência de quaisquer dos vícios do art. 535 do CPC.

1. O princípio da reserva de plenário, em controle difuso de constitucionalidade, reveste-se de natureza constitucional (art. 97 da CF).

2. O acórdão recorrido assenta sobre fundamentação de índole eminentemente constitucional, razão pela qual, estando a competência do STJ, delimitada pelo art. 105, III, da Constituição, restrita à uniformização da legislação infraconstitucional, é inviável o conhecimento do recurso especial.

(...)

(REsp n. 787.626-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.02.2006, DJ 06.03.2006, p. 235).

Compensação de prejuízos. Imposto sobre a Renda e Contribuição Social sobre o Lucro. Limitação imposta com o advento das Leis n. 8.981/1995 e n. 9.065/1995. Legalidade. Matéria constitucional. Art. 97 da CF/1988. Violação ao art. 535 do CPC. Afastamento.

(...)

II - A discussão no âmbito do Tribunal *a quo* acerca da interpretação dos artigos 480 e 481 do CPC refoge ao âmbito do recurso especial visto que é travada em torno da interpretação do art. 97 da CF, matéria reservada ao STF. Precedentes: REsp n. 547.653-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 23.05.2007; AgRg no REsp n. 467.138-DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 15.05.2006 e REsp n. 787.626-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.03.2006.

(...)

(AgRg no REsp n. 989.015-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 1º.12.2008).

Tributário. Processual Civil. ICMS. Violação dos arts. 480 e 481 do CPC. Repetição do art. 97 da CF. Matéria constitucional.

1. O posicionamento desta Corte com relação à análise dos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil é no sentido de que se trata de artigos de lei que repetem as regras veiculadas no art. 97 da Constituição Federal - CF.

2. A nítida feição constitucional dos referidos artigos foi reforçada após a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante n. 10 – que versa sobre o princípio constitucional da reserva de plenário –, já que o mandamento constitucional possibilita a edição de tais súmulas apenas “sobre matéria constitucional” (CF, artigo 103-A).

3. Inviável o conhecimento do apelo nobre para analisar violação de matéria constitucional, cuja competência é exclusiva do STF, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.115.505-MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 03.09.2009).

Processual Civil. Constitucional. Alegação de ofensa ao rito procedimental do art. 480 do Código de Processo Civil. Afronta direta ao art. 97 da Constituição Federal. Apreciação vedada em sede de recurso especial. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

1. A controvérsia trazida a baila nos presentes autos cinge-se a respeito da alegada inobservância, por parte do Tribunal *a quo*, do rito procedimental previsto no artigo 480 do Código de Processo Civil.

2. Sendo a norma federal alegada como violado pelo acórdão recorrido mera reprodução de dispositivo da Constituição Federal, o conhecimento do recurso especial se mostra-se inviável, pois este se destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, refugindo da sua competência a análise de possível afronta a dispositivos da Constituição da República, tal como ocorre na hipótese em que se alega afronto ao art. 97 da Constituição Federal c.c. com o art. 480 do Código de Processo Civil. Precedentes.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 784.373-ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02.06.2009, DJe 29.06.2009).

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Reserva de plenário. Matéria constitucional. Competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e improvido.

(...)

2. A controvérsia a respeito da cláusula de reserva de plenário refoge à apreciação do recurso especial, tendo em vista que o art. 480 do CPC reproduz o art. 97 da Constituição da República.

Precedentes do STJ.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp n. 930.634-AM, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 03.11.2008).

Processual Civil. Agravo regimental. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Análise transversa de dispositivo constitucional.

1. De acordo com o agravante, teria havido violação ao art. 535 do CPC porque a origem negou-se a analisar a tese da ofensa à cláusula de reserva de plenário (malversação aos arts. 97 da Constituição da República e 480 e 481 do CPC), apontada em embargos de declaração lá opostos.

2. Em primeiro lugar, com a alegação de violação ao art. 535 do CPC, o agravante pretende, na verdade, que esta Corte Superior manifeste-se sobre a ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC, que tratam do procedimento para declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais.

3. Ocorre que as redações desses dispositivos nada mais são do que simples repetições da regra de julgamento veiculada pelo art. 97 da Constituição da República vigente, o que atrai a competência do Supremo Tribunal Federal - aliás, houve interposição de extraordinário devidamente processado por suposta malversação àquele dispositivo.

(...)

(AgRg no REsp n. 931.674-BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 27.05.2009).

Processual Civil. Recurso especial. Contribuição social. Lei Complementar n. 110/2001. Cláusula de reserva de plenário. Art. 97 da CF/1988. Matéria constitucional. Apreciação reservada ao STF.

1. "(...) O princípio da reserva de plenário, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, é tema disciplinado pelo art. 97 da Constituição Federal, razão pela qual, independentemente de vir reproduzido em legislação ordinária, deve ser enfrentado por recurso extraordinário. A apreciação de matéria constitucional em recurso especial significaria usurpar a competência do STF." (REsp n. 787.626-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.03.2006).

2. O Tribunal de origem resolveu a questão da exigibilidade das Contribuições Sociais instituídas pela LC n. 110/2001 com base em fundamentação predominantemente constitucional, razão pela qual não é viável a sua revisão na via eleita.

3. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 895.752-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.03.2007, DJe 02.06.2008).

Ademais, no caso concreto, o recorrente não corre mesmo risco de não ter jurisdição prestada em razão do não-conhecimento do recurso especial.

Há nos autos recurso extraordinário admitido pendente de julgamento, por ocasião do que a tese recursal poderá ser analisada, finalmente, pelo Tribunal competente.

3.2. De resto, apesar de os arts. 480 a 482 do CPC ostentarem redação que sobeja aquela do art. 97 da Constituição, podendo, em tese, de fato, haver ofensa unicamente a matéria legal, como, por exemplo, em relação a procedimentos no incidente lá previsto, não me parece que, no caso concreto, a ofensa alegada no recurso especial possa alcançar norma procedimental ou conceitual da regra alusiva à reserva de plenário, senão seu próprio núcleo principiológico, previsto mesmo no texto constitucional.

Discussão semelhante surgiu no âmbito do STF quando instado a se manifestar sobre eventual violação a direito adquirido, tendo aquela Corte chegado à conclusão exposta em outro passo deste voto, de que, se houvesse violação à Constituição da República, tal seria meramente reflexa.

Esse entendimento é adveniente da clássica distinção doutrinária existente entre a proteção constitucional conferida a determinado princípio e o próprio conteúdo jurídico do princípio protegido. Vale dizer, se, por um lado, a Constituição protege determinado valor, erigido à categoria de princípio constitucional, não significa isso que deva também regular ou delinear seus contornos conceituais ou procedimentais.

Ao contrário, relega-se tal mister, no mais das vezes, à legislação infraconstitucional, tal como ocorre com os valores da ampla defesa, do devido processo legal, direito adquirido ou ato jurídico perfeito, todos protegidos constitucionalmente, mas que cujo conteúdo deve ser colhido, sistematicamente, do arcabouço normativo infraconstitucional, ou ainda, da doutrina.

Essa é a linha de raciocínio adotada por doutrina de primeira ordem, citada no AgRg no AI n. 135.632-4-RS, julgado no c. STF, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello:

A Constituição vigente determina simplesmente o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Não apresenta, como se deu com a Lei de Introdução ao Código Civil, bem assim a Lei n. 3.238, de 1957, uma definição de Direito Adquirido. De onde a questão: o conceito de Direito Adquirido constitui matéria constitucional ou de caráter ordinário?

Dois circunstâncias nos levariam a considerar a idéia da sua natureza constitucional: primeiro, se o legislador a tivesse consagrado no texto; segundo, o fato de, ao referir o Direito Adquirido, ter em vista um conceito já estratificado em nossa mentalidade jurídica.

Não obstante, sustentamos o contrário.

A previsão, no texto constitucional, que não existe, ainda que houvesse, não traria como conseqüência o corolário de que *de natura* o assunto apresenta caráter constitucional. Por outro lado, a realidade jurídica, à face das leis extravagantes e do teor dos pronunciamentos dos nossos colégios judicantes, nos mostra que, muito embora a Constituição tenha consagrado um instituto de bases assentadas na consciência jurídica nacional, essas bases não são rígidas e absolutas, mas sujeitas, em vários dos seus aspectos, a mutações e aprimoramentos.

Desse modo, formular na Constituição um conceito de Direito Adquirido implicaria em subtrair-lhe muitas das suas possibilidades de progresso, tanto através da Doutrina e da Jurisprudência, como da própria legislação extravagante.

Ao legislador ordinário, portanto, compete estabelecer os lindes do conceito de Direito Adquirido, propiciando assim o roteiro para a respectiva elaboração do Direito Científico e nos pronunciamentos judiciais. (FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. Apud. www.stf.jus.br).

Foi com base nesse entendimento que o e. Relator do AgRg no A.I n. 135.632-4-RS, Ministro Celso de Mello, afirmou, com propriedade, que “não se pode confundir a configuração conceitual de direito adquirido (que se radica no plano estritamente legal), de um lado, com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas, de outro, pois é apenas a tutela do direito adquirido - e não o conteúdo material de sua noção - que ostenta natureza constitucional, a partir da cláusula de salvaguarda inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política”.

Finalmente, conclui Sua Exa. que é “ao legislador comum, portanto - sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita dentre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto - que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma de direito adquirido”.

No caso concreto, como já sinalizado, o recorrente não se insurge contra nenhum dos procedimentos que orbitam a exigência de submissão do incidente de inconstitucionalidade ao órgão especial do respectivo Tribunal.

A tese somente foi agitada agora, em sede de embargos de divergência.

O recurso especial impugna, em realidade, o próprio fato de o Tribunal *a quo* ter afastado a incidência de lei, por fundamento constitucional, sem submeter a celeuma à apreciação do colegiado competente.

Ou seja, se violação houve à cláusula de reserva de plenário, a ofensa, segundo a tese ventilada no especial, foi direta e frontal ao próprio núcleo do princípio insculpido no art. 97 da Constituição da República, não se cogitando, nem de passagem, de ofensa a procedimentos previstos apenas na norma legal.

Até porque o especial foi interposto somente pela alínea **a** e o único artigo apontado como violado foi o 480 do CPC, dispositivo que, deveras, não desce em minudências acerca do procedimento relativo ao incidente de inconstitucionalidade, reproduzindo, de fato, em outros vocábulos, o art. 97 da Constituição Federal.

4. Diante do exposto, uma vez mais rogando a máxima *venia* ao eminente Relator, que proferiu voto judicioso, *não conheço* dos embargos de divergência, ou, superado o conhecimento, os *rejeito integralmente*.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, estou acompanhando a divergência, embora faça a ressalva de que exatamente porque a disposição do Código de Processo Civil sobeja a Constituição o meu entendimento é outro.

RECLAMAÇÃO N. 4.089-ES (2010/0063715-2)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Reclamante: União

Reclamado: Juiz Federal do Segundo Juizado Especial Cível da Seção
Judiciária do Estado do Espírito Santo

Interessados: Marcus Vinicius Figueiredo de Oliveira Costa

EMENTA

Reclamação. Usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. Os atos, com efeitos concretos, praticados pelo Conselho da Justiça Federal só podem ser atacados por meio de mandado de segurança impetrado no Superior Tribunal de Justiça (art. 11, IV - RISTJ); usurpa a competência deste a decisão de juiz de 1º grau que determina a suspensão de processo administrativo em tramitação naquele Conselho. Reclamação procedente.

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 Hamilton Carvalhido julgando procedente a reclamação, no que foi acompanhado pelas Sras. Ministras Nancy Andrichi e Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Luiz Fux e Aldir Passarinho Junior, e os votos dos Srs. Ministros Teori Albino Zavascki,

Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer julgando improcedente a reclamação, por maioria, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Nancy Andrichi, Laurita Vaz e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda e Luis Felipe Salomão. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 25.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O Juiz Federal Marcus Vinicius Figueiredo de Oliveira Costa ajuizou ação declaratória negativa contra a União (fl. 21-30) requerendo a “suspensão liminar do Processo Administrativo n. 2009160987 do Conselho da Justiça Federal” (fl. 30) e, no mérito, “a declaração de inexistência de relação jurídica que tenha por objeto o pagamento da dívida de R\$ 6.549,36 ali em cobrança” (fl. 30).

O pedido de tutela antecipada foi deferido pelo MM. Juiz Federal Roberto Gil Leal Faria que, ainda, de ofício, concedeu medida cautelar para que “a Direção do Foro da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo se abstenha de efetivar quaisquer descontos nos vencimentos do autor, em função do processo administrativo em tela, mesmo na eventualidade de receber ordem administrativa do CJF para assim agir” (fl. 33).

A União ajuizou, então, a presente reclamação com pedido de liminar, destacando-se na petição inicial os seguintes trechos:

O demandante pede, em síntese, a declaração de inexistência de relação jurídica com a Ré e que sejam suspensos os descontos em seus vencimentos, para

o ressarcimento ao Erário dos valores pagos, a título de auxílio combustível, aos Magistrados da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que não possuíam carro oficial.

O requerimento de antecipação de tutela antecipada (*sic*) objetiva a determinação judicial de que a União se abstenha de praticar qualquer desconto em folha de pagamento do autor com o fim de ressarcimento ao erário público, em cumprimento ao Processo Administrativo n. 2009160987, que tramita no CJF, até ulterior decisão, bem como a suspensão do referido processo administrativo (fl. 02).

O ato contestado foi praticado pelo colegiado do Conselho da Justiça Federal, que só poderia ser atacado perante o Superior Tribunal de Justiça e por meio de Mandado de Segurança, consoante se depreende da leitura do art. 1º § 1º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe não ser cabível, em sede de primeira instância, concessão de medida cautelar inominada ou sua liminar quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de Tribunal (fl. 02-03).

Além disso, consoante dispõe o art. 105, inciso I, letra **b**, da Constituição Federal, é da competência do Superior Tribunal de Justiça a apreciação e julgamento dos mandados de segurança impetrados contra ato do próprio Tribunal.

Ora, sendo o Conselho da Justiça Federal órgão que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça e que, portanto, constitui aparelho administrativo integrante da Corte (...) o ato por ele editado só poderia ser atacado pela via do mandado de segurança perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (inteligência da Lei n. 8.437/1992), não sendo admissível a utilização de ações ordinárias para evitar o exercício dessa competência.

Nesse diapasão, tal questão, ao fim e ao cabo, tem como premissa a legalidade do próprio ato do Conselho de Justiça Federal (órgão do STJ, com estatura constitucional - CF, art. 105, parágrafo único, II) e não se compreenderia que estivesse sujeito ao controle de, exatamente, quem está sob sua supervisão administrativa e financeiramente (fl. 03).

Nessa esteira, qualquer decisão sobre o tema, ainda que em sede de ação ordinária, configura-se usurpação de competência, justamente por representar manobra jurídica implementada no desiderato de afastar o Juiz Natural da causa: o Superior Tribunal de Justiça (fl. 10).

O pedido liminar foi deferido para suspender os efeitos da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Roberto Gil Leal Faria (fl. 40).

Sobrevindo, na ação declaratória, sentença julgando procedente o pedido, a União requereu que fosse estendida a medida liminar para a suspensão dos efeitos da sentença - o que foi deferido à fl. 65.

Seguiu-se parecer do Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, opinando pela improcedência da reclamação, “haja vista matéria consolidada na Corte Especial, a teor do Enunciado n. 34 da Súmula da AGU” (fl. 80), que assim dispõe:

Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Os autos dão conta de que o Conselho da Justiça Federal decidiu instaurar processo administrativo em face de cada um dos juízes federais que se beneficiaram do “*auxílio-combustível*” pago ao arrepio da lei e de proibição expressa emanada de deliberação administrativa.

Seguiu-se, dentre outros, o Processo Administrativo n. 2009160987, instaurado em face do Juiz Federal Marcus Vinicius Figueiredo de Oliveira Costa.

À vista disso, o referido magistrado ajuizou “*ação declaratória negativa*” no âmbito da Seção Judiciária do Espírito Santo com os objetivos, primeiro, de suspender o processo administrativo e, ao final, de impedir a devolução dos valores recebidos - aquele e este alcançados.

Data venia, o prosseguimento de processo administrativo em tramitação no Conselho da Justiça Federal só poderia ter sido obstado por meio de medida liminar deferida no âmbito mandado de segurança ajuizado perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 11, IV - RISTJ).

Nesse sentido, a Corte Especial já decidiu que “os atos praticados pelo Conselho da Justiça Federal no exercício de sua competência não podem ser suspensos por antecipação de tutela deferida em ação ordinária por Juiz de 1º grau, sob pena de subverter o sistema de controle administrativo, que passaria a ser supervisionado pelos próprios destinatários” (Rcl n. 1.526, DF, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 07.03.2005).

Lê-se no julgado:

Na verdade, o ato praticado pelo Juiz Federal, antecipando a tutela, pôs sob a jurisdição de 1º grau ato praticado pelo Conselho da Justiça Federal que tem seu

controle ativado perante esta Corte, malferindo, na minha avaliação, a disciplina do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/1992 que comanda ser incabível, “no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal”.

Não se trata de questionar o ajuizamento da ação ordinária e não do mandado de segurança, mas sim de vedar que os atos que estão sujeitos ao controle original de Tribunal, no caso, desta Corte, sejam atingidos por via indireta com a prestação jurisdicional de Juiz de 1º grau, o qual pode ultrapassá-los mediante o deferimento de medida de urgência da alçada de outra jurisdição.

Nessa linha, o MM. Juiz Federal, ao deferir a antecipação de tutela, num primeiro momento, e, depois, ao proferir sentença, mantendo-a, usurpou a competência deste Tribunal.

Voto, por isso, no sentido de julgar procedente a reclamação para cassar a decisão de fl. 31-33, bem como a parte da sentença que manteve a antecipação de tutela.

Registre-se que, a despeito da medida liminar deferida nesta reclamação, o Conselho da Justiça Federal nunca teve conhecimento dela, de modo que o processo administrativo *sub judice* esteve até agora paralisado.

Por isso, voto também no sentido de encaminhar cópia deste acórdão ao Corregedor-Geral da Justiça Federal para que recomende aos juízes federais uma rotina que impeça venha essa situação a se repetir.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, cuida-se de reclamação ajuizada pela União em face de decisão proferida pelo Juiz Federal do 2º Juizado Especial Federal Cível de Vitória-ES que, nos autos de ação declaratória negativa cumulada com pedido de medida liminar ajuizada por Marcus Vinícius Figueiredo de Oliveira Costa contra a União Federal, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela requerida, determinando a suspensão do trâmite do Processo Administrativo n. 2009160987, que tramita no Conselho da Justiça Federal em face do autor, além da determinação à Direção do Foro para que se abstenha de efetivar quaisquer descontos nos vencimentos do autor, em função do processo administrativo, mesmo na eventualidade de receber ordem administrativa do Conselho da Justiça Federal para assim agir.

Alega a reclamante, em suma, que o Conselho da Justiça Federal é órgão que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça e as suas decisões administrativas somente podem ser atacadas por meio de mandado de segurança impetrado originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo vedada a concessão de medida liminar em casos tais, por força do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.437/1992.

O pedido de medida liminar foi deferido pelo ilustre Ministro Relator para determinar a suspensão da decisão impugnada.

Na sessão do dia 1º de setembro de 2010, após o voto do Eminentíssimo Ministro Relator Ari Pargendler, julgando procedente a reclamação, pedi vista antecipada dos autos, para melhor exame da questão.

Acerca da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, dispõe o parágrafo único do artigo 105 da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) *os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;*

(...)

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante. (nossos os grifos).

Ao que se tem, efetivamente, o Conselho da Justiça Federal é órgão que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça e, por isso, seus atos, como se tem admitido, podem ser impugnados originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça por meio de mandado de segurança.

No entanto, não há fundamento legal ou constitucional que autorize excluir da parte a via processual eleita da ação ordinária, obrigando-a exclusivamente à estreita via do *mandamus* de competência originária desta Corte Superior de Justiça, sujeita a exíguo prazo decadencial e à exigência de prova pré-constituída.

Demais disso, não obstante caiba ao Conselho da Justiça Federal exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, e suas decisões tenham caráter vinculante, nos termos do parágrafo único do artigo 105 da Constituição Federal, os efeitos vinculatórios de suas decisões alcançam tão somente a dimensão administrativa da Justiça Federal, não obrigando, por certo, o Poder Judiciário, pena de restrição ao exercício do direito de petição e do amplo acesso ao Poder Judiciário e, de outro lado, de incorrer em odiosa violação da garantia da independência e da autonomia funcional do magistrado.

Desse modo, é indubitosa a competência do juízo de primeiro grau para processar e julgar a ação ordinária ajuizada contra a União Federal.

Quanto à possibilidade de concessão de antecipação de tutela pelo juízo de primeiro grau, por outro lado, é de se ter em conta a letra do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.437/1992, que “Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.”, *verbis*:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de Tribunal. (nossos os grifos).

Ao que se tem, da letra do dispositivo normativo transcrito, embora competente para o julgamento da ação ordinária, o magistrado sofre efetiva limitação no exercício do poder de cautela quando o ato impugnado é de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de Tribunal.

E, diga-se, não cuida a lei de obstar a mera concessão indevida de tutela antecipada por faltar os requisitos legais (artigo 273 do Código de Processo Civil) ou por estar legalmente vedada (quando tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza), em *error in judicando* controlável por meio de recurso próprio.

Cuida a lei de proibir a concessão de tutela antecipada por juiz na ação ordinária quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de Tribunal.

E, quando o ato impugnado for de autoridade sujeita à competência originária do Superior Tribunal de Justiça, o deferimento de tutela antecipada pelo juízo de primeiro grau importa em efetiva usurpação da competência desta Corte, impugnável por meio da Reclamação prevista no artigo 105, inciso I, alínea f, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

f) a reclamação para a *preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*;

(...) (nossos os grifos).

E no artigo 187, *caput*, do Regimento Interno desta Corte:

Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Com efeito, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, obediente à Constituição Federal, com o qual se harmoniza o artigo 13 e seguintes da Lei n. 8.038/1990, prevê o cabimento de reclamação para garantir a autoridade das suas decisões ou preservar a competência deste Tribunal quando usurpada, daí resultando o já admitido cabimento da reclamação constitucional por usurpação da competência desta Corte, quando deferida antecipação de tutela nos autos de ação ordinária ajuizada no primeiro grau para impugnar ato do Conselho da Justiça Federal.

In casu, trata-se de decisão proferida pelo Juiz Federal do 2º Juizado Especial Federal Cível de Vitória-ES que, nos autos de ação declaratória negativa cumulada com pedido de medida liminar ajuizada por Marcus Vinícius Figueiredo de Oliveira Costa contra a União Federal, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela requerida e *determinou a suspensão do trâmite do Processo Administrativo n. 2009160987, que tramita no Conselho da Justiça Federal em face do autor, e, ainda, determinou à Direção do Foro que se abstenha de efetivar quaisquer descontos nos vencimentos do autor, em função do processo administrativo, mesmo na*

eventualidade de receber ordem administrativa do Conselho da Justiça Federal para assim agir.

E, em se cuidando, como na espécie, de deferimento de antecipação de tutela em que o ato suspenso é a decisão prolatada no Processo n. 2009160987 pelo Conselho da Justiça Federal, vale dizer, autoridade sujeita à competência desta Corte, forçoso afirmar a efetiva ocorrência de usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, a autorizar o cabimento da Reclamação.

Não foi outro o sentido do entendimento firmado no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Reclamação n. 1.526-DF, em acórdão assim ementado:

Reclamação. Ato do Conselho da Justiça Federal. Resolução sobre o exercício de cargo de magistério. Art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/1992.

1. Os atos praticados pelo Conselho da Justiça Federal no exercício de sua competência não podem ser suspensos por antecipação de tutela deferida em ação ordinária por Juiz de 1º grau, sob pena de subverter o sistema de controle administrativo, que passaria a ser supervisionado pelos próprios destinatários.

2. Reclamação julgada procedente. (Rcl n. 1.526-DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 06.10.2004, DJ 07.03.2005 p. 130).

Tanto quanto aqui, cuida-se, ali, como se extrai da própria letra do relatório, de ação em que se insurge “(...) contra decisão do Senhor Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que nos autos da Ação Ordinária n. 2003.34.00.039420-7, ajuizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE, deferiu, ‘a título de antecipação de tutela, fulcrado na letra do § 7º do art. 273 do CPC, em caráter incidental, a medida cautelar de *suspensão da eficácia de todos os dispositivos impugnados da Res. n. 336, de 16.10.2003, publicada no DOU de 21.10.2003 - Seção I, p. 183, do Egrégio Conselho de Justiça Federal*, até o julgamento final da presente ação ordinária”.

E, com efeito, os atos praticados pelo Conselho da Justiça Federal não podem ser suspensos por antecipação de tutela deferida em ação ordinária por Juiz de primeiro grau, pena de subverter o sistema de controle administrativo, que passaria a ser supervisionado pelos próprios destinatários.

Pelo exposto, acompanhando o Ministro Relator, julgo procedente a reclamação para cassar a decisão que concedeu antecipação de tutela.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, somente por uma questão institucional, pois juridicamente não estou convencido, vou acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, para evitar liminar contra o Conselho, julgada por juízes fiscalizados pelo Conselho.

Presidente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha

Relator o Sr. Ministro Ari Pargendler

Sessão da Corte Especial - 15.12.2010

Nota Taquigráfica

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, peço vênias para divergir do eminente Ministro Relator. Estamos decidindo reclamação: saber se foi usurpada competência originária do Superior Tribunal de Justiça.

Ora, a competência originária do STJ contra decisões do Conselho é em mandado de segurança. No caso concreto, trata-se de uma ação ordinária contra a União. A ação ordinária contra a União não é da competência originária do STJ, ainda quando nela se questione ato do Conselho. Há lei que proíbe a concessão de liminar nesses casos. Entretanto, a violação dessa lei não significa usurpação de competência do STJ. É erro *in judicando* que será corrigido mediante recurso competente pelas vias normais, como acontece, aliás, quando se questiona um ato do próprio Presidente da República ou do Supremo Tribunal Federal. Não se trata de usurpação de competência do STJ, que não tem essa competência originária, motivo pelo qual peço vênias para divergir. É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, peço vênias para acompanhar a divergência, pois, como acentuou o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, caberia, então, se fosse o caso, requerimento de suspensão da liminar aqui para o próprio STJ ou para o Tribunal Regional.

Como não é competência originária do STJ, evidentemente que não cabe reclamação numa ação ordinária. Se fosse um mandado de segurança, caberia, claro, pois a competência para mandado de segurança contra o Conselho é do STJ.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, apesar das ponderações da divergência, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, porque realmente esses casos são críticos.

O Conselho da Justiça Federal toma uma decisão e, por liminar, normalmente de juízes da própria Região atingida, afasta-se aquela decisão de um Conselho que tem a função inclusive, constitucional, de fiscalizar e administrar a Justiça Federal. É o que se tem percebido ao longo do tempo. Acho que todos que passamos pelo Conselho identificamos casos pontuais, até em quantidade, nesse sentido. De modo que a situação e o limite delineados pelo eminente Ministro Relator quanto apenas à tutela ser submetida à nossa competência, ou seja, à reclamação, parece-me que atende melhor à situação.

Peço vênica para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 3.932-GB (2009/0225877-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Requerente: Braspetro Oil Services Company Brasoil
Advogado: Luís Roberto Barroso e outro(s)
Requerente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras
Advogado: Luís Roberto Barroso e outro(s)
Requerido: Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.
Advogados: Hélio José Cavalcanti Barros e outro(s)
Fernando Magalhães Milman e outro(s)
Isabel A M Milman e outro(s)

Advogados: Josimeire Fernandes da Silva e outro(s)
Marcus Vinícius Lencastre e outro(s)
Advogados: Cláudia Terue Sugawara Mitsuya e outro(s)
Juliana Estevão Lima Dias e outro(s)
Daniel Rocha Maia e outro(s)
Claudi Cunha Fragoso e outro(s)
José Roberto de Andrade Coutinho e outro(s)
Requerido: Petromec Inc
Advogado: Defensoria Publica da União - curador especial

EMENTA

Sentenças estrangeiras contestadas. Contratos de compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo P-36. Tramitação de processo no Brasil. Ato homologatório. Ausência de óbice. Homologação requerida pelos réus no processo original. Citação válida. Comprovação dispensada. Princípio *solve et repete*. Natureza de ordem pública. Ausência. Apreciação do mérito. Impossibilidade. Homologação. Deferimento.

I - O ajuizamento de ação perante a Justiça Brasileira, após o trânsito em julgado das rr. sentenças proferidas pela Justiça estrangeira, não constitui óbice à homologação pretendida. Precedentes desta e. Corte e do e. STF: SEC n. 646-US, *Corte Especial*, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe de 11.12.2008; e SEC n. 7.209, *Tribunal Pleno*, Rel. Min. *Ellen Gracie*, Rel. para o acórdão Min. *Marco Aurélio*, DJ de 29.09.2006.

II - “O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro *não exclui a de outro Estado*” (REsp n. 1.168.547-RJ, *Quarta Turma*, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe de 07.02.2011).

III - *In casu*, as partes optaram livremente em propor as demandas perante a Justiça Britânica, diante da eleição do foro inglês nos contratos firmados.

IV - Dispensa-se a comprovação da citação válida quando é o próprio réu no processo original que requer a homologação da

sentença estrangeira. Ademais, ambas as partes se manifestaram no processo, por meio de advogado, e foram ouvidas em juízo. Nesse sentido: SEC n. 2.259-CA, *Corte Especial*, Rel. Min. *José Delgado*, DJe de 30.06.2008, e SEC n. 3.535-IT, *Corte Especial*, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJe de 16.02.2011.

V - Ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes, uma vez que o princípio *solve et repete* - assim como a regra da exceção do contrato não cumprido - não possui natureza de ordem pública, razão pela qual foge à apreciação por esta via. Precedente: SEC n. 507-GB, *Corte Especial*, Rel. Min. *Gilson Dipp*, DJ de 13.11.2006.

VI - Incabível a análise do mérito da sentença que se pretende homologar, uma vez que o ato homologatório está adstrito ao exame dos seus requisitos formais. Precedentes: SEC n. 269-RU, *Corte Especial*, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJe de 10.06.2010 e SEC n. 1.043-AR, *Corte Especial*, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJe de 25.06.2009.

Homologação deferida.

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, deferir o pedido de homologação e fixar os honorários em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Convocado o Sr. Ministro Humberto Martins para compor quórum.

Sustentaram oralmente a Dra. Ana Paula de Barcellos, pelas requerentes, e o Dr. Hélio José Cavalcanti Barros, pela requerida - Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.

Brasília (DF), 06 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 11.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: *Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás*, sociedade de economia mista, constituída segundo as leis brasileiras, e *Braspetro Oil Services Company - Brasoil*, sua subsidiária integral no exterior, sociedade constituída segundo as leis das Ilhas *Cayman*, requerem a homologação de rr. sentenças estrangeiras proferidas em demandas ajuizadas perante a Justiça Britânica, em desfavor de *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.*, sociedade limitada constituída de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, e *Petromec Inc.*, sociedade constituída segundo as leis das Ilhas Virgens Britânicas.

A petição inicial foi instruída com documentos societários da *Brasoil* (fls. 19-43 e tradução para o vernáculo às fls. 44-121) e da *Petrobrás* (fls. 123-143); procurações (fls. 145-154); e as sentenças proferidas pela *Commercial Court* de Londres, acompanhadas de autenticação e tradução feita por tradutor juramentado no Brasil (fls. 155-703), entre outros documentos (fls. 704-1.009).

A requerida *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* apresentou contestação às fls. 1.152-1.186 (e documentos de fls. 1.187-1.524), em que alegou violação ao art. 9º da Resolução n. 9/2005 desta e. Corte Superior, bem como ao art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil, que teve a sua ementa alterada, a teor do disposto na Lei n. 12.376/2010), por suposta ofensa à ordem pública nacional.

Afirmou que, a respeito do mesmo tema, ajuizou ação perante a Justiça Brasileira, por se tratar, no caso, de competência internacional concorrente, não obstante a *Petrobrás* pretenda se eximir da aplicação da lei brasileira.

A segunda requerida, denominada *Petromec Inc.*, foi citada por hora certa (fls. 1.138-1.139), deixando de se manifestar no prazo legal, conforme certidão de fl. 1.527. Designou-se Defensor Público da União para atuar como Curador Especial (despacho de fl. 1.533), que ofereceu contestação às fls. 1.540-1.548.

Preliminarmente, aduziu a segunda requerida (*Petromec Inc.*) por meio de Curador Especial, a nulidade de sua citação, ao fundamento de que não haveria prova nos autos acerca de sua representação legal pelo Sr. German Efromovich.

No mérito, sustentou que houve ofensa à ordem pública, pois “as sentenças estrangeiras, no que condenaram as requeridas ao pagamento de elevadas somas em favor das requerentes, vedando a compensação de débitos e créditos decorrente do não adimplemento contratual imputável às mesmas requerentes, atenta contra princípios consagrados explicita ou implicitamente em nossa ordem pública, do direito à propriedade, da vedação do enriquecimento sem causa e da proporcionalidade das decisões judiciais” (fl. 1.542).

Aduziu, ainda, que as sentenças estrangeiras teriam aplicado, implicitamente, a cláusula contratual *solve et repete*, ou seja, teriam determinado o pagamento integral daquilo que foi contratado, para que somente depois as ora requeridas pudessem pleitear a devolução do que fosse indevido, o que, igualmente, não seria condizente com a ordem pública brasileira.

Alegou ausência de demonstração inequívoca da competência da autoridade estrangeira e questionou, ainda, a validade da citação dos réus no processo de origem.

As requerentes, às fls. 1.559-1.569, se manifestaram acerca das contestações apresentadas.

A d. Subprocuradoria-Geral da República opinou pela procedência do pedido de homologação (fls. 1.630-1.640).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os requerentes pretendem a homologação de 04 (quatro) sentenças estrangeiras e de 02 (dois) acórdãos, proferidos pela Corte Real de Justiça, em Londres - Inglaterra, em ações ajuizadas pela segunda requerida (*Petromec Inc.*), todas relacionadas a *contratos de compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo denominada P-36*, que veio a afundar, em março de 2001, na Bacia de Campos - RJ: *Sentença n. [2003] EWHC 179 (Comm)*, de 18.02.2003 (fls. 155-167 e tradução às fls. 169-184); *Acórdão n. [2004] EWCA Civ 156*, de 17.02.2004 (fls. 187-196 e tradução às fls. 198-211); *Sentença n. [2004] EWHC 1.180 (Comm)*, de 20.05.2004 (fls.

214-243 e tradução às fls. 245-287); *Sentença n. [2004] EWHC 127 (Comm)*, de 02.02.2004 (fls. 411-470 e tradução às fls. 472-553); *Acórdão n. [2005] EWCA Civ 891*, de 15.07.2005 (fls. 290-343 e tradução às fls. 345-408); e *Sentença n. [2006] EWHC 1.443 (Comm)*, de 16.06.2006 (fls. 556-621 e tradução às fls. 623-703).

Inicialmente, cabe ressaltar que, ao promover a homologação de sentença estrangeira, compete ao e. Superior Tribunal de Justiça verificar se a pretensão atende aos requisitos preconizados pela Resolução n. 09.2005-STJ, mais especificamente aos comandos dos artigos 5º e 6º, *verbis*:

Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado em julgado; e

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

Vale dizer, não há neste juízo discussão acerca da matéria de fundo da sentença estrangeira ou mesmo do mérito da causa, porquanto estranho ao próprio objeto da homologação, ressalvada a análise de aspectos relacionados à ordem pública e soberania nacional, ao contraditório e ampla defesa, e ao devido processo legal.

O e. Supremo Tribunal Federal, Corte à qual competia a homologação de sentença estrangeira até a edição da EC n. 45/2004, já se manifestou sobre o juízo exercido quando do processo homologatório. Cito nesse sentido, precedente:

Sentença estrangeira. Homologação. Sistema de deliberação. Limites do juízo deliberatório. Pressupostos de homologabilidade. Ausência de autenticação consular da certidão de trânsito em julgado. Condenação da parte sucumbente a verba honorária. Possibilidade. Recusa de homologação por ausência de um de seus requisitos. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

- (...).

- O sistema de controle limitado que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira *não permite que o Supremo*

Tribunal Federal, atuando como Tribunal do Foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, ao exame da matéria de fundo ou a apreciação de questões pertinentes ao meritum causae, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes a soberania nacional, a ordem pública e aos bons costumes. Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente a sentença estrangeira homologanda.

- (...).

(SEC n. 4.738-EU, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 07.04.1995).

Nesse mesmo sentido, a c. *Corte Especial* deste e. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do seguinte precedente:

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Lei n. 9.307/1996. Aplicação imediata. Constitucionalidade. Utilização da arbitragem como solução de conflitos. Ausência de violação à ordem pública. *Impossibilidade de análise do mérito da relação de direito material*. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Inexistência. Fixação da verba honorária. Art. 20, § 4º do CPC. Embargos de declaração rejeitados.

(...)

VI - *O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais. Isto significa dizer que o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena, não possuindo conteúdo econômico*. É no processo de execução, a ser instaurado após a extração da carta de sentença, que poderá haver pretensão de cunho econômico.

(...).

(EDcl na SEC n. 507-GB, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 05.02.2007).

Dessa forma, pode-se concluir que o ajuizamento de ação perante a Justiça Brasileira não constitui óbice à homologação ora pretendida, conforme jurisprudência desta e. Corte e do e. STF, *verbis*:

Processual Civil. Sentença estrangeira. Homologação. Contrato firmado por mútuo consentimento. Exclusão de responsabilidade. Possibilidade. *Requisitos legais atendidos. Homologação deferida. Ausência de ofensa à ordem pública ou à soberania*. Intervenção de terceiro. Assistente litisconsorcial. Possibilidade.

(...)

6. A sentença estrangeira, cumpridos os requisitos erigidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução n. 9-STJ, revela-se apta à homologação perante o STJ,

em consonância com a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 15, a saber: Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que , foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.

(...)

10. *O juízo de delibação é meramente formal, sem o denominado "Revision au fond", sendo certo que o art. 90 do CPC torna a existência de ação posterior no território nacional indiferente para fins de homologação. Precedente desta Corte: SEC n. 611-US, DJ 11.12.2006.*

11. Homologação de sentença estrangeira deferida.

(STJ - SEC n. 646-US, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 11.12.2008).

Sentença estrangeira. Tramitação de processo no Brasil. Homologação. *O fato de ter-se, no Brasil, o curso de processo concernente a conflito de interesses dirimido em sentença estrangeira transitada em julgado não é óbice à homologação desta última. Bens imóveis situados no Brasil. Divisão. Sentença estrangeira. Homologação.* A exclusividade de jurisdição relativamente a bens imóveis situados no Brasil. Artigo 89, inciso I, do Código de Processo Civil. Afasta a homologação de sentença estrangeira a versar a divisão.

(STF - SEC n. 7.209, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 29.09.2006).

No julgado acima transcrito, o em. Ministro *Sepúlveda Pertence*, em Voto-Vista, transcrevendo a lição de Barbosa Moreira, assim consignou:

O fato de estar pendente - em qualquer grau de jurisdição - processo brasileiro sobre a lide anteriormente julgada noutra Estado não constitui óbice a que se requeira a homologação da sentença alienígena, nem exclui que o Supremo Tribunal Federal a conceda, satisfeitos os pressupostos legais.

(...)

Por outro lado, é certo que não poderão coexistir a sentença nacional sobre a causa e a sentença estrangeira homologada. Se o Supremo Tribunal

Federal, por acórdão irrecorrível, rejeitar o pedido de homologação ainda na pendência do processo brasileiro, este prosseguirá normalmente, em direção ao julgamento da lide. *Se, todavia, estiverem satisfeitos todos os pressupostos legais da homologação, as conseqüências variarão conforme a decisão homologatória passe em julgado antes ou depois da sentença brasileira - pouco importando, vale insistir, que divirjam ou não as soluções dadas ao litígio pelo órgão pátrio e pelo alienígena.* Destarte, se, quando transitar em julgado a decisão homologatória, ainda pender o processo brasileiro, já não se poderá, neste, julgar o mérito: a sentença definitiva que porventura nele se viesse a proferir ofenderia a *res iudicata* e seria, por conseguinte, rescindível. A providência adequada é a extinção do processo nacional sem julgamento do mérito, de ofício ou por provocação da parte.

In casu, as rr. decisões homologandas são anteriores à propositura da ação perante a justiça brasileira, que se deu tão-somente em 12.12.2006 (data da distribuição, conforme consulta ao sítio eletrônico do e. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Processo n. 0154250-76.2006.8.19.0001 - 1ª instância).

Conforme se verifica às fls. 992-1.009, o e. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro extinguiu o processo, sem resolução de mérito, consignando que “no contrato firmado, as partes, entre outras avenças, escolheram o foro de Londres como aquele que teria jurisdição para dirimir seus conflitos, prevendo, por óbvio, a aplicação da legislação inglesa. As ações foram propostas na Corte de Londres. A Agravada, após sair-se vencida na justiça inglesa, volta seus pleitos à Justiça brasileira.” (fl. 992).

A decisão proferida pela justiça brasileira, no caso, ainda não transitou em julgado, mas aguarda o julgamento dos Recursos Especiais n. 1.091.299-RJ e n. 1.090.720-RJ, ambos de relatoria do em. Ministro *Aldir Passarinho Júnior* (Quarta Turma desta e. Corte).

Constata-se, portanto, que as próprias requeridas optaram pelo foro inglês, e, tendo sido sucumbentes, ajuizaram ação perante a Justiça brasileira. Não podem, portanto, alegar, nesse momento, que as ora requerentes pretenderiam fraudar a lei brasileira, diante da aplicação da lei inglesa aos contratos firmados.

Ressalte-se que “o Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro *não exclui a de outro Estado*, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição,

que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social” (*REsp* n. 1.168.547-RJ, *Quarta Turma*, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, DJe de 07.02.2011).

Outrossim, não se aplica nenhuma das hipóteses de competência internacional exclusiva da autoridade judiciária brasileira, previstas no art. 89 do CPC, uma vez que as próprias requeridas optaram por propor as demandas perante a Justiça Britânica, diante da eleição do foro inglês nos contratos firmados.

Assim, inexistente a necessária prejudicialidade entre o processo de homologação, *que não discute a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda*, e o objeto dos Recursos Especiais n. 1.091.299-RJ e n. 1.090.720-RJ, *que discutem questão material*. Como asseverado nos julgados acima, a sentença estrangeira, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos pelo art. 5º incisos I, II, III e IV da Resolução n. 9-STJ, revela-se apta à homologação perante esta e. Corte Superior.

In casu, os requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira foram atendidos, uma vez que as decisões homologandas foram proferidas por *autoridade competente* (*Commercial Court* de Londres), estão devidamente *autenticadas por cônsul brasileiro* e acompanhadas de *tradução juramentada*.

Verifica-se, às fls. 1.655-1.657 (tradução para o vernáculo às fls. 1.658-1.662), certidão expedida pela Corte Inglesa, que atesta o *trânsito em julgado* das rr. sentenças cuja homologação ora se pleiteia.

Quanto à *citação dos réus no processo original*, cabe ressaltar que são eles os próprios requerentes da homologação, estando satisfeito, portanto, tal requisito.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

Homologação de sentença estrangeira. Itália. Divórcio, com acordo sobre a guarda e pensão do filho. Requisitos preenchidos.

1. *Se a homologação é pedida pela própria parte Ré da sentença estrangeira, não há se exigir a comprovação da citação, mormente porque houve regular constituição de advogado, além do comparecimento dos cônjuges, pessoalmente, para a audiência perante a autoridade judicial sentenciante.*

2. “O divórcio consensual, por sua natureza, permite inferir a ocorrência do trânsito em julgado. Precedente da Corte Especial: SEC n. 352” (AgRg na SE n. 3.731-FR, Corte Especial, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 1º.03.2010).

3. Não se constitui em óbice à homologação de sentença estrangeira o eventual inadimplemento de obrigações dela decorrentes, a teor do art. 9º da Resolução-STJ n. 9, de 04 de maio de 2005, porquanto o objetivo do ato homologatório é tão-só o reconhecimento da validade da decisão, para que, assim, possa estender sua eficácia ao território brasileiro.

4. Pedido de homologação deferido. Custas *ex lege*. Condenação do Requerido ao pagamento dos honorários advocatícios.

(SEC n. 3.535-IT, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 16.02.2011).

Ademais, ambas as partes se manifestaram no processo alienígena, por meio de advogado e foram ouvidas em juízo.

Ilustrativamente:

Sentença estrangeira. Divórcio. Homologação.

1. Homologa-se sentença estrangeira de divórcio que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública.

2. Alegação de ausência de citação que não tem procedência. O requerido compareceu à audiência de instrução e julgamento realizada pelo juízo estrangeiro e formulou reivindicações.

3. Preenchimento das condições legais para a homologação da sentença estrangeira que se reconhece.

4. O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, produzirá efeitos ao Brasil somente após um ano da sentença, ou mais de dois anos de separação de fato.

5. Sentença homologada para que produza os seus jurídicos e legais efeitos.

(SEC n. 2.259-CA, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, DJe de 30.06.2008).

Já no que toca à *regularidade da representação legal da requerida Petromec Inc.*, não há dúvidas de que figura nessa posição, como seu representante, o Sr. German Efromovich, conforme se verifica do contrato de supervisão firmado com a *Petrobrás*, que contém a sua assinatura (fls. 1.210-1.219 e tradução às fls. 1.222-1.239), e das próprias sentenças estrangeiras, em especial, à fl. 626 do relatório (traduzido) referente ao Processo [2006] EWHC 1.443 (Comm): “A Marítima foi constituída pelo Sr. German Efromovich (doravante denominado ‘Sr. Efromovich’) e seu irmão. Em todas as ocasiões pertinentes, a Marítima e a Petromec foram detidas e/ou controladas pelo Sr. Efromovich e/ou seus familiares. Com relação às questões às quais este processo diz respeito, todas as

decisões comerciais foram essencialmente tomadas pelo Sr. Efromovich, apesar de ele ter recebido consultoria e suporte de outros (...)

Esclareça-se que a *Petromec Inc.* (segunda requerida), uma das subsidiárias da *Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.* (primeira requerida), foi por esta criada com a finalidade precípua de gerenciar o aprimoramento da Plataforma P-36.

Registre-se, ainda, que tais decisões não ofendem a *soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes*, consoante o disposto no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

As rr. sentenças homologandas, no caso, cuidam de matéria eminentemente contratual, referente à responsabilidade das partes quanto à compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo denominada P-36.

No processo de homologação, não se permite ao e. STJ adentrar o mérito da sentença estrangeira, a fim de discutir se aquele julgado solucionou acertadamente a questão discutida nos autos, conforme jurisprudência pacífica do e. STF e desta e. Corte Superior, anteriormente transcritos.

Desse modo, não procedem as alegações da segunda requerida (*Petromec Inc.*) quando afirma que as decisões estrangeiras teriam vedado a possibilidade de compensação e estipulado o princípio *solve et repete*, uma vez que, assim como a regra da exceção do contrato não cumprido, referida questão não possui natureza de ordem pública, razão pela qual foge à apreciação por esta via, conforme se verifica do seguinte precedente:

Homologação de sentença arbitral estrangeira. Caução. Desnecessidade. Lei n. 9.307/1996. Aplicação imediata. Constitucionalidade. Utilização da arbitragem como solução de conflitos. Ausência de violação à ordem pública. Impossibilidade de análise do mérito da relação de direito material. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Inexistência. Regra da exceção do contrato não cumprido. Fixação da verba honorária. Art. 20, § 4º do CPC. Pedido de homologação deferido.

(...)

VI - A Eg. Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que a questão referente à discussão acerca da regra da exceção do contrato não cumprido não tem natureza de ordem pública, não se vinculando ao conceito de soberania nacional. Ademais, o tema refere-se especificamente ao mérito da sentença homologanda, sendo inviável sua análise na presente via.

VII - O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais. Isto significa dizer que o objeto da delibação na ação de

homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena, não possuindo conteúdo econômico. É no processo de execução, a ser instaurado após a extração da carta de sentença, que poderá haver pretensão de cunho econômico.

VIII - Em grande parte dos processos de homologação de sentença estrangeira – mais especificamente aos que se referem a sentença arbitral - o valor atribuído à causa corresponde ao conteúdo econômico da sentença arbitral, geralmente de grande monta. Assim, quando for contestada a homologação, a eventual fixação da verba honorária em percentual sobre o valor da causa pode mostrar-se exacerbada.

IX - Na hipótese de sentença estrangeira contestada, por não haver condenação, a fixação da verba honorária deve ocorrer nos moldes do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, devendo ser observadas as alíneas do § 3º do referido artigo. Ainda, consoante o entendimento desta Corte, neste caso, não está o julgador adstrito ao percentual fixado no referido § 3º.

X - Pedido de homologação deferido.

(SEC n. 507-GB, *Corte Especial*, Rel. Min. *Gilson Dipp*, DJ de 13.11.2006).

Com efeito, segundo a jurisprudência do *e. Supremo Tribunal Federal*, a homologação da sentença estrangeira “deve limitar-se, estritamente, aos termos que emergem do conteúdo desse ato sentencial, não podendo abranger e nem estender-se a tópicos, acordos ou cláusulas que não se achem formalmente incorporados ao texto da decisão homologanda.” (SE n. 5.590-AO, Rel. Min. *Celso de Mello*, DJU de 26.05.1998).

Assim, conclui-se que o pedido formulado está de acordo com as disposições contidas na Resolução n. 9, de 04.05.2005, desta *e. Corte Superior*, bem como no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No que tange à verba honorária, tratando-se de sentenças estrangeiras contestadas, a sua fixação deverá observar o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, uma vez que não há condenação, tendo sido atribuída à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), sem impugnação.

Ante o exposto, voto pelo *deferimento* do pedido de homologação das rr. sentenças estrangeiras, e fixo a verba honorária em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É o voto.

**SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 4.464-EX
(2009/0214299-2)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Requerente: E S de A T

Advogada: Silvâni Alves da Silva e outro(s)

Requerido: T M T

Advogado: Defensoria Pública da União - curador especial

EMENTA

Homologação de sentença estrangeira. Ação de divórcio. Réu revel. Citação válida. Requisitos formais para o deferimento do pedido de homologação observados. Ausência, *in casu*, de afronta a princípios de ordem pública e da soberania.

I - Em ação de divórcio, o requerido compareceu à audiência preliminar, tomando ciência do pleito e aceitando os termos do divórcio, tendo deixado de comparecer aos atos processuais posteriores, oportunidade em que julgada procedente a ação à revelia, por encontrar-se ele em local incerto e não sabido.

II - Não há que se falar em nulidade da citação, porquanto houve o cumprimento dos requisitos formais constantes da Resolução n. 9-STJ, de 0405.2005 e inexistiu ofensa à soberania e à ordem pública, *in casu*.

III - Sentença estrangeira homologada.

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, deferiu o pedido de homologação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar

Asfor Rocha, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Luiz Fux. Convocado os Sr. Ministro Humberto Martins para compor quórum.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 28.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pela Vara de Família do Juízo de Primeira Instância de Papeete - Ilha de Tahiti - República Francesa, requerido por *Erley Araújo Tapea* em desfavor de *Thierry Manutea Tapea*.

Consta dos autos que as partes requereram divórcio no citado Juízo, o qual foi decretado em 14 de junho de 2006, transitado em julgado nessa data por impossibilidade de retratação, até por via recursal, por julgamento a revelia.

Requer, assim, a requerente a homologação da citada sentença de decretação de divórcio, para a produção dos seus efeitos jurídicos e legais no Brasil.

Em virtude da constatação de revelia do requerido, o Exmo. Ministro Presidente deste Sodalício designou a sua citação por edital.

Cumpridas as formalidades da citação editalícia sem que o requerido tenha se pronunciado, foi notificada a Defensoria Pública da União para a indicação de defensor para a atuação na qualidade de curador especial.

Sendo assim, o requerido, representado pela curadoria especial, apresentou contestação, alegando, em preliminar, a nulidade da citação, no sentido de que “diferentemente do defendido pela requerente na petição inicial, o réu efetivamente foi citado no processo estrangeiro, no endereço constante de fls. 018, apenas lhe sendo imputada penalidade processual, de desconhecimento ficto de endereço, em razão de ter-se tornado revel, e de provavelmente não lhe serem devidas outras citações ou intimações.”

Afirma, assim, que a citação editalícia dada na execução de sentença é nula, pois seria baseada em premissa de que o réu não teria endereço conhecido.

Alega, ainda, que “sendo considerado que o réu no processo de divórcio não foi encontrado pelo oficial de justiça, então a lógica indica que seria necessário que a requerente demonstrasse a ocorrência da citação no processo de divórcio por qualquer outro meio”. Entende, portanto, não ter sido cumprido o requisito de citação no processo estrangeiro.

Intimado, o douto *Parquet* Federal pronunciou-se pelo deferimento da homologação pretendida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, verifica-se que a homologação deve ser deferida.

Conforme documentos autenticados, a requerente apresentou pedido de divórcio em setembro de 2005.

À audiência preliminar, de 18 de novembro de 2005, a requerente e o requerido compareceram, na qual foi registrado pedido de divórcio e as partes declararam aceitar as leis de dissolução do casamento e foram informados que tal aceitação não seria passível de retratação, mesmo pela via recursal.

Contudo, posteriormente, o requerido, ausente aos demais atos processuais, foi considerado revel, em virtude de o oficial de justiça ter consignado não ter ele domicílio conhecido.

Nesse sentido encontra-se a afirmação presentes na sentença transitada em julgado: “O demandado, para o qual o oficial de justiça apresentou-se em seu último domicílio conhecido, não se pronunciou nem compareceu, estando de hoje em diante sem domicílio conhecido” (fls. 19).

Segundo já relatado, o Exmo. Ministro *Cesar Asfor Rocha* determinou a citação do requerido por edital, por encontrar ele em local incerto e não sabido e confirmada a sua revelia, com presunção militando em favor da requerente.

Com efeito, ao contrário do defendido pela Defensoria Pública, não se vislumbra qualquer nulidade na citação do requerido.

A revelia do requerido foi registrada pela sentença alienígena, de acordo com os seguintes trechos, *verbis*:

Ausente, sem domicílio conhecido, conforme carta de intimação interpeladora datada de 06 de maio de 2006.

(...)

Após deliberação, deliberando publicamente, por julgamento à revelia, em matéria de assuntos familiares, e em primeira instância, após debates na câmara do conselho (fls. 18 e 20).

Sendo, assim, atendidos os requisitos do art. 5º, inciso II, da Resolução n. 9/2005, mesmo porque o casal não possui filhos, nem bens a partilhar.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes, *litteris*:

Homologação de sentença estrangeira de divórcio. Citação por edital. Nulidade. Inexistência. Desnecessidade de distribuição. Agravo regimental. Não provido.

– A afirmação de que o requerido encontra-se em lugar incerto e não sabido, corroborada pelas circunstâncias do caso concreto, revela a ausência de prejuízo decorrente da citação por edital, não se declarando, por isso, a nulidade.

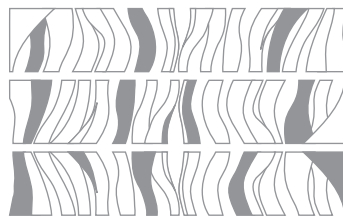
– Versando a contestação sobre aspectos de natureza meramente formal, fora, portanto, dos limites do art. 9º, § 1º, da Resolução n. 9/2005, desnecessária a distribuição do feito.

Agravo regimental improvido. (AgRg na SE n. 1.349-US, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 04.08.2009).

Ademais, não é possível analisar questões afeitas ao processo francês, as quais encontram-se fora da competência do presente juízo.

Ante o exposto, observados os requisitos legais, inclusive os elencados na Resolução n. 9-STJ, de 04.05.2005, relativos à regularidade formal do procedimento em epígrafe, *defiro* o pedido de homologação da sentença estrangeira.

É o meu voto.



Primeira Seção

**AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.997-DF
(2010/0224471-9)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Agravante: Ana Maria Merlino
Advogada: Lílian Beatriz Fidelis Maya
Agravado: União
Advogado: Advocacia-Geral da União - AGU

EMENTA

Agravo regimental em mandado de segurança. Auxiliar local. Enquadramento. Requerimento apreciado pelo Subsecretário-Geral do Serviço Exterior. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça.

1. Inexiste ato omissivo do Ministro de Estado das Relações Exteriores se foi delegada sua competência ao Subsecretário-Geral do Serviço Exterior, que apreciou o requerimento administrativo de enquadramento de auxiliar local no Regime Jurídico Único Estatutário, não havendo falar em competência desta Corte de Justiça para o julgamento do *mandamus*.

2. “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.” (Súmula do STF, Enunciado n. 510).

3. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 27 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 09.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Agravo regimental interposto por Ana Maria Merlino contra decisão monocrática que indeferiu liminarmente o mandado de segurança impetrado pela agravante contra o Ministro de Estado das Relações Exteriores, visando à apreciação e ao deferimento do requerimento de transposição para o Regime Jurídico Estatutário, com a conversão de seu vínculo laboral - “Auxiliar Local”- com a Embaixada Brasileira no Exterior - na função pública de Oficial de Chancelaria, à luz do Enunciado n. 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

Alega a agravante que o mandado de segurança foi impetrado antes da apreciação do pedido pelo Itamaraty e que o enquadramento dos servidores é competência originária e irrenunciável do Ministro de Estado de cada pasta, que deve responder em conjunto com quem praticou o ato em seu nome.

Assevera que pretende enquadramento no Ministério das Relações Exteriores, e não em qualquer carreira do PGPE, de modo a justificar a remessa do requerimento administrativo ao Ministério do Planejamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, o artigo 1º da Lei n. 12.016/2009 preceitua o seguinte:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou

houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Hely Lopes Meirelles, comentando o dispositivo legal transcrito, ensina:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior.

(...)

Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela (...)

Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o *writ* contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado. Um exemplo esclarecerá as duas situações: se a segurança objetiva a efetivação de um pagamento abusivamente retido, o mandado só poderá ser dirigido à autoridade competente para incluí-lo na folha respectiva; se visa à não efetivação desse mesmo pagamento, poderá ser endereçado diretamente ao pagador, porque está na sua alçada deixar de efetivá-lo diante da proibição judicial. *Essa orientação funda-se na máxima “ad impossibilia nemo tenetur”: ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível. Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. A mesma carência ocorre quando o ato impugnado não foi praticado pelo apontado coator. (in Mandado de Segurança, 18ª edição, Malheiros editores, p. 31 e 54-55 – nossos os grifos).*

In casu, insurge-se a impetrante contra ato do Ministro de Estado das Relações Exteriores consistente na omissão em apreciar e deferir seu requerimento de transposição para o Regime Jurídico Estatutário, com a consequente conversão de seu vínculo laboral - “Auxiliar Local”- com a Embaixada Brasileira no Exterior - na função pública de Oficial de Chancelaria, na forma do artigo 243 da Lei n. 8.112/1990.

Ocorre, contudo, que, conforme se vê do documento de fls. 162, o requerimento já foi apreciado pelo Subsecretário-Geral do Serviço Exterior, que não conheceu do pedido à motivação de que a competência para promover enquadramento de auxiliar local no Regime Jurídico Único é da Secretaria de Recursos Humanos, como Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em decorrência da competência que lhe foi delegada na Portaria n. 1.670/1993, inexistindo nos autos notícia de ato comissivo ou omissivo qualquer, atribuído ou atribuível a Ministro de Estado, *in casu*, ao Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Por fim, dirigido o pedido ao Ministro de Estado das Relações Exteriores, houve encaminhamento do pleito à autoridade delegada, pouco importando, frise-se, que o mandado de segurança tenha sido impetrado antes da decisão do requerimento administrativo, porque anterior à impetração a delegação a que, de resto, porque existente, pré-exclui que se possa falar em omissão do Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Daí por que não há falar em competência desta Corte Superior de Justiça para o julgamento do presente *mandamus*, não sendo outro o teor do Enunciado n. 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

Nesse sentido, confirmam-se, por todos, os seguintes precedentes:

Mandado de segurança. Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Impugnação à ausência de nomeação. Ausência de ato coator do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. Ilegitimidade passiva *ad causam* configurada.

1. A Impetrante não demonstra, por meio dos documentos acostados aos autos, a prática de ato ilegal ou abusivo atribuído ao Exmo. Sr. Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, a atrair a competência deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Não sendo o ato impugnado praticado por Ministro de Estado ou em decorrência de sua omissão, resta afastada a competência desta Corte para a sua apreciação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea **b**, da Constituição Federal.

3. Nos termos do Enunciado n. 510 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, "Praticado ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial". Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS n. 13.942-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10.12.2008, DJe 02.02.2009).

Processual Civil. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Indicação errônea. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Ato atacado praticado por autoridade no exercício de competência delegada. Súmula n. 510-STF. Extinção do processo, sem julgamento do mérito. Precedentes.

I - O mandado de segurança deve ser impetrado apontando como autoridade coatora, o agente público que praticou ou deixou de praticar o ato impugnado. Com isso, é condição *sine qua non*, a demonstração do ato inquinado como lesivo a direito líquido e certo e a respectiva autoridade responsável pelo desmando. A identificação tem de ser explícita, de forma clara, propiciando a correlação entre o ato vergastado e a autoridade que o praticou ou absteve-se de praticá-lo.

II - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez constatada a ilegitimidade passiva da autoridade indicada como coatora, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil. Precedentes.

III - Nos termos do Enunciado Sumular n. 510 do Supremo Tribunal Federal, "Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial." Precedentes.

IV - No caso dos autos, de acordo com o art. 5º, inciso I do Anexo I do Decreto n. 4.721, de 05 de julho de 2003, houve delegação da competência para executar atos relativos ao pessoal vinculado ao Ministério dos Transportes à Subsecretaria de Assuntos Administrativos. O ato atacado, portanto, emanou de servidor dessa Unidade.

V - Mandado de segurança julgado extinto, sem julgamento do mérito. (MS n. 9.436-DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 12.05.2004, DJ 21.06.2004, p. 161).

Daí por que era mesmo de se negar seguimento ao *mandamus*.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 800.578-MG
(2009/0186245-4)**

Relator: Ministro Castro Meira

Embargante: Curtume Moderno S/A

Advogados: Francisco Roberto Souza Calderaro
Domingos Novelli Vaz e outro(s)

Embargado: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Tributário. Crédito-prêmio de IPI. Alíquotas aplicáveis no cálculo do benefício. Resolução Ciex n. 2/79. Validade.

1. O dissídio jurisprudencial está devidamente caracterizado, dada a similitude fática dos casos confrontados e as conclusões jurídicas absolutamente contrapostas.

2. Enquanto o acórdão embargado concluiu que o crédito-prêmio de IPI não pode ser calculado pelas alíquotas da Resolução Ciex n. 2/79, já que esse ato normativo foi editado com base em delegação de competência declarada inconstitucional pela Suprema Corte (Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981), o aresto paradigma entendeu que nada há de ilegal ou inconstitucional com a Resolução Ciex n. 2/79, cujas alíquotas devem ser utilizadas no cálculo do crédito-prêmio de IPI.

3. A tese adotada pelo aresto embargado – de que a Resolução Ciex n. 2/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação de competência ao Ministro de Estado da Fazenda semelhante à que levou o Supremo a declarar a inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 – impressiona ao primeiro exame, mas não resiste a uma análise mais acurada sobre a origem dessa resolução, bem como dos precedentes do Supremo a respeito desses dois decretos-leis.

4. Deve prevalecer, portanto, a orientação firmada no paradigma por três razões assim resumidas:

4.1. *Primeiramente*, a Resolução Ciex n. 2/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem.

4.2. *Em segundo lugar*, ainda que correta a tese fazendária – de que a Resolução Ciex n. 2/79 tem por fundamento de validade os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 –, não se cogita da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução n. 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI.

4.3. *Por fim*, examinando a cadeia “legislativa” que antecedeu a Resolução Ciex n. 2/79, verifica-se que esse ato normativo *sequer majorou* o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei n. 491/1969 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados e intitulado crédito-prêmio de ICM, tudo com o beneplácito do Decreto-Lei n. 1.586/1977 e do Convênio ICM n. 1/79. Portanto, a unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução CIEEX pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981.

5. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer dos embargos e lhes dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro

Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 25.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Primeira Turma exarado no julgamento do AgRg no AgRg no Recurso Especial n. 800.578-MG, Relator o Min. Luiz Fux, assim ementado:

Processual Civil. Agravo regimental. Parcial provimento. Erro material configurado. Crédito prêmio do IPI. Prescrição. Extinção do benefício. Vigência do estímulo fiscal até 05 de outubro de 1990. Alíquotas aplicáveis à repetição. Resolução Ciex n. 2/79. Ilegalidade.

1. A Resolução Ciex n. 2/79 foi editada com base na Portaria n. 26/1979, a qual baseou-se na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, razão pela qual dessume-se a contaminação dessa norma pela já declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Lei n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, exatamente quanto à referida delegação, por ocasião do julgamento do RE n. 180.828-4 pelo Pretório Excelso.

2. Nesse segmento, tendo restado assentado o entendimento da Primeira Seção desta Corte no sentido de que “a declaração de inconstitucionalidade encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a restauração plena de eficácia das leis e normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional”, conclui-se pela não aplicação da Resolução Ciex n. 2/79, devendo incidir, portanto, as normas insculpidas no Decreto-Lei n. 491/1969 e alterações.

3. Eventual nulidade advinda do julgamento por decisão monocrática de questão que deveria ser submetida ao colegiado resta sanada se, posteriormente, há o manejo de agravo regimental que provoca o pronunciamento da Turma. (Precedentes: REsp n. 853.705-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.05.2007, DJ 25.05.2007; REsp n. 791.856-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.05.2006, DJ 14.06.2006; REsp n. 797.817-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.06.2006, DJ 30.06.2006).

4. *In casu*, a questão concernente à definição das alíquotas aplicáveis ao cálculo do crédito-prêmio do IPI para fins de repetição de diferenças indevidas não se encontra albergada na norma insculpida no art. 557, § 1º-A, do CPC, por isso que deveria ter sido objeto de apreciação pelo colegiado. Entrementes, o presente agravo regimental tem o condão de provocar o pronunciamento desta Turma de Direito Público acerca da matéria, sanando a referida nulidade.

5. Deveras, verifica-se erro material no tocante à data final de vigência do crédito-prêmio do IPI, que, consoante assentado na Primeira Seção, foi extinto em 05 de outubro de 1990. (Precedentes: EREsp n. 691.614-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 14.05.2008, DJe 26.05.2008; EREsp n. 396.836-RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJ de 08.03.2006).

6. Agravo regimental parcialmente provido, para sanar o erro material, fazendo constar, como marco da extinção do benefício do crédito-prêmio do IPI, a data de 05.10.1990, mantendo-se, no mais, a decisão de fls. 664-686. (fls. 834-835).

O embargante aponta dissenso com o aresto da Segunda Turma da lavra da Min. Eliana Calmon proferido no julgamento dos EDcl no REsp n. 859.977-DF, cuja ementa é a seguinte:

Processual Civil e Tributário. Crédito-prêmio IPI. Omissão quanto a ilegalidade e inconstitucionalidade da Resolução Ciex n. 2/79. Ocorrência.

1. A Fazenda Nacional vem prequestionando a tese da ilegalidade ou inconstitucionalidade da Resolução Ciex n. 2/79 desde a apelação, insistindo quando interpôs recurso especial, sendo omissa o julgado.

2. Correção da omissão para esclarecer que a mencionada resolução nada tem de inconstitucional ou ilegal, a partir do entendimento de que os Decretos-Leis n. 1.658/1979 e n. 1.723/1979, dos quais derivou, foram considerados inconstitucionais pelo STF apenas parcialmente, quanto aos artigos 1º e 3º, apenas.

2. Embargos de declaração acolhidos para explicitações. (EDcl no REsp n. 859.977-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25.06.2009).

Defende estar configurada a divergência, já que o decisório embargado reconheceu a inconstitucionalidade da Resolução Ciex n. 2/79, enquanto o paradigma declarou a sua validade para a determinação das alíquotas aplicáveis na restituição do crédito-prêmio de IPI até sua extinção no ano de 1990.

Demonstrado, em princípio, o dissídio, admiti o processamento dos embargos de divergência.

A Fazenda Nacional ofertou impugnação, alegando que o cálculo do crédito-prêmio de IPI não deve tomar por base as alíquotas da Resolução Ciex n. 2/79, porque:

(a) carece de fundamento de validade, pois declarada inconstitucional a norma que lhe dava sustentação; e

(b) este ato normativo foi posteriormente revogado com a aprovação do Regulamento do IPI de 1983;

Em argumentação subsidiária, a embargada sustenta:

(a) a necessidade de limitação ao percentual de 15%, tal como previsto no § 2º, do art. 2º, do Decreto-Lei n. 491/1969, afastando-se as alíquotas superiores previstas na Resolução Ciex n. 2/79; e

(b) a aplicação dos redutores de alíquota previstos no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.658/1979 e no Decreto-Lei n. 1.722/1979.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O dissídio jurisprudencial está devidamente caracterizado, dada a similitude fática dos casos confrontados e as conclusões jurídicas absolutamente contrapostas.

Com efeito, enquanto o acórdão embargado concluiu que o crédito-prêmio de IPI não pode ser calculado pelas alíquotas da Resolução Ciex n. 2/79, já que esse ato normativo foi editado com base em delegação de competência declarada inconstitucional pela Suprema Corte, o aresto paradigma entendeu que nada há de ilegal ou inconstitucional com a Resolução Ciex n. 2/79, cujas alíquotas devem ser utilizadas no cálculo do crédito-prêmio de IPI.

Para melhor caracterização da divergência, confirmam-se os seguintes fragmentos dos votos condutores dos arestos embargado e paradigma:

Acórdão embargado:

Destarte, considerando que a Resolução Ciex n. 2/79 foi editada com base na Portaria n. 26/1979, a qual baseou-se na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, deduz-se a contaminação dessa norma pela já declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Lei n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, exatamente quanto à referida delegação, por ocasião do julgamento do RE n. 180.828-4.

Nesse segmento, tendo restado assentado o entendimento da Primeira Seção desta Corte no sentido de que “a declaração de inconstitucionalidade encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a restauração plena de eficácia das leis e normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional”, conclui-se pela não aplicação da Resolução Ciex n. 2/79, devendo incidir, portanto, as normas insculpidas no Decreto-Lei n. 491/1969 e alterações. (fl. 940).

Acórdão paradigma:

Ao longo de pelo menos vinte anos tenho examinado e decidido sobre o benefício que vem ocupando o Judiciário com centenas, senão milhares de demandas, pretendendo a Fazenda derrubar o benefício e ao menos os fatos de correção do incentivo que, segundo o STJ sobreviveu até 1990. Para a embargante a Resolução Ciex n. 2/79 ora é inconstitucional, ora é ilegal, derramando-se em fundamentos e mais fundamentos na tentativa de obter pronunciamento que afaste a incidência da referida norma.

A questão não é tão intrincada quanto faz parecer a União Federal. Não há que se falar em ilegalidade da Resolução Ciex n. 2/79, posto que prevê as mesmas alíquotas referidas pelo Dec.-Lei n. 461/1969, quando este manda aplicar a tabela do IPI, constante da Lei n. 4.502/1964 (Dec.-Lei n. 461/1969, art. 2º).

Ocorre, que por força do convênio, efetivado entre a União e Estados, de legitimidade inquestionada, restou acordado que a alíquota do IPI seria somada a do ICM, na tentativa de estimular as exportações, em decorrência da política adotada à época, arcando a União Federal com o ônus decorrente.

Destarte, a resolução Ciex n. 2/79 não contrariou a alíquota máxima prevista no § 2º, do art. 2º, do Dec.-Lei n. 491/1969. Tão somente, com embasamento neste e na legislação inerente ao ICM e, ainda, no Convênio ICM n. 1/79, somou as alíquotas, pautando-se pela mais absoluta legalidade.

Repita-se, a Resolução Ciex n. 2/79 apenas agregou alíquotas previstas em Lei. Nada criou ou inovou. Deu corpo ao Convênio ICM n. 1/79, voluntária e conscientemente entabulado.

De referência à alegada inconstitucionalidade da resolução porque derivada de comandos normativos considerados inconstitucionais, os Decretos Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, tenha-se presente que a inconstitucionalidade questionada não foi por inteiro dos referidos decretos-leis e sim do artigo 1º, pelo qual ficou autorizado o Ministro da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei n. 491/1969.

Com efeito, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 1º e 3º dos diplomas legais acima mencionados, mantendo-os na parte em que era permitida a delegação. Consequentemente a Resolução Ciex n. 2/79, derivada das Portarias n. 26/1979 e n. 78/1981 nada tem a ver com a inconstitucionalidade parcial declarada pelo STF e que vem sendo aplicada ao longo dos anos pelas instâncias ordinárias e pelo STJ, como na hipótese dos autos.

Devidamente comprovada a divergência, passo a examinar o mérito da controvérsia.

A tese fazendária – de que a Resolução Ciex n. 2/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação de competência ao Ministro de Estado da Fazenda semelhante à que levou o Supremo a declarar a inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 – impressiona ao primeiro exame, mas não resiste a uma análise mais acurada sobre a origem da referida resolução bem como dos precedentes do Supremo a respeito desses dois decretos-leis.

Deve prevalecer, portanto, a orientação firmada no paradigma por três razões assim resumidas:

(a) a Resolução Ciex n. 2/79 não decorre, sequer implicitamente, dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981;

(b) o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 apenas em parte, tornando sem efeito as expressões constantes do texto relacionadas à redução, temporária ou definitiva, à suspensão ou à extinção do crédito-prêmio de IPI, sem abarcar a majoração do referido benefício fiscal; e

(c) a resolução em pauta não excedeu à alíquota máxima prevista no § 2º do art. 2º do DL n. 491/1969, mas apenas somou ao crédito-prêmio de IPI a alíquota de idêntico incentivo fiscal concedido no âmbito do antigo ICM, com embasamento em diversos decretos-leis editados pela Presidência da República e, ainda, no Convênio ICM n. 1/79.

Passo a analisar cada um desses fundamentos.

(A) A Resolução Ciex n. 2/79 não decorreu, sequer implicitamente, dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981.

A Fazenda Nacional defende que a Resolução Ciex n. 2/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação

de competência ao Ministro de Estado da Fazenda, prevista nos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A tese não pode ser acolhida por duas razões: uma de ordem temporal e outra de ordem material.

Primeiramente, a Resolução Ciex n. 2/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem.

Com efeito, a Resolução Ciex n. 2 foi expedida em 17.01.1979 (DOU de 22.01.1979), enquanto os Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, que teoricamente dariam fundamento de validade à resolução, datam de 07.12.1979 e 16.12.1981, respectivamente. Portanto, com base em critério puramente temporal, é possível concluir que a Resolução Ciex n. 2/79 não decorre, sequer implicitamente, dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, declarados inconstitucionais em parte pela Suprema Corte.

(B) A declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 foi apenas parcial, não atingindo a delegação conferida ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI:

Não bastasse o elemento temporal a afastar a tese fazendária, ainda mais contundente é o argumento de ordem material, já que os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 foram declarados inconstitucionais apenas em parte, não atingindo a disposição normativa que autorizava o Ministro de Estado da Fazenda a majorar o crédito-prêmio de IPI.

O art. 1º do Decreto-Lei n. 1.724/1979 dispunha o seguinte:

Art. 1º O Ministro de Estado da Fazenda fica autorizado a *aumentar* ou *reduzir*, *temporária* ou *definitivamente*, ou *extinguir* os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969.

Como se observa, o dispositivo autorizava o Ministro de Estado da Fazenda a aumentar, reduzir ou extinguir o crédito-prêmio de IPI.

O art. 3º, inciso I, do Decreto-Lei n. 1.894/1981 trouxe preceito semelhante, delegando ao Ministro da Fazenda poderes para majorar, reduzir, suspender ou extinguir o incentivo fiscal, *verbis*:

Art. 3º. O Ministro da Fazenda fica autorizado, com referência aos incentivos fiscais à exportação, a:

I - estabelecer prazo, forma e condições, para sua fruição, bem como *reduzi-los*, *majorá-los*, *suspendê-los* ou *extingui-los*, em caráter geral ou setorial;

O Supremo Tribunal Federal, por meio de controle difuso realizado no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 180.828-RS, n. 186.359-RS, n. 186.623-RS e n. 250.288-RS, declarou a inconstitucionalidade dos vocábulos “reduzir, temporária ou definitivamente” e “extinguir” constantes do art. 1º do DL n. 1.724/1979, bem como das expressões “reduzi-los”, “suspendê-los” e “extingui-los”, previstas no art. 3º, I, do DL n. 1.894/1981.

Após os julgamentos citados, o Senado Federal, com base no art. 52, X, da Constituição Federal, editou a Resolução n. 71/05, suspendendo as expressões acima indicadas, sem qualquer menção à possibilidade de o Ministro da Fazenda majorar o incentivo à exportação.

É o que se observa do próprio texto da Resolução n. 71/05, *verbis*:

O Senado Federal, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto em seu Regimento Interno, e nos estritos termos das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal,

Considerando a declaração de inconstitucionalidade de textos de diplomas legais, conforme decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos Recursos Extraordinários n. 180.828, n. 186.623, n. 250.288 e n. 186.359,

Considerando as disposições expressas que conferem vigência ao estímulo fiscal conhecido como “crédito-prêmio de IPI”, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969, em face dos arts. 1º e 3º do Decreto-Lei n. 1.248, de 29 de novembro de 1972; dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei n. 1.894, de 16 de dezembro de 1981, assim como do art. 18 da Lei n. 7.739, de 16 de março de 1989; do § 1º e incisos II e III do art. 1º da Lei n. 8.402, de 08 de janeiro de 1992, e, ainda, dos arts. 176 e 177 do Decreto n. 4.544, de 26 de dezembro de 2002; e do art. 4º da Lei n. 11.051, de 29 de dezembro de 2004,

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, declarou a inconstitucionalidade de termos legais com a ressalva final dos dispositivos legais em vigor,

Resolve:

Art. 1º *É suspensa a execução, no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.724, de 07 de dezembro de 1979, da expressão “ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir”, e, no inciso I do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.894, de 16 de dezembro de 1981, das expressões “reduzi-los” e “suspendê-los ou extingui-los”, preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969.*

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 577.348-RS, submetido à sistemática da repercussão geral, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski destacou que a declaração de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo não atingira a parcela das normas que autorizavam o Ministro de Estado da Fazenda a majorar o incentivo fiscal, *in verbis*:

VI. Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Para a correta compreensão da matéria sob exame, cumpre, antes de tudo, aquilatar a exata abrangência da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º do Decreto-Lei n. 1.724/1979 e do inc. I do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.894/1981, prolatada pelo STF, a qual encontrou exata correspondência na Resolução n. 71/2005 do Senado Federal.

Com efeito, esta Corte ainda não se manifestou, em definitivo, sobre a constitucionalidade do crédito-prêmio do IPI, nem sobre a sua vigência no tempo, *limitando-se a inquirir de inconstitucional a delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda para promover a sua redução, suspensão ou extinção.*

Não há que se cogitar, portanto, a partir dessas decisões do Supremo, de qualquer inconstitucionalidade quanto aos demais dispositivos normativos atinentes ao incentivo fiscal sob exame.

Como corretamente constou da Resolução n. 71/2005 da Câmara Alta, restou suspensa apenas a execução da expressão “ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir”, constante do art. 1º do Decreto-Lei n. 1.724/1979, e das locuções “reduzi-los” e “suspendê-los ou extingui-los”, abrangidas no inc. I do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.894/1981, ficando preservada, por conseguinte, a vigência do que remanesce desses diplomas normativos, bem assim do Decreto-Lei n. 491/1969.

Em outras palavras, *ao declarar inconstitucionais tais locuções, as decisões do Supremo Tribunal Federal preservaram (i) a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo e (ii) a norma que instituiu o crédito-prêmio sem prazo definido de vigência.*

Esse é o entendimento de José Souto Maior Borges, segundo o qual

a decisão do STF não abrange o DL n. 1.724/1979 todo, como geralmente se pretende em equívoco, mas apenas, no art. 1º, a expressão “ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir” – e só essa expressão. é o argumento correto da Fazenda Nacional.

Restam incólumes, inobstante o decisório da Corte Excelsa:

a) a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo (art. 1º **ab initio**);

b) a norma revogatória, pois autônoma, desse mesmo ato normativo.

(...)

Dado que a decisão do STF no RE n. 180.828-4 preservou, no DL n. 1.724/1979, não só a competência ministerial para ampliar o incentivo fiscal, mas também a cláusula revogatória e considerando que o DL n. 491/1969 não fora expressa ou implicitamente revogado, disposição em contrário ao DL é o art. 1º, § 2º, do DL n. 1.658/1979, que estipula o prazo extintivo de 30 de junho de 1983.

(...)

Compatível com o DL n. 1.724/1979 é porém a consideração de que a vigência indeterminada do DL n. 491/1969 fora preservada. Daí sua incolumidade à cláusula revogatória em análise. Persistiu assim em vigência o crédito-prêmio ao longo do tempo. (original sem grifos)

Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade parcial dos DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 não tornou sem efeito a delegação ao Ministro de Estado da Fazenda de poderes para *majorar* o incentivo fiscal.

Assim, ainda que fosse correta a tese fazendária – de que a Resolução Ciex n. 2/79 tem por fundamento de validade os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 –, não se cogitaria da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução n. 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI.

Mas não é só. Examinando a cadeia “legislativa” que antecedeu a Resolução Ciex n. 2/79, verifica-se que esse ato normativo *sequer majorou* o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei n. 491/1969 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados e intitulado crédito-prêmio de ICM, como passo a demonstrar.

(C) A incorporação do crédito-prêmio de ICM ao crédito-prêmio de IPI:

O crédito-prêmio de IPI foi criado pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05.03.1969, tendo sido estipulada a alíquota máxima de 15% para o benefício, *verbis*:

Art. 1º. *As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.*

Art. 2º. O crédito tributário a que se refere o artigo anterior será calculado sobre o valor FOB, em moeda nacional, das vendas para o exterior, mediante a aplicação das alíquotas especificadas na Tabela anexa à Lei n. 4.502, de 30.11.1964, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 1º O cálculo previsto neste artigo poderá também ser efetuado sobre o valor CIF, C&F e C&I das vendas para o exterior, conforme definido em regulamento.

§ 2º *Para os produtos manufaturados cujo imposto tenha alíquota superior a 15% (quinze por cento), será este o nível máximo sobre o qual recairá o cálculo do estímulo fiscal de que trata este artigo.*

Art. 3º. Fica o Poder Executivo autorizado a:

I - fixar alíquota, para efeito de crédito a que se refere o artigo anterior, para os produtos manufaturados que, no mercado interno, sejam não tributados ou isentos do imposto sobre produtos industrializados por qualificação de essencialidade;

II - elevar ou reduzir, genericamente ou para determinados produtos, o nível máximo a que se refere o parágrafo 2º do artigo 2º;

III - fixar, em caráter excepcional, alíquotas, exclusivamente para efeito de estímulo fiscal à exportação, superiores ou inferiores às indicadas na tabela anexa ao Regulamento aprovado pelo Decreto n. 61.514, de 12 de outubro de 1967;

IV - alterar as bases de cálculo indicadas no artigo 2º e seu parágrafo 1º. (original sem grifos).

Na primeira quinzena de janeiro de 1970, o Ministro da Fazenda reuniu-se com os Secretários Estaduais para celebrar o Convênio n. AE 1/70, que instituiu um incentivo à exportação intitulado crédito-prêmio de ICM, análogo ao que havia sido criado, há pouco, no âmbito federal.

O crédito-prêmio de ICM era aplicável aos mesmos produtos beneficiados com o incentivo federal (cláusula III), incidindo a mesma alíquota, sujeita também ao limite máximo de 15% (cláusula II):

Cláusula I. Nas exportações, para o exterior, de produtos industrializados, os signatários poderão conceder aos respectivos estabelecimentos fabricantes-

exportadores direito a crédito do imposto de circulação de mercadorias, na forma prevista nas cláusulas seguintes.

Cláusula II. O crédito a que se refere a cláusula anterior será de valor equivalente ao da aplicação da alíquota do imposto sobre produtos industrializados (IPI), até o limite máximo de 15% (quinze por cento), sobre o valor FOB, em moeda nacional, das exportações para o exterior.

Parágrafo único. Nas exportações decorrentes da utilização do regime de "drawback", deduzir-se-á do valor previsto nesta cláusula o que corresponder ao valor dos componentes importados.

Cláusula III. O crédito somente será concedido em relação aos produtos industrializados, cuja exportação para o exterior goze do incentivo do IPI previsto no Decreto Federal n. 64.833, de 17.07.1969.

(...)

Cláusula XIV. Este Convênio entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, aplicando-se seus efeitos quanto aos estímulos previstos na cláusula I, às operações autorizadas pelo Governo Federal a partir de 15 de janeiro de 1970.

Faço um breve parêntese: até o ano de 1975, quando foi criado o Conselho Nacional de Política Fazendária-Confaz, todos os convênios interestaduais recebiam a sigla AE, que significa "Acordo entre Estados", o que explica a nomenclatura do convênio ora examinado.

Em continuação, o crédito-prêmio de ICM, neste primeiro momento, era em tudo semelhante ao incentivo federal criado no ano anterior. Incidia sobre os mesmos produtos e estava sujeito à mesma alíquota e ao mesmo limite. A diferença residia no fato de ser custeado pelos Estados.

Algum tempo depois, o limite máximo da alíquota aplicada ao incentivo estadual foi reduzido para 13% (treze por cento).

Com o aumento gradativo das exportações, os Estados passaram a ter dificuldade para honrar o compromisso assumido com os exportadores. Os créditos do ICM começaram a acumular na escrita fiscal, sem possibilidade financeira de compensação ou ressarcimento.

Foi nesse momento que o Presidente Ernesto Geisel expediu o *Decreto-Lei n. 1.426*, de 02.12.1975, assumindo *integralmente* o encargo do crédito-prêmio de ICM *que não pudesse ser satisfeito pelos Estados* e permitindo que os créditos acumulados fossem utilizados para abatimento do valor do IPI devido pelo fabricante nas operações realizadas no mercado interno, ou mediante compensação ou ressarcimento, como se observa adiante:

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item II, da Constituição, decreta:

Art. 1º. *Fica assegurado o aproveitamento dos créditos acumulados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, decorrentes da saída de produtos industrializados destinados ao exterior, ou relativos às mercadorias recebidas para emprego na sua fabricação e embalagem, que não possam ser recuperados pelo estabelecimento fabricante mediante qualquer forma de utilização, compensação ou ressarcimento admitida pela legislação estadual.*

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo poderão ser deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados devido pelo estabelecimento fabricante, em suas operações no mercado interno.

§ 2º Quando não for possível a utilização para dedução do Imposto sobre Produtos Industrializados, poderá o Ministro da Fazenda indicar outras modalidades de aproveitamento dos créditos referidos neste artigo, inclusive por via de compensação ou ressarcimento.

§ 3º *A aplicação do disposto neste artigo dependerá de protocolo, a ser celebrado entre o Ministério da Fazenda e a Secretária de Fazenda ou Finanças da Unidade Federativa em que estiver situado o estabelecimento fabricante, no qual serão definidos, a nível de produto, os termos, limites e condições de aproveitamento dos créditos acumulados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias de que trata este Decreto-Lei.*

Art. 2º. O Ministro da Fazenda poderá estabelecer outras modalidades de aproveitamento, inclusive através de compensação ou ressarcimento, dos créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados assegurados aos estabelecimentos industriais, quando for impossível sua recuperação normal pela sistemática de dedução do valor do imposto devido nas operações internas.

Art. 3º. Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (grifos nossos).

Todavia, o mecanismo adotado por esse decreto-lei mostrou-se, na prática, de difícil execução, já que dependia de protocolo firmado por cada Estado com o Ministério da Fazenda, por meio do qual seriam definidos “por tipo de produto” os termos, limites e condições de aproveitamento dos créditos.

Na sequência, foi editado o *Decreto-Lei n. 1.492*, de 06.12.1976. Muito semelhante ao seu antecessor, objetivou apenas desburocratizar o procedimento adotado no Decreto-Lei n. 1.426/1975 e reduzir a responsabilidade da União ao limite máximo de 50% do valor do crédito estadual.

Assim, pelo novo regramento, os créditos-prêmios de ICM gerados a partir de 1º.01.1977 poderiam ser parcialmente utilizados, até o limite de

50%, para dedução do IPI devido nas operações internas, inclusive por via de compensação ou restituição em espécie, encargo que seria suportado pela União “desde que a situação financeira da unidade federativa em que estiver localizado o estabelecimento fabricante-exportador não permitisse, a sua pronta utilização, compensação ou ressarcimento”, consoante posto na regra normativa em destaque:

Art. 1º Os créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias concedidos a título de estímulo fiscal às exportações de manufaturados, gerados a partir de 1º de janeiro de 1977, poderão ser parcialmente utilizados, até o limite de 50 % (cinquenta por cento) do respectivo valor, para dedução no Imposto sobre Produtos Industrializados devido nas operações internas, ou em outras modalidades de aproveitamento indicadas pelo Ministro da Fazenda, inclusive por via de compensação ou restituição em espécie, desde que a situação financeira da unidade federativa em que estiver localizado o estabelecimento fabricante-exportador não permita a sua pronta utilização, compensação ou ressarcimento.

Parágrafo único. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a celebrar convênios com os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal para fins de aplicação do disposto neste artigo, podendo estabelecer os termos e as condições em que será admitido o aproveitamento dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias de que trata este Decreto-Lei.

Art. 2º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogados o artigo 1º Decreto-Lei n. 1.426, de 02 de dezembro de 1975, e demais disposições em contrário.

Um dia após a edição do Decreto-Lei n. 1.492/1976, foi firmado o *Convênio ICM n. 45*, de 07.12.1976, por meio do qual 50% do crédito-prêmio de ICM seria transformado em crédito de IPI, mediante escrituração nos livros fiscais do beneficiário exportador, devendo os outros 50% serem assumidos e suportados pelos Estados.

Cláusula primeira. O estímulo previsto na cláusula primeira do Convênio AE-n. 1/70, de 15 de janeiro de 1970, com a inclusão do parágrafo único pelo Convênio AE-n. 2/70, de 31 de março de 1970, com a redação dada pelo Convênio AE-n. 6/74, de 31 de outubro de 1974, na cláusula primeira do Convênio AE-n. 5/73, de 26 de novembro de 1973, na cláusula segunda do Convênio ICM n. 9/75, de 15 de abril de 1975, na cláusula primeira do Convênio ICM n. 12/75, de 15 de julho de 1975, no Convênio ICM n. 23/75, de 05 de novembro de 1975 e calculado pela forma prevista no Convênio ICM n. 12/76, de 27 de abril de 1976, será registrado pelo estabelecimento fabricante - exportador no “Registro de Apuração do ICM” ou equivalente, sob a rubrica “Outros Créditos” ou equivalente, com base nos dados contidos no “Demonstrativo do Crédito de Exportação”.

Cláusula segunda. Uma vez lançado no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, o crédito decorrente do estímulo fiscal a que se refere a cláusula anterior será escriturado, pela metade do seu valor, no "Registro de Apuração do IPI", sob a rubrica "007 - Outros Créditos", estornando-se de imediato essa parcela no primeiro livro fiscal ou equivalente, sob a rubrica "Outros Débitos", de modo a que o Estado assumira a responsabilidade apenas por 50% (cinquenta por cento) do incentivo concedido.

Cláusula terceira. Os créditos de ICM transformados em créditos de IPI na forma prevista na cláusula precedente poderão ser utilizados nas modalidades de aproveitamento estabelecidas no Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969.

Cláusula quarta. A Secretaria da Receita Federal e as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal tomarão as providências necessárias para a implementação deste Convênio.

Cláusula quinta. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1977. (grifamos).

Posteriormente, ainda no Governo Ernesto Geisel, foi expedido o *Decreto-Lei n. 1.586*, de 06.12.1977, que autorizou o Ministro da Fazenda a permitir a conversão de até 100% (cem por cento) do valor do crédito-prêmio do ICM em crédito federal, a ser utilizado mediante dedução do valor do IPI devido pelo exportador nas operações internas, bem como compensação no pagamento de outros tributos federais.

Art. 1º. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a permitir a utilização de até 100% (cem por cento) do valor dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, concedidos a título de estímulo fiscal às exportações de produtos industrializados, gerados a partir de 1º de janeiro de 1978, para dedução do montante do Imposto sobre Produtos Industrializados devido nas operações internas, ou aproveitamento nas modalidades que vier a indicar, inclusive compensação no pagamento de tributos federais.

§ 1º. O disposto neste artigo aplica-se, também, aos créditos acumulados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, gerados no ano de 1976, decorrentes da saída de produtos industrializados destinados ao exterior, ou referentes às mercadorias empregadas na sua fabricação e embalagem, insuscetíveis de recuperação pelo estabelecimento fabricante através de qualquer forma de utilização, compensação ou ressarcimento admitida pela legislação estadual.

§ 2º. Para a implementação do disposto neste artigo, poderá o Ministro da Fazenda celebrar convênios ou protocolos com Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, bem como estabelecer os termos, limites e condições em que será admitida a utilização, pelas formas previstas no

caput, dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias de que cuida este Decreto-Lei.

Art. 2º. A fruição dos estímulos fiscais à exportação, inclusive isenção, relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados e a utilização dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, referidos no artigo 1º deste Decreto-Lei, poderão ficar condicionadas à comprovação do efetivo recebimento do valor das mercadorias exportadas, na forma, termos e condições estabelecidos pelo Ministro da Fazenda.

Art. 3º. Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as demais disposições em contrário. (sem grifos no original).

Na esteira do DL n. 1.586/1977, foi firmado o *Convênio ICM n. 40/77*, por meio do qual o crédito-prêmio de ICM foi integralmente convertido em crédito federal, a ser utilizado como os demais provenientes do crédito-prêmio de IPI.

Cláusula primeira. O estímulo fiscal previsto na cláusula primeira do Convênio AE-n. 1/70, de 15 de janeiro de 1970, com a inclusão do parágrafo único pelo Convênio AE-n. 2/70, de 31 de março de 1970, com a redação dada pelo Convênio AE-n. 6/74, de 31 de outubro de 1974, na cláusula primeira do Convênio AE-n. 5/73, de 26 de novembro de 1973, na cláusula segunda do Convênio ICM n. 9/75, de 15 de abril de 1975, alterado pelo Convênio ICM n. 23/75, de 05 de novembro de 1975, na cláusula primeira do Convênio ICM n. 12/75, de 15 de julho de 1975, no Convênio ICM n. 5/77, de 30 de março de 1977, e calculado pela forma prevista no Convênio ICM n. 12/76, de 27 de abril de 1976, será registrado pelo estabelecimento fabricante-exportador no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, sob a rubrica "Outros Créditos" ou equivalente, com base nos dados contidos no "Demonstrativo do Crédito de Exportação" ou equivalente.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula aplica-se também aos créditos de que trata o § 4º do artigo 1º do Decreto Federal n. 60.883, de 21 de junho de 1967.

Cláusula segunda. Uma vez lançados no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, os créditos decorrentes dos estímulos fiscais a que se refere a cláusula anterior serão escriturados integralmente, no "Registro de Apuração do IPI" ou equivalente, sob a rubrica "007 - Outros Créditos", estornando-se de imediato o seu montante no primeiro livro fiscal ou equivalente, sob a rubrica "Outros Débitos".

Cláusula terceira. Os créditos de ICM transformados em créditos de IPI na forma prevista na cláusula precedente poderão ser utilizados nas modalidades de aproveitamento estabelecidas pelo Ministro da Fazenda.

Cláusula quarta. A Secretaria da Receita Federal e as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal tomarão as providências necessárias para a implementação deste Convênio.

Cláusula quinta. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1978, revogado o Convênio ICM n. 45/76, de 07 de dezembro de 1976. (original sem grifos).

A junção das alíquotas do crédito-prêmio do ICM com as do crédito-prêmio do IPI, corporificada em instrumento jurídico apto para os fins proclamados (Decreto-Lei n. 1.586/1977), foi fruto de decisão política da União, que resolveu assumir gradativamente o encargo do incentivo estadual para reforçar o estímulo à indústria de exportação, como se observa da Exposição de Motivos do DL n. 1.586/1977, *verbis*:

2. Representa tal medida a natural evolução da política do Governo Federal no setor, de sorte a, gradativamente, como ocorreu através dos Decretos-Leis n. 1.426, de 02 de dezembro de 1975, e n. 1.492, de 06 de dezembro de 1976, ir a União assumindo o ônus do sistema de incentivos à exportação no âmbito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

(...)

3. Dentro dessa linha propõe-se que, a partir do ano vindouro, os créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sejam absorvidos pela União, através da sistemática do Imposto sobre Produtos Industrializados, até o limite de 100% (cem por cento) do seu valor, representando tal providência poderoso alívio financeiro aos Estados exportadores, na medida em que a transferência dos mencionados créditos para a área federal está atualmente limitada ao nível de 50% (cinquenta por cento) do respectivo valor, por força do disposto no Decreto-Lei n. 1.492/1976.

(...)

6. Dessa forma, busca o presente projeto, de um lado, aliviar os encargos financeiros dos Estados exportadores de manufaturados e, de outro, possibilitar a fruição plena, pelos exportadores, dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias previstos na legislação específica, garantindo-lhes, portanto, a necessária competitividade no comércio internacional.

Por fim, foi assinado o Convênio ICM n. 1/79, por meio do qual o crédito-prêmio de ICM foi integralmente incorporado ao crédito-prêmio de IPI, extinguido-se o primeiro.

O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 5ª Reunião Extraordinária do Conselho de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 12 de janeiro de 1979, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975 e, considerando que o

montante do estímulo fiscal relativo ao ICM de que trata o Convênio AE-n. 1/70, de 15 de janeiro de 1970, será incorporado ao estímulo fiscal relativo ao IPI de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 491, de 05 de março de 1969, resolvem celebrar o seguinte

Convênio

Cláusula primeira. *Fica extinto o estímulo fiscal de que tratam as cláusulas I a V do Convênio AE-n. 1/70, de 15 de janeiro de 1970, e modificações posteriormente introduzidas.*

Cláusula segunda. Ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente:

I - os Convênios AE-n. 2/70, de 31 de março de 1970; AE-n. 11/72, de 23 de novembro de 1972; AE-n. 1/74, de 14 de fevereiro de 1974; AE-n. 6/74, de 31 de outubro de 1974; ICM n. 12/76, de 27 de abril de 1976; ICM n. 19/76, de 15 de junho de 1976; ICM n. 50/76, de 07 de dezembro de 1976; ICM n. 1/77, de 30 de março de 1977; ICM n. 5/77, de 30 de março de 1977; ICM n. 6/77, de 30 de março de 1977 e ICM n. 19/78, de 28 de julho de 1978.

II - as cláusulas I a V do Convênio AE-n. 1/70, de 15 de janeiro de 1970; a cláusula primeira do Convênio AE-n. 2/71, de 12 de janeiro de 1971; a cláusula primeira e o parágrafo segundo da cláusula segunda do Convênio AE-n. 5/73, de 26 de novembro de 1973; a cláusula quinta do Convênio ICM n. 4/75, de 15 de abril de 1975; a cláusula segunda do Convênio ICM n. 9/75, de 15 de abril de 1975 e as cláusulas terceira e quinta do Convênio ICM n. 35/77, de 07 de dezembro de 1977.

Cláusula terceira. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional. (grifos nossos)

Assim, como a alíquota máxima do primitivo crédito-prêmio do IPI era de 15% e a do crédito-prêmio de ICM era de 13%, o *renovado* crédito-prêmio de IPI passou a vigorar, como regra, sujeito à alíquota de 28%, fruto da simples soma aritmética das duas alíquotas até então vigentes.

Até aqui, como se vê, todas as mutações porque passou o incentivo federal foram reguladas por leis em sentido formal – dado que os decretos-leis ostentam esta natureza – e por convênios interestaduais, sempre com a presença do Ministro de Estado da Fazenda.

A Resolução Ciex n. 2/79, em verdade, não majorou a alíquota do crédito-prêmio de IPI, mas apenas acresceu a ela – com o beneplácito do Decreto-Lei n. 1.586/1977 e do Convênio ICM n. 1/79 – a alíquota do crédito-prêmio de ICM, que acabou extinto.

Toda essa matéria relativa à unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução Ciex pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981.

Tudo transcorreu, portanto, na mais absoluta legalidade e constitucionalidade.

A essa conclusão chegou a própria União, como se vê do seguinte tópico do parecer assinado pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. Carlos Roberto G. Marcial e aprovado pelo Procurador-Geral e pelo próprio Ministro da Fazenda, que descreve toda a evolução legislativa sobre a incorporação das alíquotas do crédito-prêmio do ICM às do IPI.

16. A própria evolução legislativa, no que atine já agora com a responsabilidade dos encargos de exportação, milita em favor desse entendimento.

17. É que, imediatamente após a instituição do crédito-prêmio, previsto no art. 1º Do Decreto-Lei n. 491/1969, os Estados foram conclamados ao engajamento na política de incentivos em apoio à colocação de produtos industrializados no mercado internacional. Isso se corporificou pelo Convênio AE n. 1/70, de 15 de Janeiro de 1970.

18. Durante um determinado lapso de tempo, respeitadas as competências constitucionais exercitadas, coube a cada qual, de per si, o encargo correspondente da política de estímulo às exportações brasileiras. Em outras palavras: a forma de aproveitamento dos créditos financeiros gerados na exportação de produtos industrializados passou a ser aproveitado na forma do regulamento expedido pelas respectivas entidades tributantes.

19. Todavia, com o passar do tempo, evidenciou-se, pelo volume de créditos gerados na área do ICM, impossíveis de serem absorvidos pelos Estados, uma parcial ineficácia do sistema de estímulos à exportação de manufaturados, presente a impossibilidade de fruição integral, pelos exportadores, do incentivo estadual.

20. Editou-se, nesse primeiro passo, o Decreto-Lei n. 1.426, de 02 de dezembro de 1975, cujo art. 1º dispunha que o valor dos créditos do ICM que não pudessem ser aproveitados na forma da legislação estadual, seria dedutível do IPI devido pelo estabelecimento fabricante em suas operações no mercado interno, ou, em caso de inaplicabilidade da hipótese, em outras modalidades de aproveitamento, inclusive por via de compensação ou ressarcimento, tudo na forma de ato do

Ministro da Fazenda, para cuja implementação poderia celebrar Protocolos com os Estados interessados.

21. Adiante, porém, através do Decreto-Lei n. 1.492, de 06 de dezembro de 1976, a partir de Convênio celebrado com os Estados, facultou-se a absorção pelo Governo Federal de até 50% (cinquenta por cento) dos estímulos gerados na área do ICM, a partir de 19 de janeiro de 1977. Daí a celebração do Convênio ICM n. 45/76 que criou mecanismo escritural para transformação dos créditos de ICM em créditos de IPI.

22. Em seguida, foi expedido o Decreto-Lei n. 1.586, de 06 de dezembro de 1977, que, de conformidade com a Exposição de Motivos n. 459, a ele acostada, assim o justificava, *verbis*:

2. Representa tal medida a natural evolução da política do Governo Federal no setor, de sorte a, gradativamente, como ocorreu através dos Decretos-Leis n. 1.426, de 02 de dezembro de 1975, e n. 1.492, de 06 de dezembro de 1976, ir a União assumindo o ônus do sistema de incentivos à exportação no âmbito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

3. Dentro dessa linha propõe-se que, a partir do ano vindouro, os créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sejam absorvidos pela União, através da sistemática do Imposto sobre Produtos Industrializados, até o limite de 100% (cem por cento) do seu valor, representando tal providência poderoso alívio financeiro aos Estados exportadores, na medida em que a transferência dos mencionados créditos para a área federal está atualmente limitada ao nível de 50% (cinquenta por cento) do respectivo valor, por força do disposto no Decreto-Lei n. 1.492/1976 (...)

6. Dessa forma, busca o presente projeto, de um lado, aliviar os encargos financeiros dos Estados exportadores de manufaturados e, de outro, possibilitar a fruição plena, pelos exportadores, dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias previstos na legislação específica, garantindo-lhes, portanto, a necessária competitividade no comércio internacional.

23. Por esse diploma legal, a União assumiu a integralidade dos encargos emergentes das disposições legais relativas a créditos de ICM gerados a partir de 1º de Janeiro de 1978, e, pelo Convênio ICM n. 40/77, implementou as normas que garantiam tal desiderato, através da transformação, em conta gráfica, dos créditos de ICM em crédito de IPI.

24. Assim sendo, ficaram os Estados desonerados dos encargos financeiros, restando-lhes, porém, a fiscalização e controle dos deveres acessórios dos seus contribuintes pela operacionalidade implantada.

25. Finalmente, através do Convênio ICM n. 1/79, foi extinto o estímulo na área estadual. Concomitantemente, pela Portaria n. 26, de 12 de janeiro de 1979,

as alíquotas do IPI foram elevadas em montante equivalente às praticadas no âmbito do ICM.

Diante dessas colocações *conclui o citado Parecer* que:

31. Em síntese: o Decreto-Lei n. 1.586/1977 desobriga os Estados do pagamento dos créditos decorrentes de exportações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1978, posto que passaram a ser de inteira responsabilidade do Governo Federal, independentemente da data em que tenham sido celebrados os contratos.

Nos termos do despacho do Sr. Ministro da Fazenda, foi reconhecido ao exportador a alíquota pleiteada de 28% do Crédito-Prêmio ou seja, a soma dos 15 % para o IPI aos 13 % do ICM, nos seguinte termos:

Despacho: Nos termos do Parecer emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, *que aprovo, determino* que, para efeito de fixação da alíquota vigente na data da celebração do contrato, *seja incorporada a correspondente ao Imposto sobre Operação Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM)*. (Parecer XLII, publicado na Revista de Pareceres da PGFN, ano 1982, p. 804 e seguintes)

Nesse caso submetido à apreciação ministerial, o contribuinte postulava, em face da unificação do crédito-prêmio do ICM com o do IPI, “o ressarcimento de seu crédito assim considerado à alíquota de 28% (15% de IPI + 13% de ICM)”. Portanto, a conclusão a que chegou o parecerista, após o minucioso exame da legislação de regência, foi a de que a empresa fazia jus também ao incentivo do ICM, tendo o Ministro da Fazenda aprovado o Parecer, determinando que “para efeito de fixação da alíquota seja incorporada a correspondente ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias-ICM”.

Desse modo, a conclusão a que chegou o aresto paradigma da relatoria da Sra. Min. Eliana Calmon está correta, ao assinalar:

Verifico que o voto condutor do julgado, ora embargado, efetivamente não cuidou de examinar a questão da Resolução Ciex, prequestionada desde a apelação, como demonstrado, o que faço nesta oportunidade, para suprir a omissão, desprezando a impugnação da embargada que entende impertinente a alegação, porque limitada ao conhecimento pela alínea **c**, não tendo a Fazenda comprovado a divergência jurisprudencial.

Ao longo de pelo menos vinte anos tenho examinado e decidido sobre o benefício que vem ocupando o Judiciário com centenas, senão milhares de demandas, pretendendo a Fazenda derrubar o benefício e ao menos os fatos de correção do incentivo que, segundo o STJ sobreviveu até 1990. Para a embargante a Resolução Ciex n. 2/79 ora é inconstitucional, ora é ilegal, derramando-se em fundamentos e mais fundamentos na tentativa de obter pronunciamento que afaste a incidência da referida norma.

A questão não é tão intrincada quanto faz parecer a União Federal. Não há que se falar em ilegalidade da Resolução Ciex n. 2/79, posto que prevê as mesmas alíquotas referidas pelo Dec.-Lei n. 461/1969, quando este manda aplicar a tabela do IPI, constante da Lei n. 4.502/1964 (Dec.-Lei n. 461/1969, art. 2º).

Ocorre, que por força do convênio, efetivado entre a União e Estados, de legitimidade inquestionada, restou acordado que a alíquota do IPI seria somada a do ICM, na tentativa de estimular as exportações, em decorrência da política adotada à época, arcando a União Federal com o ônus decorrente.

Destarte, a Resolução Ciex n. 2/79 não contrariou a alíquota máxima prevista no § 2º, do art. 2º, do Dec.-Lei n. 491/1969. Tão somente, com embasamento neste e na legislação inerente ao ICM e, ainda, no Convênio ICM n. 1/79, somou as alíquotas, pautando-se pela mais absoluta legalidade.

Repita-se, a Resolução Ciex n. 2/79 apenas agregou alíquotas previstas em Lei. Nada criou ou inovou. Deu corpo ao Convênio ICM n. 1/79, voluntária e conscientemente entabulado.

De referência à alegada inconstitucionalidade da resolução porque derivada de comandos normativos considerados inconstitucionais, os Decretos Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, tenha-se presente que a inconstitucionalidade questionada não foi por inteiro dos referidos decretos-leis e sim do artigo 1º, pelo qual ficou autorizado o Ministro da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei n. 491/1969.

Com efeito, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 1º e 3º dos diplomas legais acima mencionados, mantendo-os na parte em que era permitida a delegação. Consequentemente a Resolução Ciex n. 2/79, derivada das Portarias n. 26/1979 e n. 78/1981 nada tem a ver com a inconstitucionalidade parcial declarada pelo STF e que vem sendo aplicada ao longo dos anos pelas instâncias ordinárias e pelo STJ, como na hipótese dos autos. Para melhor visualização temos na seqüência os seguintes diplomas que antecederam e depois sucedeu à questionada Resolução Ciex:

- Decreto-Lei n. 491/1969, instituiu o incentivo à exportação, chamado de crédito-prêmio IPI;
- Decreto-Lei n. 1.658/1979, previu extinção do incentivo para 30 de junho de 1983;
- Decreto-Lei n. 1.724/1979, prevendo a extinção de forma gradual do benefício fiscal;
- Portarias derivadas dos decretos-leis acima mencionados, diminuindo, suspendendo, aumentando, etc, o incentivo;
- Decreto-Lei n. 1.894/1981, outorgando ao Ministro da Fazenda novas delegações.

Com estas considerações, acolho os embargos de declaração para fazer a explicitação acima, mas nego aos aclaratórios efeito infringente.

É o voto.

Em suma, devem ser providos os embargos de divergência pelos fundamentos assim resumidos:

(a) *Primeiramente*, a Resolução Ciex n. 2/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem;

(b) *Em segundo lugar*, ainda que correta a tese fazendária – de que a Resolução Ciex n. 2/79 tem por fundamento de validade os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 –, não se cogita da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução n. 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI;

(c) *Por fim*, examinando mais a fundo a cadeia “legislativa” que antecedeu a Resolução Ciex n. 2/79, verifica-se que esse ato normativo *sequer majorou* o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei n. 491/1969 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados e intitulado crédito-prêmio de ICM, tudo com o beneplácito do Decreto-Lei n. 1.586/1977 e do Convênio ICM n. 1/79. Portanto, a unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução Ciex pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981.

Ante o exposto, *dou provimento aos embargos de divergência*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Consoante relatório lançado aos autos pelo eminente Ministro *Castro Meira*, relator, trata-se de embargos de

divergência em recurso especial interpostos por *Curtume Moderno S/A* em desfavor da *Fazenda Nacional*, em que se insurge contra acórdão da Segunda Turma, Rel. Min. *Luiz Fux*, segundo o qual a Resolução Ciex n. 2/79, que dispõe sobre alíquotas aplicáveis ao cálculo do crédito-prêmio do IPI, editada com base na Portaria n. 26/1979, estaria contaminada com a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, de preceitos normativos dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981.

A parte embargante aduz, em resumo, divergência no tocante ao acórdão proferido pela Segunda Turma nos autos dos EDcl no REsp n. 859.977-DF, Rel. Min. *Eliana Calmon*, o qual teria declarado a constitucionalidade e legalidade da referida resolução.

Diante dos argumentos lançados nas sustentações orais realizadas por ambas as partes e da importância da discussão, pedi vista dos autos para melhor exame.

Inicialmente, não há dúvidas de que o dissídio está demonstrado, conforme ressaltou o relator. Os acórdãos em confronto, partindo do mesmo quadro fático, conferiram conclusão diversa quanto ao direito federal aplicável.

Impõe-se concluir, por conseguinte, se a Resolução Ciex n. 2/79, que dispõe sobre as alíquotas a serem utilizadas no cálculo do crédito-prêmio do IPI, consubstancia, de alguma forma, ato normativo editado com fundamento na delegação de competência declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o REsp n. 180.828-RS (Rel. Min. *Carlos Velloso*, Tribunal Pleno, DJ 14.03.2003), declarou a inconstitucionalidade de dispositivos dos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981 que tratam da delegação ao Ministro de Estado da Fazenda para reduzir, suspender ou extinguir o incentivo fiscal denominado crédito-prêmio do IPI. A possibilidade de aumentar o estímulo fiscal por meio da referida delegação remanesceu inalterado. A ementa foi concebida:

Constitucional. Tributário. Incentivos fiscais: crédito-prêmio: suspensão mediante portaria. Delegação inconstitucional. DL n. 491, de 1969, arts. 1º e 5º; DL n. 1.724, de 1979, art. 1º; DL n. 1.894, de 1981, art. 3º, inc. I, CF/1967.

I. - Inconstitucionalidade, no art. 1º do DL n. 1.724/1979, da expressão "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir", e no inciso I do art. 3º do DL n. 1.894/1981, inconstitucionalidade das expressões "reduzi-los" e suspendê-los ou extingui-los". Caso em que se tem delegação proibida: CF/1967, art. 6º. Ademais, matérias reservas à lei não podem ser revogadas por ato normativo secundário.

II. - RE conhecido, porém não provido.

Ao examinar a matéria minuciosamente, entendo que devem prevalecer os fundamentos do acórdão apontado como paradigma, da relatoria da eminente Ministra *Eliana Calmon*, que, com a proficiência de sempre, assentou:

Ao longo de pelo menos vinte anos tenho examinado e decidido sobre o benefício que vem ocupando o Judiciário com centenas, senão milhares de demandas, pretendendo a Fazenda derrubar o benefício e ao menos os fatos de correção do incentivo que, segundo o STJ sobreviveu até 1990. Para a embargante a Resolução Ciex n. 2/79 ora é inconstitucional, ora é ilegal, derramando-se em fundamentos e mais fundamentos na tentativa de obter pronunciamento que afaste a incidência da referida norma.

A questão não é tão intrincada quanto faz parecer a União Federal. Não há que se falar em ilegalidade da Resolução Ciex n. 2/79, posto que prevê as mesmas alíquotas referidas pelo Dec.-Lei n. 461/1969, quando este manda aplicar a tabela do IPI, constante da Lei n. 4.502/1964 (Dec.-Lei n. 461/1969, art. 2º).

Ocorre, que por força do convênio, efetivado entre a União e Estados, de legitimidade inquestionada, restou acordado que a alíquota do IPI seria somada a do ICM, na tentativa de estimular as exportações, em decorrência da política adotada à época, arcando a União Federal com o ônus decorrente.

Destarte, a Resolução Ciex n. 2/79 não contrariou a alíquota máxima prevista no § 2º, do art. 2º, do Dec.-Lei n. 491/1969. Tão somente, com embasamento neste e na legislação inerente ao ICM e, ainda, no Convênio ICM n. 1/79, somou as alíquotas, pautando-se pela mais absoluta legalidade.

Repita-se, a Resolução Ciex n. 2/79 apenas agregou alíquotas previstas em Lei. Nada criou ou inovou. Deu corpo ao Convênio ICM n. 1/79, voluntária e conscientemente entabulado.

De referência à alegada inconstitucionalidade da resolução porque derivada de comandos normativos considerados inconstitucionais, os Decretos Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, tenha-se presente que a inconstitucionalidade questionada não foi por inteiro dos referidos decretos-leis e sim do artigo 1º, pelo qual ficou autorizado o Ministro da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei n. 491/1969.

Com efeito, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 1º e 3º dos diplomas legais acima mencionados, mantendo-os na parte em que era permitida a delegação. Conseqüentemente a Resolução Ciex n. 2/79, derivada das Portarias n. 26/1979 e n. 78/1981 nada tem a ver com a inconstitucionalidade parcial declarada pelo STF e que vem sendo aplicada ao longo dos anos pelas instâncias ordinárias e pelo STJ, como na hipótese dos autos. Para melhor

visualização temos na seqüência os seguintes diplomas que antecederam e depois sucedeu à questionada Resolução Ciex:

- Decreto-Lei n. 491/1969, instituiu o incentivo à exportação, chamado de crédito-prêmio IPI;

- Decreto-Lei n. 1.658/1979, previu extinção do incentivo para 30 de junho de 1983;

- Decreto-Lei n. 1.724/1979, prevendo a extinção de forma gradual do benefício fiscal;

- Portarias derivadas dos decretos-leis acima mencionados, diminuindo, suspendendo, aumentando, etc, o incentivo;

- Decreto-Lei n. 1.894/1981, outorgando ao Ministro da Fazenda novas delegações.

De acordo com a tese adotada no acórdão paradigma, à qual me filio, a Resolução Ciex n. 2/79 não é ilegal, tendo em vista que não extrapolou as alíquotas máximas previstas no Decreto-Lei n. 491/1969, que instituiu o incentivo fiscal à exportação denominado crédito-prêmio do IPI. Não é inconstitucional porquanto tão somente, com base em convênio então existente, qual seja, o ICM n. 1/79, agregou alíquotas de idêntico incentivo concedido no âmbito do antigo ICM, conforme a política fiscal da época. Sequer majorou alíquotas, o que, inclusive, seria permitido conforme o julgado do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, como bem ressaltado pelo Ministro *Castro Meira*, relator dos presentes embargos de divergência, a Resolução n. 1/79, publicada em 22.01.1979, não poderia ter sido expedida com fundamento nos Decretos-Leis n. 1.724/1979 e n. 1.894/1981, também por uma questão meramente cronológica, na medida em que estes diplomas foram editados posteriormente, em 07.12.1979 e 16.12.1981, respectivamente. De outra parte, a Resolução n. 1/79 também não versa sobre redução, suspensão ou extinção do incentivo fiscal, expressões estas declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte.

Por fim, a matéria foi exposta e analisada detidamente pelo relator, que, de forma minuciosa, analisou toda a legislação infraconstitucional de regência.

Ante o exposto, *acompanho* o eminente relator para *dar provimento* aos embargos de divergência em recurso especial.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.462-DF (2010/0121038-8)

Relator: Ministro Humberto Martins
Impetrante: Manoel Luiz Silva Leão
Impetrante: Janilton Cavalcante Aranha
Advogado: Raimundo Élcio Aguiar de Sousa
Impetrado: Ministro de Estado da Saúde

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Prazo prescricional. Inexistência de apuração criminal. Aplicação do prazo administrativo. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Precedentes.

1. A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de cinco anos, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/1990, entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar.

2. Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal.

3. Precedentes: RMS n. 19.087-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.06.2008, DJe 04.08.2008; MS n. 12.884-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 09.04.2008, DJe 22.04.2008; RMS n. 18.688-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 09.02.2005.

4. No presente caso não há notícia de apuração criminal, razão pela qual deve ser aplicado o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, previsto no art. 142, I, da Lei n. 8.112/1990.

5. É incontroverso nos autos que os fatos desabonadores foram conhecidos pela Administração em 07.04.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 07.03.2008, com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), caracterizando a prescrição quinquenal para a punição dos servidores públicos.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 22.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por *Manoel Luiz Silva Leão e outro* contra ato dito coator atribuído ao *Ministro de Estado da Saúde*, o qual aplicou a pena de demissão aos impetrantes.

Os impetrantes não entram no mérito do delito administrativo investigado. Alegam, apenas, a ocorrência da prescrição administrativa, pois os fatos ocorreram em 1999, e as demissões foram publicadas em 2010, nos termos do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, que prevê o prazo prescricional de cinco anos para iniciar a ação disciplinar.

Narram os impetrantes que, para apurar fatos ocorridos em 1999 e dos quais a Administração tomou conhecimento inequívoco em 25.07.2000, foram abertos três processos administrativos disciplinares, que restaram todos anulados, pois foram detectados vícios insanáveis em cada um deles. Em 05.03.2008, foi instaurado um quarto processo administrativo disciplinar, que seguiu o seu trâmite regular e culminou na demissão dos impetrantes, em 05.05.2010.

Sustentam, em síntese, que “A instauração dos processos disciplinares contra o Impetrante - 04 ao todo - não tiveram o poder de interromper a prescrição em todos eles, porque os três (03) primeiros foram anulados *ex officio* pela própria Administração, cujas nulidades não foram causadas ou provocadas pelo Impetrante, a mora é atribuível exclusivamente aos serviços da Administração (*sic*)” (fl. 09).

Por esse motivo, entendem que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do estado, já que o único PAD, que teria o condão de interromper a prescrição, foi instaurado 08 anos após o início do prazo prescricional de 05 anos, o que acarretaria a nulidade de suas demissões, com a conseqüente reintegração aos cargos anteriormente ocupados.

A liminar foi indeferida por decisão de minha lavra, assim ementada:

Mandado de segurança. Demissão de servidores públicos. Prescrição da pretensão punitiva. Não ocorrência. Art. 142, § 3º, da Lei n. 8.112/1990. Instauração de processo administrativo. Interrupção do prazo prescricional. Ausência de *fumus boni iuris*. Liminar negada.

Fundamentei a negativa da liminar no sentido de que “apesar de os fatos tidos como ilícitos terem ocorrido em 1999 e as demissões terem sido determinadas tão somente em 2010, é certo que a Administração Pública não permaneceu inerte durante todo esse período”.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora esclarecem que deve ser levado em consideração “os preceitos tipificados no art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990, ao caso deverá ser aplicada a prescrição penal regulada pelo art. 109 do Código Penal, ou seja, a prescrição quanto às infrações cometidas pelos impetrantes Janilton Cavalcante Aranha e Manoel Luiz Silva Leão somente se daria em 16 (dezesesseis) anos (art. 109, II, CP), ou seja, somente em 07.04.2016. O que se permite concluir que não assiste razão aos impetrantes”.

Parecer do Ministério Público Federal pelo *deferimento* do *writ*, pois “a própria autoridade coatora reconheceu ‘os fatos foram conhecidos pela Administração em 07.04.2000’ e que ‘o prazo prescricional foi interrompido em 07.03.2008 com a publicação da Portaria Válida n. 37/2008 de instauração do PAD n. 25100.005.816/2008-98 (fl. 423), fica claro que já eram transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre o momento a partir do qual os fatos se tornaram conhecidos pela Administração, e aquele em que se deu a instauração do processo administrativo disciplinar que culminou com a demissão dos impetrantes. Na linha dessas considerações, é forçoso reconhecer ter ocorrido, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva para a Administração.”

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Os impetrantes foram demitidos do cargo de agente de saúde pública, “por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública e por improbidade administrativa” (fls. 320), conforme Portarias n. 1.026/2010 e n. 1.030/2010.

A questão central do mandado de segurança é a verificação da ocorrência - ou não - da prescrição administrativa para punir os fatos ocorridos em 1999, cujas demissões foram publicadas em 2010.

É incontroverso nos autos que os fatos foram conhecidos pela Administração em 07.04.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 07.03.2008 com a publicação da Portaria Válida n. 37/2008 de instauração do PAD n. 25100.005.816/2008-98 (fl. 423).

Alegam os impetrantes que ocorreu a prescrição quinquenal, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/1990, pois transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre o momento a partir do qual os fatos se tornaram conhecidos pela Administração, e aquele em que se deu a instauração do processo administrativo disciplinar, que culminou com a demissão dos impetrantes.

Determina o art. 142, da Lei n. 8.112/1990:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 05 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 02 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.

§ 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.

Em confronto, apresenta a autoridade apontada como coatora a tese de que o prazo prescricional aplicável é a de crime de peculato, pois os fatos narrados no processo administrativo disciplinar descreve tal crime, que prescreve em 16 anos, conforme dispositivos do Código Penal, que cito:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei n. 12.234, de 2010). (...)

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, pois “não consta dos autos sentença criminal condenando os impetrantes pela prática do crime de peculato, de tal forma que a capitulação dos ilícitos administrativos em exame como crime de peculato partiu exclusivamente da Administração, sem respaldo em ação penal. Nesse sentido, a orientação desta Egrégia Corte Superior é no sentido de que, nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional (...)” (fls. 568).

Concordo com o parecer ministerial. Com efeito, a mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia obsta a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, devendo ser aplicada a regra geral prevista no inciso I desse dispositivo.

A propósito, os seguintes precedentes:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Pena de demissão por abandono de cargo. Prazo prescricional. Lei Estadual n. 10.261/1968. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal. *No presente caso, não houve apuração na esfera criminal, devendo, portanto, ser aplicado o prazo prescricional previsto na legislação administrativa estadual.*

2. Instaurado o processo administrativo disciplinar e aplicada a pena de demissão após o prazo de 05 (cinco) anos, previsto na Lei Estadual n. 10.261/1968, contados do conhecimento de existência de falta pela autoridade, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

3. Recurso ordinário conhecido e provido.

(RMS n. 19.087-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.06.2008, DJe 04.08.2008).

Mandado de segurança. Administrativo. Servidora pública federal. Ausência injustificada. Demissão. Prescrição.

1. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que, no caso de cometimento por servidor público de infração disciplinar também tipificada como crime, *somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal. Como na espécie não houve tal apuração, é de se aplicar o prazo prescricional de 05 anos, de acordo com o art. 142, I, da Lei n. 8.112/1990.*

2. Transcorrido mais de 05 anos entre a data em que se tomou conhecimento da ausência da impetrante ao serviço público (31º dia após 13.07.1998) e a data de instauração do processo administrativo (07.02.2006), primeiro marco prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão à impetrante.

3. A tese de que o abandono do cargo se renova a cada 30 dias, haja vista a sua natureza de infração permanente, é descabida, porquanto além de não encontrar respaldo na doutrina e na jurisprudência, a lei é clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei.

4. A referida tese denota o intento do ente estatal de criar uma nova hipótese infundada de renovação de prazo prescricional, provavelmente para corrigir o equívoco relativo ao demasiado tempo que se levou para instaurar o processo administrativo, deixando este ser atingido pela prescrição.

5. Mandado de segurança concedido.

(MS n. 12.884-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 09.04.2008, DJe 22.04.2008).

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. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 05.12.2008, DJe 19.12.2008).

Assim, somente quando houver regular apuração do ilícito criminal, deverá ser aplicada a legislação penal sobre prescrição.

A propósito:

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Aplicabilidade da legislação penal. Precedentes. Independência das esferas administrativa e penal. Prescindibilidade de sentença penal condenatória. Recurso desprovido.

I - Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, *havendo regular apuração criminal, deve ser aplicada a legislação penal para o cômputo da prescrição no processo administrativo. Precedentes.*

II - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria.

III - Recurso conhecido e desprovido.

(RMS n. 18.688-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 09.02.2005).

Administrativo. Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Infração administrativa também tipificada como crime de concussão. Prescrição. Não-ocorrência. Interrupção do prazo. Demissão. Esfera criminal. Absolvição. Insuficiência de provas. Independência da instância administrativa.

1. Nos termos do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, os prazos prescricionais previstos na lei penal. Precedentes.

2. O prazo para a Administração aplicar a pena de demissão ao servidor faltoso é de 05 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 142, inciso I, da Lei n. 8.112/1990. Entretanto, *havendo regular apuração criminal, o prazo de prescrição no processo administrativo disciplinar será regulado pela legislação penal, que, in casu*, consoante o art. 316 c.c. o art. 109, inciso III, do Código Penal, é de 12 (doze) anos.

3. Na hipótese, a contagem do prazo prescricional foi interrompida com a instauração de novo PAD em 04.09.2003, voltando a correr por inteiro em 21.01.2004, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do processo - art. 152, *caput*, c.c. o art. 169, § 2º, ambos da Lei n. 8.112/1990). Desse modo, tendo sido expedida a Portaria Demissionária da Impetrante em 19.05.2004, constata-se, à toda evidência, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração.

3. Tendo em vista a independência das instâncias administrativa e penal, a sentença criminal somente afastará a punição administrativa se reconhecer a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, hipóteses inexistentes na espécie. Precedentes.

4. Segurança denegada.

(MS n. 9.772-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 26.10.2005, sem grifos no original).

Portanto, aplica-se ao caso o prazo prescricional administrativo previsto no art. 142 da Lei n. 8.112/1990, afastando-se o prazo previsto na legislação penal, pois não demonstrada a existência de denúncia ou apuração criminal dos fatos descritos no Processo Administrativo Disciplinar.

Ante o exposto, concedo a segurança, para reintegrar os impetrantes em seus cargos públicos, em consonância com o parecer do Ministério Público Federal.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.114.406-SP (2009/0089663-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Banco ABN AMRO Real S/A
Advogado: Alexandre Romero da Mota e outro(s)
Recorrido: Município de São Paulo
Procurador: Rodrigo Martins Augusto e outro(s)

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia. Execução fiscal. Despesas de remoção e estadia de veículo apreendido. Responsabilidade do arrendatário.

1. As despesas relativas à remoção, guarda e conservação de veículo apreendido no caso de arrendamento mercantil, independentemente da natureza da infração que deu origem à apreensão do veículo e ainda que haja posterior retomada da posse do bem pelo arrendante, são da responsabilidade do arrendatário, que se equipara ao proprietário enquanto em vigor o contrato de arrendamento (cf. artigo 4º da Resolução Contran n. 149/2003).

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 27 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 09.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Banco ABN AMRO Real S/A, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Décima Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Exceção de pré-executividade.

Despesas de remoção e estadia de veículo apreendido. Obrigação de natureza *propter rem* que recai sobre o bem e não sobre seu possuidor. Legitimidade da arrendadora do veículo para figurar no pólo passivo da execução.

Agravo de instrumento não provido. (fl. 184).

Além da divergência jurisprudencial, a insurgência especial está fundada na violação dos artigos 3º, 267, inciso IV, 330, I, e 334, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Civil, 66 da Lei n. 4.728/1965, 257, parágrafo 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, e 202 do Código Tributário Nacional, cujos termos são os seguintes:

Código de Processo Civil

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

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.

Código de Trânsito Brasileiro

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

(...)

§ 3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.

E teriam sido violados, porque, segundo alega o recorrente, é de responsabilidade exclusiva do arrendatário/fiduciante, porquanto possuidor direto do bem, o pagamento das despesas de remoção e estadia de veículo apreendido, sendo, portanto, parte ilegítima para responder pelos débitos a empresa de arrendamento mercantil.

O recurso foi admitido na origem como representativo de controvérsia (fls. 199-201), nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça, e, nessa qualidade, foi recebido para julgamento pela Primeira Seção, para que seja dirimida a controvérsia relativa à possibilidade de a empresa arrendante de veículo ser responsabilizada por valores cobrados pela municipalidade, relativos à remoção, guarda e conservação de veículo apreendido em decorrência do cometimento de infrações pelo arrendatário, tendo em vista a posterior retomada da posse do bem, ante a efetivação de sua busca e apreensão pelo arrendante.

O Ministério Público Federal veio pelo provimento do recurso em parecer assim sumariado:

Recurso especial. Administrativo. Execução fiscal. Dívida oriunda de despesas de remoção e estadia de veículo apreendido. Responsabilidade do devedor fiduciante em razão da posse direta sobre o bem. Jurisprudência pacificada. Parecer pelo provimento do recurso. (fl. 212).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, dispõe o Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*:

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

§ 1º Aos proprietários e condutores de veículos serão impostas concomitantemente as penalidades de que trata este Código toda vez que houver responsabilidade solidária em infração dos preceitos que lhes couber observar, respondendo cada um de per si pela falta em comum que lhes for atribuída.

§ 2º Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

§ 3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.

(...)

§ 7º Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração.

Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo Contran.

§ 1º No caso de infração em que seja aplicável a penalidade de apreensão do veículo, o agente de trânsito deverá, desde logo, adotar a medida administrativa de recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual.

§ 2º A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

Ao que se tem, proprietários e condutores de veículos são solidariamente responsáveis pelas infrações praticadas, respondendo cada um pela falta que lhe for atribuída, sendo o proprietário responsável pelas infrações referentes

à regularização e ao preenchimento das condições exigidas para o trânsito do veículo, e o condutor pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.

Demais disso, nas hipóteses em que a responsabilidade pela infração é do condutor, incumbe ao proprietário identificar o infrator, pena de vir a ser considerado responsável pela infração.

E, no caso de ser apreendido em decorrência de penalidade aplicada, o veículo permanece sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário.

Por fim, o Conselho Nacional de Trânsito - Contran, coordenador e órgão máximo normativo e consultivo do Sistema Nacional de Trânsito, regulamentando a aplicação de penalidade por infração de responsabilidade do proprietário e do condutor, fez editar a Resolução n. 149, de 19 de setembro de 2003, que “Dispõe sobre uniformização do procedimento administrativo da lavratura do auto de infração, da expedição da Notificação da Autuação e da Notificação da Penalidade de multa e de advertência por infrações de responsabilidade do proprietário e do condutor do veículo e da identificação do condutor infrator”, e assim previu acerca de responsabilidade por infração no caso de arrendamento mercantil:

Art. 4º Quando o veículo estiver registrado em nome de sociedade de arrendamento mercantil, o órgão ou entidade de trânsito deverá encaminhar a Notificação da Autuação diretamente ao arrendatário, que para os fins desta Resolução, *equipara-se ao proprietário do veículo*, cabendo-lhe a identificação do condutor infrator, quando não for o responsável pela infração.

Parágrafo único. A arrendadora deverá fornecer ao órgão ou entidade executivo de trânsito responsável pelo registro do veículo, todos os dados necessários à identificação do arrendatário, quando da celebração do respectivo contrato de arrendamento mercantil, sob pena de arcar com a responsabilidade pelo cometimento da infração, além da multa prevista no § 8º do art. 257 do CTB.

Do exposto resulta que, em se tratando de arrendamento mercantil, independentemente da natureza da infração que deu origem à apreensão do veículo, as despesas relativas à remoção, guarda e conservação do veículo arrendado não são da responsabilidade da empresa arrendante, mas sim do arrendatário, que se equipara ao proprietário enquanto em vigor o contrato de arrendamento.

Desse modo, ainda que haja posterior retomada da posse do bem arrendado por meio de busca e apreensão pelo arrendante, as despesas decorrentes de remoção, guarda e conservação de veículo durante o período de vigência do contrato de arrendamento são de responsabilidade do arrendatário.

Não é outro o sentido em que se firmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firme em que as despesas de remoção e estadia de veículo apreendido são de responsabilidade do arrendatário possuidor do bem, como se colhe nos seguintes precedentes:

Processual Civil e Execução. Veículo arrendado. Despesas de remoção e estadia de veículo apreendido. Ilegitimidade da empresa de arrendamento mercantil.

1. A empresa de arrendamento mercantil é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda causada por uso indevido do bem pelo arrendatário, uma vez que este é o possuidor direto da coisa, portanto, não compete à empresa arrendatária a fiscalização pela utilização irregular do bem. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.292.471-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1º.06.2010, DJe 11.06.2010).

Execução fiscal. Infração de trânsito. Arrendamento mercantil. Responsabilidade pelo pagamento das despesas de remoção e estadia do veículo apreendido.

1. A jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça firmou entendimento de que a responsabilidade pelo pagamento de despesas de remoção e estadia de veículo apreendido, decorrentes de infração de trânsito, é do arrendatário – possuidor direto do bem –, e não da empresa arrendadora.

2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.280.117-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15.04.2010, DJe 19.05.2010).

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Dívida oriunda de estadia de veículo objeto de contrato de compra e venda com reserva de domínio. Ilegitimidade passiva do banco fiduciário. Precedentes.

1. O credor fiduciário (banco), que possui apenas o domínio resolúvel da coisa alienada, não pode ser responsabilizado pelas despesas de remoção e estadia de veículo apreendido em razão de cometimento, pelo condutor do veículo, de infração administrativa.

Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.192.657-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02.02.2010, DJe 10.02.2010).

Execução fiscal. Dívida oriunda de estadia de veículo objeto de contrato de compra e venda com reserva de domínio. Ilegitimidade passiva do banco. Recurso especial conhecido e provido pela alínea c.

1. Demonstrada a divergência jurisprudencial nos moldes regimentais, merece conhecimento o recurso especial.

2. "A responsabilidade pelo pagamento de preço público de remoção e estadia de veículos, apreendidos em razão de sua utilização para o transporte irregular de passageiros (lotação), pelo devedor fiduciante, é deste, a teor do parágrafo 3º do art. 257 do CTB, em que pese o credor fiduciário tenha retomado a posse dos bens, por meio de busca e apreensão. Cabe ao condutor a responsabilidade pelas infrações advindas de atos praticados na direção do automóvel. Sendo o condutor o infrator, é ele, e não o proprietário do veículo, quem deve receber notificação da penalidade." (REsp n. 669.810-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10.04.2006).

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.022.571-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.09.2008, DJe 13.10.2008).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial para, acolhendo a exceção de pré-executividade, declarar extinta a execução fiscal.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros da Corte Especial, bem como aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (artigos 5º, inciso II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.118.893-MG (2009/0011135-9)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Ale Distribuidora de Combustíveis Ltda.

Advogado: Jose Marcio Diniz Filho e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Constitucional. Tributário. Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Rito do art. 543-C do CPC. Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL. Coisa julgada. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/1988 e de inexistência de relação jurídico-tributária. Súmula n. 239-STF. Alcance. Ofensa aos arts. 467 e 471, *caput*, do CPC caracterizada. Divergência jurisprudencial configurada. Precedentes da Primeira Seção do STJ. Recurso especial conhecido e provido.

1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei n. 7.689/1988, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento.

2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei n. 7.689/1988, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art. 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (ADI n. 15-DF, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, DJ 31.08.2007).

3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/1988, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência.

5. “Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o Enunciado n. 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a ‘Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores” (AgRg no AgRg nos EREsp n. 885.763-GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJ 24.02.2010).

6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula n. 239-STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela (Embargos no Agravo de Petição n. 11.227, Rel. Min. *Castro Nunes*, Tribunal Pleno, DJ 10.02.1945).

7. “As Leis n. 7.856/1989 e n. 8.034/1990, a LC n. 70/1991 e as Leis n. 8.383/1991 e n. 8.541/1992 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei n. 7.689/1988, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material” (REsp n. 731.250-PE, Rel. Min. *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJ 30.04.2007).

8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8-STJ.

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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Jose Marcio Diniz Filho, pela recorrente, e Alexandra Maria Carvalho Carneiro, pela recorrida.

Brasília (DF), 23 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 06.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto por *Ale Distribuidora de Combustíveis Ltda.*, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, em desfavor da *Fazenda Nacional*, em que se insurge contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 258e):

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução. Coisa julgada na relação jurídica tributária: abstenção de cobrança da contribuição social sobre o lucro, na forma em que instituída pela Lei n. 7.689/1988 – posterior alteração legislativa (Lei n. 8.212/1991): nova cobrança não albergada pela coisa julgada. Apelação não provida.

1. Declarada a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei n. 7.689/1988, que instituiu a contribuição social sobre o lucro, a superveniência das Leis n. 7.856/1989 (art. 2º), n. 8.034/1990 (art. 2º) e n. 8.212/1991 (art. 23, II) e da Lei Complementar n. 70/1991 (art. 11) não alteraram a disciplina daquela contribuição social, tendo tais modificações sido alcançadas pela coisa julgada, nos termos da Súmula n. 239 do STF.

2. Com a edição da Lei n. 8.212/1991, observada a anterioridade nonagesimal, nova disciplina foi estabelecida para a Contribuição Social sobre o Lucro, o que afasta a coisa julgada, sendo, então, exigível a contribuição, não mais prevalecendo o provimento judicial que eximia o contribuinte do recolhimento de tal contribuição.

3. Apelação não provida.

4. Peças liberadas pelo Relator, em 11.03.2008, para publicação do acórdão.

A parte recorrente sustenta ofensa ao art. 535, incisos I e II, do CPC, à asserção de que o Tribunal de origem, não obstante a oposição dos embargos de declaração, deixou de se manifestar “especialmente acerca da melhor interpretação dos dispositivos legais (art. 467 e 471 do CPC) e constitucionais (art. 5º, XXXVI, da CF/1988)” (fl. 334e).

Quanto ao mérito, alega contrariedade aos arts. 467 e 471, *caput*, do CPC, ao argumento de que o acórdão recorrido ofendeu a coisa julgada ao permitir

o prosseguimento da execução fiscal contra si instaurada para cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL, muito embora exista a seu favor sentença judicial transitada em julgado em que declarada a inexistência de relação jurídica material a obrigá-la ao recolhimento da exação, sob a égide da Lei n. 7.689/1988.

Afirma que a legislação ulterior à Lei n. 7.689/1988 não modificou de forma substancial a CSLL, prevista até hoje no referido diploma legal, que a instituiu e nunca foi revogado, e, em consequência, não tem o condão de atingir a coisa julgada, de modo a permitir a exigência da contribuição. Requer a declaração de nulidade do acórdão recorrido por ofensa ao art. 535, I e II, do CPC ou, caso superado esse pedido, o provimento do recurso especial, a fim de lhe assegurar o direito de não recolher a CSLL, em virtude da decisão judicial transitada em julgado (fls. 329-350e).

Sustenta, ainda, que o acórdão recorrido deu aos arts. 467 e 471, *caput*, do CPC interpretação diversa daquela conferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp n. 731.250-PE, Rel. Min. *Eliana Calmon*.

Em suas contrarrazões, a Fazenda Nacional argui preliminar de ausência de procuração outorgando poderes aos advogados substabelecetes. Defende que o Dr. Rafael Bortone Reais não possui procuração ou substabelecimento nos autos e o outro advogado que assinou a petição do recurso especial, José Márcio Diniz Filho, teria obtido substabelecimento dos advogados Aci Heli Coutinho e Alexandre Lopes Lacerda, os quais, por sua vez, não teriam substabelecimento ou procuração nos autos.

Ainda em preliminar, alega que a parte recorrente não logrou demonstrar de que forma teria o acórdão recorrido contrariado a lei federal ou lhe negado vigência. Assevera, ainda, que a divergência jurisprudencial não remanesceu comprovada.

Segue aduzindo inexistir a suscitada ofensa ao art. 535 do CPC. Defende que “a coisa julgada não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência, por ser a relação jurídico-tributária de caráter continuativo” (fl. 401e).

Argumenta que, com o advento da Lei Complementar n. 70/1991, que recepcionou a legislação instituidora da CSLL e passou a discipliná-la, “ficou afastada a irregularidade formal detectada então pelo Judiciário, que entendeu como inconstitucional a referida exação por haver sido veiculada por lei ordinária e não por lei complementar” (fl. 402e).

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia, conforme art. 543-C do CPC, e assim processado neste Tribunal Superior.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opina pelo não provimento do recurso especial. Aduz, em essência, que, “a despeito de declarada inconstitucional a Lei n. 7.698/1988, outras advieram, a saber: Lei n. 7.856/1989 (art. 2º); Lei n. 8.034/1990 (art. 2º); Lei n. 8.212/1991 (art. 23, I) e Lei Complementar n. 70/1991 (art. 11) legitimando a exação” (fl. 445e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A *Fazenda Nacional*, em suas contrarrazões, aduz irregularidade na representação processual. Ocorre que tal alegação não tem procedência.

Verifico dos autos que a parte recorrente outorgou poderes, inicialmente, ao advogado Paulo Ernesto Jost de Moraes (fl. 146e), que, à fl. 147e, os substabeleceu aos advogados Aci Heli Coutinho, Alexandre Lopes Lacerda, Dalmar do Espírito Santo Pimenta, Andréa Silveira Guimarães e Luciana Costa.

Às fls. 263e e 284e, por sua vez, há substabelecimento de poderes dos advogados Aci Heli Coutinho e Alexandre Lopes Lacerda a José Márcio Diniz Filho, o qual assinou a petição do recurso especial.

Assim, muito embora Rafael Bortone Reis, que também assina a petição em referência, de fato, não tenha procuração nos autos, a regularidade do outro advogado é suficiente para afastar o óbice suscitado.

Desse modo, rejeito a preliminar de irregularidade na representação processual.

As preliminares relacionadas à deficiência de fundamentação e de ausência de comprovação da divergência também não prosperam.

A parte recorrente não apenas apontou os preceitos infraconstitucionais, quais sejam, os arts. 467 e 471, *caput*, do CPC, mas também buscou demonstrar de que forma o acórdão recorrido os teria contrariado. A petição recursal encontra-se redigida em adequada técnica jurídica, não havendo nenhum vício a respeito.

De outra parte, a divergência remanesceu comprovada, mediante a instrução da petição recursal com cópia do acórdão apontado como paradigma, extraído do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (fs. 352-377e). Foram transcritos, ainda, trechos desse acórdão, com a finalidade de demonstrar a similitude fática entre os casos em confronto, conforme exigência legal e regimental.

É oportuno registrar que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, para fins de comprovação da divergência jurisprudencial, é admitida a juntada de cópia de acórdão extraído do sítio mantido por esta Corte na internet, com base no art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.341/2006. A ementa do acórdão foi assim publicada:

Embargos de declaração. Insurgência contra o mérito da decisão. Recurso recebido com agravo regimental.

Petição de embargos de divergência em agravo regimental em agravo de instrumento. Recurso especial inadmitido e agravo desprovido. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

Ausência de cópias do inteiro teor dos acórdãos paradigmas ou repositório oficial. Desatendimento ao disposto no art. 266, § 1º, do RISTJ. Incidência da Súmula n. 315 do STJ. Juízo de admissibilidade do recurso especial. Casuística. Particularidades de cada caso. Inexistência de teses divergentes. Alguns dos paradigmas prolatados pela mesma Turma que julgou o acórdão embargado. Inadmissibilidade. Dissídio jurisprudencial não configurado. Embargos liminarmente indeferidos. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos.

1. Para fins de demonstração de divergência jurisprudencial, a teor do art. 266, § 1º, do RISTJ, admite-se a juntada de cópia de acórdãos extraídos do sítio eletrônico deste Superior Tribunal de Justiça na *internet*. Contudo, não supre a exigência legal, evidentemente, a mera referência aos julgados paradigmas, com transcrição de partes dos acórdãos, na petição recursal.

(...)

4. Embargos de declaração recebidos como Agravo regimental. Recurso desprovido. (EDCl na Pet n. 4.167-SP, Rel. Min. *Laurita Vaz*, Corte Especial, DJe 13.08.2007).

Nesse sentido:

Embargos de divergência. Juntada de cópia extraída do sítio eletrônico mantido pelo STJ na *internet*. Possibilidade.

1. A Corte Especial deste Tribunal definiu que, para fins de demonstração da divergência jurisprudencial, admite-se a juntada de cópia de acórdão extraído do sítio eletrônico mantido por este Superior Tribunal de Justiça na *internet*. Interpretação da nova redação do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

2. Divergência demonstrada nos termos do art. 255 do RISTJ.

(...)

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 901.919-RS, Rel. Min. *Jorge Mussi*, Terceira Seção, DJe 21.09.2010).

Em consequência, rejeito as preliminares arguidas pela parte recorrida.

Passo ao exame do recurso especial.

Inicialmente, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há falar em afronta ao art. 535, I e II, do CPC por má interpretação da legislação de regência, mormente quando o Tribunal de origem, como na espécie, pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não viola referido dispositivo, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade. Nesse sentido: REsp n. 984.433-MG, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, Primeira Turma, DJe de 10.09.2008; REsp n. 977.216-PE, Rel. Min. *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe de 24.11.2008.

Com efeito, o Tribunal *a quo* apreciou adequadamente todos os pontos necessários ao desate da lide, não havendo omissão, contradição, nem obscuridade a serem sanadas. Não se deve confundir fundamentação sucinta ou contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional, motivo por que rejeito a tese de violação ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Examino a questão de direito envolvida, cuja multiplicidade de recursos especiais com fundamento idêntico conduziram à submissão do presente feito ao rito estabelecido pelo art. 543-C do CPC, com a redação determinada pela Lei n. 11.672/2008.

Narram os autos que transitou em julgado, em 08.09.1992 (fl. 48e), sentença proferida, em ação de rito ordinário, pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que declarou a inexistência de relação jurídica que obrigasse a parte recorrente a recolher a Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL, destinada ao financiamento da seguridade social, instituída pela Lei n. 7.689/1988, reputada inconstitucional.

Diante do ajuizamento de execução fiscal buscando a cobrança de valores correspondentes à CSLL referentes ao ano base de 1991, com vencimento em 30.04.1992, ofereceu a parte recorrente os presentes embargos à execução, sob o argumento de ofensa à coisa julgada. No entanto, seu pedido foi julgado improcedente nas instâncias ordinárias. Daí a interposição do presente recurso especial.

Discute-se, em essência, a possibilidade de cobrança da CSLL do contribuinte que tem a ser favor decisão judicial transitada em julgado declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da exação da forma como concebida pela Lei n. 7.689/1988.

Aduz a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, contrariedade aos seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

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

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

Assevera que a sentença transitada em julgado declarou a inexistência de relação jurídica material a obrigá-la ao recolhimento da CSLL, instituída com base na Lei n. 7.689/1988, declarada, de forma incidental, inconstitucional. Por conseguinte, alega que não poderia ser compelida ao pagamento dessa contribuição no tocante ao exercício de 1991, objeto da execução fiscal embargada.

A Fazenda Nacional, por sua vez, exige tal pagamento. Fundamenta seu pedido nas Leis n. 7.856/1989, n. 8.034/1990, n. 8.212/1991 e n. 8.383/1993 e Lei Complementar n. 70/1991, supervenientes à Lei n. 7.689/1988, que teriam alterado de forma substancial a disciplina da CSLL e, assim, limitado o alcance da coisa julgada material.

É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma

discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei n. 7.689/1988, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art. 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. A ementa foi assim concebida:

I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): compreensão da "associação de associações" de classe.

Ao julgar, a ADIn n. 3.153-AgR, 12.08.2004, Pertence, Inf. STF n. 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidade de classe de segundo grau – as chamadas "associações de associações" – do rol dos legitimados à ação direta.

II. ADIn: pertinência temática.

Presença da relação de pertinência temática, pois o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina a defender.

III. ADIn: não conhecimento quanto ao parâmetro do art. 150, § 1º, da Constituição, ante a alteração superveniente do dispositivo ditada pela EC n. 42/2003.

IV. ADIn: L. n. 7.689/1988, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, resultante da transformação em lei da Medida Provisória n. 22, de 1988.

1. Não conhecimento, quanto ao art. 8º, dada a invalidade do dispositivo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em processo de controle difuso (RE n. 146.733), e cujos efeitos foram suspensos pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 11/1995.

2. Procedência da arguição de inconstitucionalidade do artigo 9º, por incompatibilidade com os artigos 195 da Constituição e 56, do ADCT/1988, que, não obstante já declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 150.764, 16.12.1992, M. Aurélio (DJ 02.04.1993), teve o processo de suspensão do dispositivo arquivado, no Senado Federal, que, assim, se negou a emprestar efeitos *erga omnes* à decisão proferida na via difusa do controle de normas.

3. Improcedência das alegações de inconstitucionalidade formal e material do restante da mesma lei, que foram rebatidas, à exaustão, pelo Supremo Tribunal, nos julgamentos dos RREE n. 146.733 e n. 150.764, ambos recebidos pela alínea **b** do permissivo constitucional, que devolve ao STF o conhecimento de toda a questão da constitucionalidade da lei. (ADI n. 15-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 31.08.2007).

Ocorre que, em favor da parte recorrente, conforme vimos, há sentença transitada em julgado que, ao reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/1988, declarou haver inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigasse ao pagamento da CSLL.

A decisão transitada em julgado, oriunda de ação declaratória, foi proferida, em última análise, conforme narram os autos (fl. 39e), com base no julgamento proferido pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos da AMS n. 89.01.13614-7-MG, Rel. Juiz *Tourinho Neto*, que declarou a inconstitucionalidade tanto formal quanto material desse diploma legal. A ementa foi assim publicada:

Constitucional. Contribuição sociais. Lei n. 7.689, de 15.12.1988. Inconstitucionalidade.

1 - Ante o disposto no art. 149, da Constituição de 1988, que manda observar o art. 146, inc. III, só lei complementar pode instituir contribuição social.

2 - As contribuições sociais, que, em face dos arts. 149 e 146, inc. III, da CF/1988, são tributos, não se aplica o disposto no art. 150, inc. III, tendo em vista o estabelecido no § 6º, do art. 195, da CF/1988.

3 - As contribuições sociais novas não podem ter fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos e contribuições já existentes (CF/1988, art. 195, § 4º, c.c. o art. 154, inc. I). A Lei n. 7.689/1988, no entanto, elege como base de cálculo da contribuição o lucro das pessoas jurídicas (arts. 1º e 2º), que já é próprio do imposto de renda (arts. 44 do CTN, e 153, do RIR/80), além de assemelhar o seu fato gerador ao deste imposto – aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica (art. 43 CTN).

4 - A Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, por outro lado, não poderia instituir contribuição social, pois o novo sistema tributária ainda não estava em vigor, *ex vi* do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu que o sistema tributário entraria em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição – 1º de março de 1989. Infringência, por conseguinte, ao princípio da irretroatividade.

5 - Violou, outrossim, a Lei n. 7.689/1988 o art. 165, § 5º, inc. II, da CF/1988, ao determinar, em seu art. 6º, que a contribuição social será administrada e fiscalizada pela Secretaria da Receita Federal, quando diante do preceito constitucional (art. 165, § 5º, inc. III), a sua arrecadação deveria integrar o orçamento da seguridade social.

6 - A Lei n. 7.689/1988 é inconstitucional, em razão de ter infringido os arts. 146, inc. III; 154, inc. I; 165, § 5º, inc. III; e 195, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal de 1988.

7 - Incidente de inconstitucionalidade procedente. (DJ 02.12.1991).

Diversos acórdãos, que foram proferidos com fundamento nesse precedente, transitaram em julgado. Logo, muitos contribuintes encontram-se albergados pela coisa julgada, em vários tipos de ações. Não obstante, a Fazenda Nacional insiste na cobrança da exação. Daí a multiplicidade de recursos especiais a respeito dessa questão de direito.

Consoante pacífica orientação jurisprudencial, “a coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir” (REsp n. 7.128-SP, Rel. Min. *Eduardo Ribeiro*, Terceira Turma, DJ 16.09.1991).

Ensina Eduardo Talamini, na sua obra *Coisa Julgada e sua Revisão* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 30):

A coisa julgada material pode ser configurada como uma qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.

Em se tratando de matéria tributária, a extensão da coisa julgada deve ser interpretada com observância da existência de uma relação continuada e do Enunciado da Súmula n. 239-STF, *verbis*: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Tal verbete foi editado em 1963. Dos precedentes que lhe deram origem, cabe transcrever o voto vencedor proferido pelo saudoso Ministro *Castro Nunes* nos autos dos Embargos no Agravo de Petição n. 11.227, o qual esclareceu como deveria ser solucionada a controvérsia a respeito da coisa julgada em matéria tributária, a saber:

O que é possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta se terá de limitar aos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a lição dos expositores acima citados.

Do mesmo modo, para exemplificar com outra hipótese que não precludirá nova controvérsia: a prescrição do imposto referente a um dado exercício, que estará prescrito, e assim terá sido julgado, sem que, todavia, a administração fiscal fique impedida de lançar o mesmo em períodos subseqüentes, que não estarão prescritos nem terão sido objeto do litígio anterior.

Mas se os Tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei, ou de cláusula

contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelos meios próprios, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especiosa de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional do contribuinte que teria tido, ganhando à demanda a que o arrastara o Fisco, uma verdadeira vitória de Pirro.

A lição do insigne magistrado persiste absolutamente atual. A ementa ficou assim redigida:

Executivo fiscal. Imposto de renda sobre juros de apólices. Coisa julgada em matéria fiscal.

É admissível em executivo fiscal a defesa fundada em “coisa julgada” para ser apreciada pela sentença final.

Não alcança os efeitos da coisa julgada em matéria fiscal, o pronunciamento judicial sobre nulidade do lançamento do imposto ou da sua prescrição referente a um determinado exercício, que não obsta o procedimento fiscal nos exercícios subsequentes. (Embargos no Agravo de Petição n. 11.227, Rel. Min. *Castro Nunes*, Tribunal Pleno, DJ 10.02.1945).

Consoante se verifica, segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula n. 239-STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela.

Com efeito, uma interpretação literal da Súmula n. 239-STF pode conduzir ao entendimento precipitado de que aquilo que for assegurado por decisão judicial ao contribuinte, em matéria tributária, deve ser sempre limitado a determinando exercício, razão pela qual o sujeito ativo estaria livre para cobrar tributos no tocante aos subsequentes.

Essa equivocada compreensão limita sobremaneira a jurisdição. É como se o contribuinte, ao ingressar em juízo, independentemente da relação de direito material em discussão, do meio processual escolhido e da natureza do pedido formulado, já soubesse que, com o início do novo exercício, aquilo que lhe for assegurado perderá sua eficácia. Hipótese em que o ente tributante estaria permanentemente seguro de que a sucumbência estaria restrita ao exercício

no qual proposta a ação judicial, o que não se mostra razoável, tampouco consentâneo com a garantia da segurança jurídica.

No caso, em se tratando, ainda, de ação declaratória, impõe-se a transcrição do ensinamento do Prof. Celso Agrícola Barbi (*Ação Declaratória Principal e Incidente*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 17-18), que, após discorrer a respeito das ações existentes, consignou, com a agudez de sempre, sobre a certeza que se busca nesse tipo de ação:

Chega-se, assim, à conclusão de que a sentença declaratória é aquela que apenas dá a certeza oficial sobre a relação deduzida em juízo; nenhum outro efeito específico tem ela, salvo o de acabar com a incerteza, declarando a existência ou a inexistência de uma relação jurídica e, excepcionalmente, de um fato. E a ação declaratória é a que visa à obtenção dessa espécie de sentença.

Outrossim, o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade à própria existência do controle difuso de constitucionalidade, fragilizando, sobretudo, a *res judicata*, com imensurável repercussão negativa no seio social.

A propósito, transcrevo a lição de Luiz Guilherme Marinoni, (*Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104-105):

A circunstância de uma questão constitucional chegar ao Supremo Tribunal Federal após o trânsito em julgado de decisões sobre a mesma questão certamente não é motivo para a admissão da retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada. As decisões que transitaram em julgado, tratando da questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo Supremo Tribunal Federal, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade.

Este juízo nada mais é do que resultado do dever-poder judicial de realizar o controle da constitucionalidade. Ademais, o fato de a decisão transitar em julgado, antes de a questão chegar à análise do Supremo Tribunal Federal, é mera consequência do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro.

A admissão da força de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada, ao fundamento da sua natural e insuprimível demora para se manifestar sobre a questão constitucional, significa a negação do sistema de controle difuso da constitucionalidade. Ao invés da retroatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, seria efetiva e praticamente mais conveniente

– obviamente se isto fosse juridicamente possível e conveniente no sistema brasileiro (o que evidentemente não é) – suprimir a possibilidade de o juiz ordinário realizar o controle da constitucionalidade.

No caso específico da CSLL, alega-se, ainda, que, não obstante a existência de decisão judicial transitada em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/1988, há diplomas supervenientes legitimando sua exigibilidade, a saber: Leis n. 7.856/1989, n. 8.034/1990, n. 8.212/1991 e Lei n. 8.383/1991, além da Lei Complementar n. 70/1991.

Ocorre que referida tese já foi conduzida à apreciação deste Tribunal nos autos do REsp n. 731.250-PE (Rel. Min. *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJ 30.04.2007), apontado como paradigma no presente recurso especial, oportunidade em que se decidiu que as alterações veiculadas por tais diplomas não revogaram a disciplina da referida contribuição, que continuou a ser cobrada em sua forma primitiva. Transcrevo a ementa do acórdão:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Contribuição social. Alcance da Súmula n. 239-STF. Coisa julgada: violação. Art. 471, I do CPC não contrariado.

1. A Súmula n. 239-STF, segundo a qual “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores”, aplica-se tão-somente no plano do direito tributário formal porque são independentes os lançamentos em cada exercício financeiro. Não se aplica, entretanto, se a decisão tratou da relação de direito material, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária.

2. A coisa julgada afastando a cobrança do tributo produz efeitos até que sobrevenha legislação a estabelecer nova relação jurídico-tributária.

3. Hipótese dos autos em que a decisão transitada em julgado afastou a cobrança da contribuição social das Leis n. 7.689/1988 e n. 7.787/1989 por inconstitucionalidade (ofensa aos arts. 146, III, 154, I, 165, § 5º, III, 195, §§ 4º e 6º, todos da CF/1988).

4. As Leis n. 7.856/1989 e n. 8.034/1990, a LC n. 70/1991 e as Leis n. 8.383/1991 e n. 8.541/1992 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei n. 7.689/1988, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material.

5. Violação ao art. 471, I do CPC que se afasta.

6. Recurso especial improvido.

Do voto condutor do julgado extraio o seguinte trecho, que bem esclarece os fundamentos que prevaleceram:

Na específica hipótese dos autos, a decisão transitada em julgado atingiu a relação de direito material, ao concluir que a cobrança da contribuição social das Lei n. 7.689/1988 e n. 7.787/1989 seria inconstitucional, e a exação somente poderia ser cobrada a partir de uma nova relação jurídico-tributária estabelecida em lei nova. Por isso, pertinente verificar quais foram as alterações introduzidas pelas Leis n. 7.856/1989, n. 8.034/1990, LC n. 70/1991, n. 8.383/1991 e n. 8.541/1992. Vejamos:

Lei n. 7.856/1989:

Art. 2º A partir do exercício financeiro de 1990, correspondente ao período-base de 1989, a alíquota da contribuição social de que se trata o artigo 3º da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passará a ser de dez por cento.

Parágrafo único. No exercício financeiro de 1990, as instituições referidas no art. 1º do Decreto-Lei n. 2.426, de 07 de abril de 1988, pagarão a contribuição à alíquota de quatorze por cento.

Lei n. 8.034/1990:

Art. 2º A alínea **c** do § 1º do art. 2º da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º (...)

§ 1º (...)

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixado durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base;

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda;

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do Item n. 03, que tenham sido baixadas no curso de período-base.

LC n. 70/1991:

Art. 11. Fica elevada em oito pontos percentuais a alíquota referida no § 1º do art. 23 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, relativa à contribuição social sobre o lucro das instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da mesma lei, mantidas as demais normas da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações posteriormente introduzidas.

Lei n. 8.383/1991:

10. O imposto e a contribuição social (Lei n. 7.689, de 1988), apurados em cada mês, serão pagos até o último dia útil do mês subsequente.

(...)

Art. 44. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n. 7.689, de 1988) e ao imposto incidente na fonte sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713, de 1988, art. 35) as mesmas normas de pagamento estabelecidas para o Imposto de Renda das pessoas jurídicas.

Parágrafo único. Tratando-se da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689, de 1988) e quando ela resultar negativa em um mês, esse valor, corrigido monetariamente, poderá ser deduzido da base de cálculo de mês subsequente, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real.

Art. 79. O valor do Imposto de Renda incidente sobre o lucro real, presumido ou arbitrado, da Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n. 7.689, de 1988) e do Imposto sobre o Lucro Líquido (Lei n. 7.713, de 1988, art. 35), relativos ao exercício financeiro de 1992, período-base de 1991, será convertido em quantidade de UFIR diária, segundo o valor desta no dia 1º de janeiro de 1992.

Parágrafo único. Os impostos e a contribuição social, bem como cada duodécimo ou quota destes, serão reconvertidos em cruzeiros mediante a multiplicação da quantidade de UFIR diária pelo valor dela na data do pagamento.

Art. 89. As empresas que optarem pela tributação com base no lucro presumido deverão pagar o Imposto de Renda da pessoa jurídica e a Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n. 7.689, de 1988):

I - relativos ao período-base de 1991, nos prazos fixados na legislação em vigor, sem as modificações introduzidas por esta lei;

II - a partir do ano-calendário de 1992, segundo o disposto no art. 40.

Lei n. 8.541/1992:

Art. 38. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988) as mesmas normas de pagamento estabelecidas por esta Lei para o Imposto de Renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

§ 1º A base de cálculo da contribuição social para as empresas que exercerem a opção a que se refere o art. 23 desta Lei será o valor correspondente a dez por cento da receita bruta mensal, acrescido dos demais resultados e ganhos de capital.

§ 2º A base de cálculo da contribuição social será convertida em quantidade de UFIR diária pelo valor desta no último dia do período-base.

§ 3º A contribuição será paga até o último dia útil do mês subsequente ao de apuração, reconvertida para cruzeiro com base na expressão monetária da UFIR diária vigente no dia anterior ao do pagamento.

Art. 39. A base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, apurada no encerramento do ano-calendário, pelas empresas referidas no art. 38, § 1º, desta Lei, será convertida em UFIR diária, tomando-se por base o valor desta no último dia do período.

§ 1º A contribuição social, determinada e recolhida na forma do art. 38 desta Lei, será reduzida da contribuição apurada no encerramento do ano-calendário.

§ 2º A diferença entre a contribuição devida, apurada na forma deste artigo, e a importância paga nos termos do art. 38, § 1º, desta Lei, será:

- a) paga em quota única, até a data fixada para entrega da declaração anual, quando positiva;
- b) compensada, corrigida monetariamente, com a contribuição mensal a ser paga nos meses subsequentes ao fixado para entrega da declaração anual, se negativa, assegurada a alternativa de restituição do montante pago a maior.

As referidas leis tão-somente modificaram a alíquota e a base de cálculo da exação e dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não tiveram o condão de estabelecer uma nova relação jurídico-tributária entre o Fisco e a executada, fora dos limites da coisa julgada. Por isso, está impedido o Fisco cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material.

Ressalto que, em face desse acórdão, diante da existência de precedente em sentido contrário, qual seja, AgRg no Ag n. 661.289-MG, Rel. Min. *José Delgado*,

Primeira Turma, DJ 10.10.2005, foram opostos embargos de divergência (EREsp n. 731.250-PE), aos quais a Primeira Seção negou provimento. A ementa foi assim redigida:

Tributário e Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. CSLL. Alcance dos efeitos da coisa julgada. Divergência pretoriana não-caracterizada. Inaplicabilidade da LC n. 70/1991. Trânsito em julgado da sentença que reconheceu a inexistência de relação jurídica da contribuinte com a Fazenda Nacional e a inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/1988. Natureza, pressupostos e condições da CSLL perpetuados nas Leis n. 7.856/1989 e n. 8.034/1990, a LC n. 70/1991 e as Leis n. 8.383/1991 e n. 8.541/1992. Razões de recurso que não elidem os fundamentos do acórdão recorrido. Embargos de divergência não-providos.

1. Trata-se de embargos de divergência propostos pela Fazenda Nacional sob o argumento de que, em se tratando de matéria tributária, a extensão da coisa julgada está limitada ao exercício específico objeto da ação. Nesse sentido, afirma a Fazenda Pública que o reconhecimento da inconstitucionalidade do prescrito na Lei n. 7.689/1988, concernente à CSLL, não repercute nos débitos originados da aplicação de legislação posterior, na hipótese, a LC n. 70/1991, uma vez que essa norma não foi objeto de trânsito em julgado.

2. Todavia, não se constata o apontado dissenso pretoriano, pelos motivos alinhados:

a) o acórdão embargado está fundado em precisa análise da natureza das leis que sucessivamente foram editadas, concluindo pela identidade das condições legitimadoras da exigência do tributo em referência, como se demonstra:

As referidas leis tão-somente modificaram a alíquota e a base de cálculo da exação e dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não tiveram o condão de estabelecer uma nova relação jurídico-tributária entre o Fisco e a executada, fora dos limites da coisa julgada. Por isso, está impedido o Fisco cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material.

b) também o acórdão proferido em apelação, confirmado pelo julgado ora embargado, consignou com expressa clareza a essência da fundamentação adotada (fl. 62):

A meu ver, trata-se da mesma contribuição que foi julgada inconstitucional pela decisão deste Tribunal. Então, dessa maneira, entendo que somente com ação rescisória, se tivesse sido proposta a ação rescisória para desconstituir, em parte, o acórdão, para limitar aquele exercício de 1989 é que se poderia entender inaplicável o acórdão às situações posteriores.

c) nesse contexto, o não pagamento da CSLL não se consubstancia em ilegalidade, porquanto autorizado pela coisa julgada;

d) o acórdão paradigma (AgRg no Ag n. 661.289-MG, DJ 1010.2005, de minha relatoria), embora tenha examinado tema semelhante, está fundado na jurisprudência então existente (2005), havendo inclusive aplicado a Súmula n. 83 deste Superior Tribunal de Justiça, ao litígio.

3. Destarte, no caso em apreciação, como antes demonstrado, o acórdão embargado está amparado em fundamento diverso, no sentido de que, para além da mera alteração de expressões nas diferentes legislações que regularam a CSLL, ou mesmo das alíquotas praticadas, não houve real mutação dos critérios, pressupostos e condições que já havia sido objeto de expressa declaração de inconstitucionalidade.

4. Embargos de divergência conhecidos e não-providos. (Rel. Min. *José Delgado*, Primeira Seção, DJe 16.06.2008).

Consignou o eminente Ministro *José Delgado*, embora tenha conhecido dos embargos de divergência, que o dissenso pretoriano não remanescera caracterizado. Assentou, ainda, que os sólidos fundamentos do acórdão então embargado não se mostraram elididos, consoante atesta o seguinte excerto do seu voto:

No entanto, no caso em apreciação, como antes demonstrado, o acórdão embargado está amparado em fundamento diverso, no sentido de que, para além da mera alteração de expressões nas diferentes legislações que regularam a CSLL, ou mesmo das alíquotas praticadas, não houve real mutação dos critérios, pressupostos e condições que já havia sido objeto de expressa declaração de inconstitucionalidade.

Os argumentos de recurso, por seu turno, limitam-se a afirmar a incidência da Súmula n. 239 do STF (Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores), razões que não se evidenciam suficientes para caracterizar o apontado dissenso pretoriano, tampouco a elidir os sólidos fundamentos do aresto embargado.

Independentemente do alcance do voto condutor do acórdão proferido nos embargos de divergência acima referido, o entendimento consagrado no acórdão ali embargado, que é o mesmo apontado como paradigma no presente recurso especial, deve, igualmente, prevalecer no caso em exame.

Ademais, a Primeira Seção, em pronunciamento mais recente, Relator o eminente Ministro *Hamilton Carvalhido*, reafirmou o posicionamento de ofensa à coisa julgada na hipótese, consoante atesta a seguinte ementa:

Agravo regimental em embargos de divergência. Tributário. Direito Processual Civil. CSLL. Inconstitucionalidade material. Legislação superveniente que não cria nova relação jurídico-tributária. Alcance da coisa julgada.

1. Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o Enunciado n. 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”

2. A lei posterior que se limita a modificar as alíquotas e a base de cálculo de tributo declarado inconstitucional viola a coisa julgada.

3. Precedente (REsp n. 731.250-PE, Relator Ministro José Delgado, *in* DJe 16.06.2008).

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg nos EREsp n. 885.763-GO, Rel. Min. *Hamilton Carvalhido*, Primeira Seção, DJ 24.02.2010).

O acórdão do Tribunal de origem, ora recorrido, proferido em apelação nos embargos à execução fiscal, concluiu pela exigência da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL com base, ainda, na Lei n. 8.212/1991, que dispõe:

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22, são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n. 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22, do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores;

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei n. 8.034, de 12 de abril de 1990.

§ 1º No caso das instituições citadas no § 1º do art. 22 desta Lei, a alíquota da contribuição prevista no inciso II é de 15% (quinze por cento).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às pessoas de que trata o art. 25.

Segundo o acórdão recorrido, o inciso II do art. 23 da Lei n. 8.212/1991 teria estabelecido nova disciplina para a CSLL. Ocorre que referido preceito, ao prever a alíquota aplicável, refere-se ao art. 2º da Lei n. 8.034/1990, que cuida dos ajustes da sua base de cálculo, o qual, por sua vez, foi concebido com fundamento na Lei n. 7.689/1988, consoante se verifica no trecho do voto da eminente Ministra *Eliana Calmon*, acima transcrito.

Logo, o preceito em referência não destoia do sentido e do alcance dos demais diplomas legais supervenientes que tratam da CSLL. Quer dizer, ao cuidar da alíquota aplicável, não alterou, em substância, a regra padrão de incidência da contribuição. Daí a sua inaptidão para comprometer a coisa julgada.

Com efeito, a relação de direito material albergada pela decisão judicial transitada em julgado teve origem com a contestada Lei n. 7.689/1988, declarada inconstitucional incidentalmente (RE n. 146.733), que instituiu a CSLL.

Diante do fato de que o diploma legal em tela não foi revogado, mas tão somente alteradas, ao longo dos anos, alíquota e base de cálculo da CSLL, principalmente no tocante ao indexador monetário, permanecendo incólume a regra padrão de incidência, não há como deixar de reconhecer a ofensa à coisa julgada e, em consequência, aos arts. 467 e 471, *caput*, do CPC, pelo acórdão que permite a cobrança da referida contribuição.

Se o preceito de lei declarado inconstitucional por decisão judicial transitada em julgado, que instituiu o tributo, trazendo a regra-matriz de incidência, continua em vigor e a ele fazem referência os diplomas legais supervenientes que o disciplinam, não há como permitir, por esse motivo, a cobrança da exação no tocante a períodos posteriores.

De fato, a Súmula n. 239-STF fixou, *porém nos idos de 1963*, quando editada: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Sua aplicação, todavia, não deve ser linear, sob pena de maltrato às garantias que emergem diretamente da Constituição Federal, sobressaindo-se a coisa julgada, a segurança jurídica, sobretudo quando o substrato normativo sucedido no curso dos exercícios fiscais não se alterou, crescendo-se que a ação utilizada foi a declaratória, cujo desiderato é, precisamente, alcançar a certeza ou não, da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, tal como ocorreu.

Aliás, em seu “Direito Sumular” (São Paulo: 11ª ed., p. 103), o Prof. Roberto Rosas, com espreque em precedentes do STF, anota que a tendência na aplicação de tal verbete é restritiva, o que se revela, *data venia*, consentâneo com as franquias constitucionais hodiernas no plano da tributação, visando, inclusive, infundir, entre os sujeitos ativo e passivo, um ambiente de segurança, certeza, evitando surpresas impositivas, que em nada contribuem para aperfeiçoar o nosso arcabouço jurídico-tributário, se prestando, ao contrário e na essência, para *instabilizar* a relação contribuinte/Fisco, gerando um clima desfavorável ao desenvolvimento tranquilo da própria economia nacional.

Ocioso lembrar que o inciso I do art. 471 do CPC constitui exceção à regra básica, inscrita no *caput* e, assim, só deve ser aplicado, com legitimidade, em circunstância de fato que justifique afastar a eficácia da coisa julgada, esta sim, merecedora, em princípio, do maior prestígio possível, tendo em vista o seu *desideratum*, que é, em última análise, a pacificação social com base na segurança jurídica que dela resulta.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*. *Julgo procedente* o pedido formulado nos embargos à execução fiscal para anular a CDA n. 60.696.004.749-09. Condeno a Fazenda Nacional ao pagamento das custas e despesas processuais antecipadas pela recorrente, assim como ao pagamento da verba honorária, a qual fixo no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa atualizado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.133.027-SP (2009/0153316-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Relator para o acórdão: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Município de São Paulo

Procurador: Janaína Rueda Leister e outro(s)

Recorrido: Martins e Salvia Advogados

Advogado: Marcia de Lourenco Alves de Lima e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Auto de infração lavrado com base em declaração emitida com erro de fato noticiado ao fisco e não corrigido. Vício que macula a posterior confissão de débitos para efeito de parcelamento. Possibilidade de revisão judicial.

1. A Administração Tributária tem o poder/dever de revisar de ofício o lançamento quando se comprove erro de fato quanto a

qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (art. 145, III, c.c. art. 149, IV, do CTN).

2. A este poder/dever corresponde o direito do contribuinte de retificar e ver retificada pelo Fisco a informação fornecida com erro de fato, quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido.

3. Caso em que a Administração Tributária Municipal, ao invés de corrigir o erro de ofício, ou a pedido do administrado, como era o seu dever, optou pela lavratura de cinco autos de infração eivados de nulidade, o que forçou o contribuinte a confessar o débito e pedir parcelamento diante da necessidade premente de obtenção de certidão negativa.

4. Situação em que o vício contido nos autos de infração (erro de fato) foi transportado para a confissão de débitos feita por ocasião do pedido de parcelamento, ocasionando a invalidade da confissão.

5. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, *como na situação presente, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude)*. Precedentes: REsp n. 927.097-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 08.05.2007; REsp n. 948.094-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.09.2007; REsp n. 947.233-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.06.2009; REsp n. 1.074.186-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.11.2009; REsp n. 1.065.940-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008.

6. Divirjo do relator para negar provimento ao recurso especial. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“Prosseguindo no julgamento, preliminarmente, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin e Benedito Gonçalves, conheceu do recurso especial. No mérito, também por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.”

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 16.03.2011

RELATÓRIO (VOTO VENCIDO)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de São Paulo, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TJ-SP, assim ementado:

Apelação. Ação declaratória c.c. repetição de indébito.

1) Sociedade de advogados - Inclusão dos estagiários no RAIS - Auto de infração lavrado por recolhimento a menor do ISS - Os estagiários não são habilitados ao exercício pleno da atividade profissional e nem assumem responsabilidade pessoal, não podendo, por isso, ser incluídos na base de cálculo para pagamento do tributo - Inteligência do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968.

2) Entretanto, a Municipalidade não pode ser responsabilizada pela lavratura do auto de infração, lastreada nas informações prestadas pela própria autora, que confessou o débito e efetivou acordo para parcelamento. Afastada a condenação da ré ao pagamento dos honorários advocatícios -

Recursos parcialmente providos.

Noticiam os autos que *Martins e Salvia Advogados* ajuizaram ação declaratória cumulada com repetição de indébito, insurgindo-se contra os autos de infração lavrados por recolhimento a menor do ISS, ao argumento de que o tributo foi calculado com base nas informações por ele fornecidas na RAIS, que entretanto, incluiu erroneamente os estagiários no seu quadro de funcionários. Afirmou que, para participar de processo licitatório, requereu o parcelamento dos valores constantes dos autos de infração que pretende ver anulados, porquanto a base de cálculo do ISS não pode incluir os estagiários, que são profissionais não habilitados. Pleiteou a devolução dos valores já pagos.

Sobreveio sentença, julgando procedente a ação para anular os autos de infração, com a conseqüente devolução dos valores indevidamente recolhidos.

O Tribunal Estadual, nos termos da ementa retrotranscrita, deu parcial provimento ao recurso da parte, por entender que indevido o pagamento de ISS em razão de estagiários que se ativam no escritório, porquanto não habilitados ao exercício pleno da atividade profissional, insuscetíveis, portanto, de integrar a base de cálculo da exação; e parcial provimento ao apelo do Município, que, por ter lavrado auto de infração com base nas informações prestadas pela própria empresa recorrida na RAIS, não poderia arcar com o pagamento dos honorários.

Nas razões recursais, alegou-se violação do art. 9º, § 3º, do DL n. 406/1968, porquanto o próprio recorrido admite ter em seu quadro social mais de uma pessoa para o exercício da profissão, e que, segundo a legislação vigente, “os profissionais, pessoas físicas e diretamente vinculadas a uma Sociedade de Profissionais, quer estejam na condição de sócios, empregados ou não, devem possuir habilitações comuns ao exercício profissional da única atividade a estar prevista no estatuto social do contribuinte.” Ademais, o contribuinte assumiu inteira responsabilidade pelas informações e declarações que prestou ao Fisco para seu enquadramento. Por isso que, ao apresentar a sua relação anual de informações sociais (RAIS), com o número total superior a 15 profissionais habilitados, não deixou ao Fisco Municipal qualquer outra alternativa senão autua-la, razão pela qual o inadimplemento do acordo de parcelamento confessado, a dívida permanece, não sendo a presente ação meio idôneo para afastar a exigibilidade do crédito tributário. Há que se ressaltar que houve confissão irrevogável e irretroatável o de débito, renunciando a qualquer impugnação quanto ao mérito das infrações.

Foram apresentadas contra-razões, asseverando a incidência da Súmula n. 7 do STJ e, no mérito, que a argumentação de erro no preenchimento da RAIS

restou devidamente comprovada nos autos, tendo confessado o débito apenas com o fim de obter a expedição de certidão de regularidade fiscal.

O recurso restou admitido na instância originária, tendo sido submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC.

Parecer do MPF às fls. 333-338, opinando pelo provimento do recurso especial, nos seguintes termos:

Tributário. Ação declaratória c.c. repetição de indébito. Errônea inclusão de estagiários na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS). ISS calculado sobre estagiários. Confissão de dívida para obter parcelamento de débito. Revisão judicial. Impossibilidade. Matéria fática.

1. O exame da incidência de ISS calculado sobre o número de profissionais, entre eles estagiários erroneamente declarados pelo contribuinte como advogados é matéria fática, que não pode ser fundamento para revisão judicial de confissão de dívida feita com o objetivo de parcelamento de débitos tributários.

2. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Precedentes.

3. *Não é possível a revisão judicial da confissão de dívida, efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários, quando o fundamento do reexame judicial for relativo à situação fática sobre a qual incide a norma tributária.*

5. Parecer pela aplicação do preceito aos casos repetitivos e pelo provimento do presente recurso especial.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Processo Civil e Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Parcelamento. ISS. Base de cálculo do tributo. Equívoco da empresa ao preencher a RAIS. Matéria de fato. Irretratabilidade da confissão de dívida. Controle jurisdicional. Impossibilidade.

1. *A confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente se admite a sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico. (Precedentes: REsp n. 947.233-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux,*

Primeira Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 10.08.2009; *REsp n. 1.074.186-RS*, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 09.12.2009; *REsp n. 948.094-PE*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.09.2007, DJ 04.10.2007; *REsp n. 1.065.940-SP*, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 06.10.2008).

2. Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da impositividade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas *ex lege*.

3. *In casu*, a sociedade recorrida, objetivando a expedição de certidão de regularidade fiscal, celebrou acordo de parcelamento, confessando tributo supostamente maior que o efetivamente devido, em decorrência de alegado equívoco da própria contribuinte, no enquadramento de estagiários como indivíduos habilitados ao exercício da atividade profissional, o que acarretou a majoração da base de cálculo do ISS.

4. Destarte, o pleito de revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento matéria eminentemente fática, inapta a conjurar a novação eclipsada no parcelamento, até mesmo por preclusão lógica.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso, porquanto prequestionada a matéria federal suscitada.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de impugnação judicial de acordo de parcelamento, em virtude da não-correspondência, do débito tributário parcelado com o tributo efetivamente devido, uma vez que os estagiários foram erroneamente incluídos no quadro de funcionários da recorrida, gerando majoração do ISS.

Com efeito, a *confissão de dívida* pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo *força vinculante* em relação à *situação de fato* sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente admite-se sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da impositividade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas *ex lege*.

A questão foi objeto de análise pelo e. Ministro Teori Zavascki, quando do julgamento do REsp n. 927.097-RS, DJ 31.05.2007, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535, II e ao art. 458, II, do CPC não configurada. Confissão de dívida. Revisão judicial. Limites. Violação ao art. 267, VI, do CPC. Não ocorrência.

1. Não viola os artigos 535 e 458, II do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF.

3. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Todavia, no que se refere à matéria de fato, a confissão do contribuinte somente pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

4. Não viola o art. 267, VI, do CPC o acórdão que extingue o processo com julgamento do mérito, pela improcedência do pedido.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

Pela percuciência dos seus fundamentos, traslada-se excerto do voto condutor, *in verbis*:

(...)

Signale-se que a obrigação em causa é de natureza tributária, e não civil, regida por normas próprias, que contemplam inclusive a possibilidade de disposição de vontade por parte do contribuinte, transacionando e renunciando, normas essas cuja constitucionalidade não está em questão. O que o acórdão recorrido afirmou é que a higidez do ato do contribuinte somente pode ser afetada por “vícios que maculam os atos jurídicos em geral”, não havendo, nesse ponto, qualquer contradição aos dispositivos antes mencionados. No particular, incide, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Não se está com isso afirmando a absoluta inviabilidade de questionar as dívidas tributárias objeto de confissão ou de parcelamento. *Conforme anotou Leandro Paulsen, com base em significativa resenha jurisprudencial e doutrinária, “a confissão não inibe o questionamento da relação jurídico-tributária”. Todavia, “isso não significa que a confissão seja desprovida de valor. Terá valor, sim, mas quanto aos fatos, que não poderão ser infirmados por simples reconsideração do contribuinte, mas apenas se demonstrado vício de vontade. A irrevogabilidade e a irretroatividade terá apenas essa dimensão. Assim, e.g., se confessada dívida relativamente a contribuição sobre o faturamento, será irrevogável e irretroativa no que diz respeito ao fato de que houve, efetivamente, o faturamento no montante consignado; entretanto, se a multa era ou não devida, se a legislação era ou não válida, são questões que poderão ser discutidas”* (PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, Livraria do Advogado, 9ª ed. p. 608). Realmente, considerando a natureza institucional (e não contratual) da obrigação tributária, não se pode certamente admitir a hipótese de sua criação por simples ato de vontade das partes. *A legitimidade das fontes normativas que disciplinam a sua instituição é, por isso mesmo, passível de controle pelo Poder Judiciário. Todavia, no que se refere às circunstâncias fáticas sobre as quais incidem as normas tributárias, essas certamente são colhidas pela força vinculante da confissão de dívida e da cláusula de irretroatividade.* Não fosse assim, não teriam eficácia alguma as inúmeras disposições da legislação tributária, freqüentes na esfera federal, estadual e municipal, prevendo essa espécie de confissão como condição indispensável para que o contribuinte possa usufruir de moratória ou de outros benefícios de natureza fiscal. No caso, ao afirmar a impossibilidade de revisão da dívida confessada, o acórdão não desbordou desses limites. Conforme se percebe das razões recursais, a causa de pedir a revisão do parcelamento não é a validade ou a invalidade da norma de incidência, mas sim a alegada não-configuração do fato gerador do tributo (fls. 05-06), matéria que está coberta pela cláusula da irretroatividade.

In casu, a sociedade recorrida, objetivando a expedição de certidão de regularidade fiscal, celebrou acordo de parcelamento, confessando tributo supostamente maior que o efetivamente devido, em decorrência de alegado equívoco da própria contribuinte, no enquadramento de estagiários como indivíduos habilitados ao exercício da atividade profissional, o que acarretou a majoração da base de cálculo do ISS.

Destarte, o pleito de revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento matéria eminentemente fática, inapta a conjurar a novação eclipsada no parcelamento, até mesmo por preclusão lógica.

À guisa de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Tributário. Confissão de dívida. Parcelamento. Controle jurisdicional. Inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo. Possibilidade. IPTU progressivo, TIP, TCLLP. Repetição do indébito. Prescrição quinquenal. Art. 168, I, do CTN. Extinção do crédito tributário. Honorários advocatícios. Fazenda Pública vencida. Fixação. Observação aos limites do § 3º do art. 20 do CPC. Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Súmula n. 7-STJ.

1. A confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente admite-se sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.

(Precedentes: REsp n. 927.097-RS, DJ 31.05.2007; REsp n. 948.094-PE, DJ 04.10.2007; REsp n. 1.065.940-SP, DJe 06.10.2008) 2. Ao revés, é possível o questionamento judicial no tocante à relação jurídico-tributária, como, por exemplo, a legitimidade da norma instituidora do tributo. Isso porque a obrigação tributária exsurge da impositividade da norma jurídico-tributária, vale dizer, não tem natureza contratual, mas *ex lege*.

3. *In casu*, o pleito de revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento a ilegitimidade das normas instituidoras dos tributos (IPTU progressivo, TIP e TCLLP), ressoando inequívoca a sua possibilidade. (Precedentes: REsp n. 927.097-RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, DJ 31.05.2007; REsp n. 948.094-PE, Rel. Ministro Teori Zavascki, 1ª Turma, DJ 04.10.2007; REsp n. 1.065.940-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 06.10.2008).

(...)

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp n. 947.233-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 10.08.2009).

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Contribuição de melhoria. Parcelamento do débito tributário. Confissão de dívida que não impede a discussão judicial acerca da legalidade da exação.

1. Trata-se de hipótese em que o contribuinte pretende a revisão do parcelamento com fundamento na ilegitimidade do processo de instituição do tributo, por não estar em conformidade com a legislação que rege a matéria.

2. A Primeira Turma-STJ, ao apreciar o REsp n. 927.097-RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.05.2007), firmou o entendimento de que “a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos”.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.074.186-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 09.12.2009).

Tributário. Confissão de dívida. Parcelamento. Revisão judicial. Possibilidade. Limites.

1. Considerando a natureza institucional (e não contratual) da obrigação tributária - insuscetível, por isso mesmo, de criação por simples ato de vontade -, é cabível o controle da legitimidade das fontes normativas que disciplinam a sua instituição, mesmo quando há confissão de dívida. O que fica colhido pela força vinculante da confissão e da cláusula de irretratabilidade são as circunstâncias fáticas sobre as quais incidem as normas tributárias.

2. No caso, a revisão judicial da confissão da dívida tem por fundamento a ilegitimidade da norma que instituiu o tributo, e nesses limites é viável o controle jurisdicional.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 948.094-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.09.2007, DJ 04.10.2007 p. 207).

Infração tributária. Parcelamento. Embargos de declaração. Súmula n. 284-STF. Fundamentação. Multa. Súmula n. 211-STJ. Inadimplemento da dívida. Execução fiscal. Embargos. Discussão sobre o fato gerador e montante do débito originário. Inadmissibilidade.

I - Incide o Enunciado da Súmula n. 284-STF, por analogia, quanto à alegação de vício na rejeição dos embargos declaratórios, pois não se indicou qual dispositivo de lei federal teria sido ofendido.

II - Quanto aos temas veiculados pelos artigos 458, II, do CPC e 9º, I, do CTN, tem-se aplicável a Súmula n. 211-STJ, pois referidas questões não foram debatidas pelo Tribunal *a quo*, mesmo após a oposição dos embargos declaratórios.

III - O parcelamento do débito tributário envolve transação do contribuinte com o fisco e licitamente impede a discussão judicial acerca do fato gerador ou do montante da dívida originária.

IV - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp n. 1.065.940-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 06.10.2008).

Ex positis, dou 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, com fins de 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 o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Ata-se de recurso especial movido pelo Município de São Paulo, com fulcro no permissivo da alínea **a**, do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que restou assim ementado (e-STJ fl. 353):

Apelação. Ação declaratória c.c. repetição de indébito.

1. Sociedade de advogados - Inclusão dos estagiários no RAIS - Auto de infração lavrado por recolhimento a menor do ISS - Os estagiários não são habilitados ao exercício pleno da atividade profissional e nem assumem responsabilidade pessoal, não podendo, por isso, ser incluídos na base de cálculo para pagamento do tributo - inteligência do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968.

2. Entretanto, a Municipalidade não pode ser responsabilizada pela lavratura do auto de infração, lastreada nas informações prestadas pela própria autora, que confessou o débito e efetivou acordo para parcelamento. Afastada a condenação da ré ao pagamento dos honorários advocatícios - Recursos parcialmente providos.

O acórdão reconheceu a possibilidade da exclusão dos estagiários da base de cálculo para pagamento do Imposto Sobre Serviços - ISS, anulando os autos de infração lavrados com base na discrepância existente entre os pagamentos efetuados e os dados constantes da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS, onde tais estagiários estavam erroneamente enumerados como advogados, muito embora posteriormente tenha havido a confissão e o parcelamento do débito (e-STJ fls. 346-356).

Nas razões do recurso especial, alega a municipalidade que houve negativa de vigência ao art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968. Afirma que o ISS deve ser calculado em relação a cada profissional habilitado, independentemente do vínculo que assuma com a sociedade, que o enquadramento na lista de serviços é efetuado com base nas informações e documentos apresentados pelo contribuinte, de modo que, constatada qualquer discrepância em relação às informações fornecidas, o Fisco tem o dever/poder de efetuar os lançamentos e autuações cabíveis. Informa que os autos de infração em questão foram lavrados

segundo valores declarados através da Confissão de Débito n. 386/01 e que ao formular o Pedido de Parcelamento n. 9.819 a sociedade renunciou a qualquer impugnação quanto ao mérito das infrações (e-STJ fls. 346-356).

O recurso não foi admitido na origem, tendo subido a esta Corte via agravo de instrumento (e-STJ fls. 391-392 e 403).

Às e-STJ fls. 328 consta decisão do Relator Min. Luiz Fux submetendo o recurso ao rito previsto no art. 543-C, do CPC, e Resolução STN n. 8/200 (recurso representativo da controvérsia), sob o tema “impossibilidade de revisão judicial da confissão de dívida, efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários, quando o fundamento desse reexame é relativo à situação fática sobre a qual incide a norma tributária”.

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 333-338).

Na sessão do dia 22.09.2010, o Relator Min. Luiz Fux proferiu voto no sentido do provimento ao recurso especial ao argumento de que a confissão de dívida pelo contribuinte é condição imprescindível para fins de obtenção do parcelamento de débitos tributários, tendo força vinculante em relação à situação de fato sobre a qual incide a norma tributária, por isso que somente se admite a sua invalidação quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico. Citou os seguintes precedentes firmados no âmbito da Primeira Turma: REsp n. 947.233-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 10.08.2009; REsp n. 1.074.186-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 09.12.2009; REsp n. 948.094-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.09.2007, DJ 04.10.2007; REsp n. 1.065.940-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 06.10.2008.

Impressionado pela possibilidade de perpetrar-se situação onde o tributo é exigido comprovadamente para além de seu fato gerador e pela ausência de precedentes oriundos da Segunda Turma, pedi vista para examinar detidamente os autos.

A situação fática pertinente ao caso concreto vem bem narrada na petição inicial, que a este respeito foi referendada pela sentença e pelo acórdão recorrido (e-STJ fls. 03-04):

02. Para a consecução regular de suas atividades junto à Municipalidade de São Paulo, a autora recolhe o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza -

ISSQN, tomando como base de cálculo o número de sócios habilitados, ou seja, o número de advogados do contrato social, nos termos da Lei n. 5.172, 25.10.1966.

03. Tendo em vista a necessidade de atender solicitação para participação em uma licitação, *no dia 23 de agosto de 2001* a autora requereu Certidão Negativa de Débito do ISSQN junto a Prefeitura Municipal de São Paulo.

04. Para a expedição da Certidão, a Municipalidade solicitou apresentação dos comprovantes de recolhimentos do Imposto Sobre Serviço dos anos base 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, bem como a Relação Anual de Informações Sociais - RAIS dos respectivos períodos.

05. Ao apresentar os referidos documentos para efeito de expedição da certidão, a autora foi informada que o imposto havia sido recolhido a menor, pois na RAIS constavam registros de advogados que não haviam sido incluídos na base de cálculo do imposto. *Somente naquela oportunidade a Autora percebeu que os estagiários de seu quadro de empregados haviam sido registrados erroneamente na RAIS* (Relação Anual de Informações Sociais) sob o código de advogados, constando CBO (Classificação Brasileira de Códigos) de advogado, quando na verdade os funcionários eram estagiários e não advogados.

06. Em função desta pretensa inconformidade, mesmo tendo a autora argumentado e demonstrado o erro cometido no preenchimento da RAIS, constando estagiários sob o código CBO de advogados, foram lavrados os Autos de Infração e Intimação n. 62.482.360, n. 62.482.343, n. 62.482.300, n. 62.482.254, n. 62.482.394, pela Secretaria das Finanças do Município de São Paulo, por entender o Inspetor Fiscal que a autora recolheu o ISSQN, referente respectivamente aos exercícios do ano de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, a menor que o devido para o Município de São Paulo.

[...]

08. Tendo em vista a urgência da autora em retirar a Certidão Negativa de Débito e perante à *(sic) negativa da Municipalidade em considerar o erro cadastral cometido, mediante apresentação de documentos*, a autora viu-se compelida a requerer o parcelamento dos valores dos autos de infração, para assim conseguir a expedição da Certidão e não ser inscrita em dívida ativa municipal.

[...]

15. [...] O Departamento Administrativo da sociedade, não encontrando o CBO correspondente a estagiário, erroneamente achou por bem cadastrá-los como advogados, não imaginando que esse procedimento pudesse causar tal constrangimento frente à Municipalidade.

A sentença, que adequadamente examinou o conjunto probatório dos autos, assim externou (e-STJ fl. 302):

De fato, as fichas de inscrição dos empregados acostadas aos autos dão conta de que *todos os empregados de que a sociedade dispunha era de estagiários*.

Não foi feita prova nos Autos de que houvessem empregados advogados, aptos a exercerem atos pelos quais assumissem responsabilidade da sociedade perante terceiros.

[...]

Sendo assim, ficam anulados os Autos de Infração n. 62.482.360 relativo ao exercício de 1996; n. 62.482.343 relativo ao exercício de 1997; n. 62.482.300 relativo ao exercício de 1998; n. 62.482.354 relativo ao exercício de 1999; n. 62.482.384 relativo ao exercício de 2000. [...]

O acórdão cuja ementa já foi transcrita, proferido em sede de apelação e remessa necessária, confirmou os pressupostos fáticos da sentença e a modificou apenas para excluir a condenação da Municipalidade ao pagamento dos honorários advocatícios, pois os autos de infração estavam calcados em informações prestadas pela própria sociedade (e-STJ fls. 346-356).

Ora, não é segredo que a concessão de parcelamento com confissão de dívida constitui para todos os efeitos o crédito tributário, equivalendo às declarações tributárias contidas em GFIP, GIA, DCTF e instrumentos congêneres (*v.g.* REsp n. 1.187.995-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 08.06.2010). No entanto, mesmo o crédito tributário constituído por qualquer documento de confissão de dívida ou lançamento por parte da Administração tributária, pode ser revisto por força do art. 145, do CTN, a saber:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - *impugnação do sujeito passivo*;

II - *recurso de ofício*;

III - *iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149*.

A lição do inciso art. 145, I, do Código Tributário Nacional é a de que o lançamento regularmente notificado, que já goza de definitividade, pode ser alterado em virtude de impugnação administrativa *ou judicial* por parte do sujeito passivo, pois não goza ainda de imutabilidade.

Já a lição do inciso III, do mesmo artigo, é a de que o lançamento *pode/deve ser alterado de ofício por parte do Fisco*, quando presentes as hipóteses de lançamento de ofício (art. 149, do CTN), *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, **erro** ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Do quadro legislativo apresentado temos que a Administração Tributária tem o poder/dever de revisar de ofício o lançamento quando se comprove **erro** quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória (art. 145, III, c.c. art. 149, IV, do CTN). É a chamada revisão por erro de fato.

Trata-se de uma imposição legal, de um ato vinculado, de um poder/dever, de modo que a revisão deve ser feita também nos casos em que dela resultar efeitos benéficos para o administrado, com a redução do tributo devido. Isto é, *o contribuinte tem o direito de retificar e ver retificada pelo Fisco a informação fornecida com erro de fato, quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido.*

No âmbito *Federal* esse direito restou consagrado no art. 18 da Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001, que criou a declaração retificadora, e pelo *Parecer PGFN-CDA n. 1.194/2004*, *Parecer Cosit n. 38*, de 12 de setembro de 2003, e *Solução de Consulta n. 146*, de 28 de novembro de 2006, que inclusive reconheceram a inexistência de prazo para que a autoridade administrativa reveja de ofício o lançamento ou retifique de ofício a declaração do sujeito passivo a fim de eximi-lo total ou parcialmente de crédito tributário não extinto. Transcrevo, para exemplo, as ementas:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ementa: *Revisão de ofício de lançamento. Retificação de ofício de declaração. Dispensa total ou parcial de crédito tributário não extinto. Inexistência de prazo.*

Inexiste prazo para que a autoridade administrativa reveja de ofício o lançamento ou retifique de ofício a declaração do sujeito passivo a fim de eximi-lo total ou parcialmente de crédito tributário não extinto (*Parecer Cosit n. 38*, de 12 de setembro de 2003).

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ementa: *Revisão de débito inscrito em dívida ativa.* Em obediência ao princípio da verdade material, cabe a retificação de débitos inscritos em Dívida Ativa da União quando o sujeito passivo apresentar prova inequívoca de ocorrência de erro, nos termos do art. 147 do CTN. Inexiste prazo para que a autoridade administrativa reveja de ofício o lançamento ou retifique de ofício a declaração do sujeito passivo a fim de eximi-lo total ou parcialmente do crédito tributário não extinto (*Solução de Consulta n. 146*, de 28 de novembro de 2006).

Pois bem, no caso concreto a Administração Tributária *Municipal*, ao invés de corrigir o erro de ofício, ou a pedido do administrado, como era o seu dever, optou absurdamente pela lavratura de cinco autos de infração eivados de nulidade.

Por força da existência desses autos de infração e pela necessidade premente de obtenção de certidão negativa, o contribuinte se viu forçado a pedir o parcelamento do débito, o que somente poderia ser feito mediante confissão, imaginando com isso obter de imediato a certidão positiva com efeitos de negativa de débitos para, posteriormente, impugnar os vícios constantes dos créditos tributários que se viu forçado a assumir.

Sendo assim, já que a razão de ser da confissão foi a própria existência dos autos de infração lavrados com nulidade, isto é, se não houvesse os autos de infração a confissão inexistiria, entendendo que *o vício contido nos autos de infração (erro de fato) foi transportado para a confissão de débitos feita por ocasião do*

pedido de parcelamento. Esse vício, data vênua aos que pensam de modo diverso, é defeito causador da nulidade do ato jurídico.

Nem se diga que a posterior confissão por parte do contribuinte teria convalidado os autos de infração lavrados ou constituído novamente o crédito tributário sem vício algum. Efetivamente, *a confissão de dívida para fins de parcelamento não tem efeitos absolutos, não podendo reavivar crédito tributário já extinto ou fazer nascer crédito tributário de forma discrepante de seu fato gerador, a ver:*

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Prescrição. Ocorrência. Honorários. Equidade.

1. Nos termos do art. 174, parágrafo único, do CTN, a prescrição interrompe-se por qualquer ato, judicial ou extrajudicial, que constitua em mora o devedor, como exemplo, *o preenchimento de termo de confissão de dívida para fins de parcelamento do débito*; entretanto, o parcelamento do débito acordado após o decurso do prazo prescricional ***não tem o condão de restabelecer o direito de o Fisco exigir o crédito extinto pela prescrição.***

2. Quanto à fixação da verba honorária, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que aplica-se à Fazenda Pública, quando vencida, o disposto no § 4º do art. 20 do CPC. Não está o magistrado adstrito a adotar os limites percentuais de 10% a 20%, devendo levar em consideração o caso concreto, em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, do CPC.

3. Não representa valor exorbitante a fixação da verba honorária em 5% do valor da causa, pois observa os parâmetros de equidade.

Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.183.329-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 22.06.2010).

Processual Civil. Execução fiscal. Embargos do devedor. Irregularidade da CDA. Ocorrência. Responsabilidade solidária de sócios, diretores e/ou gerentes. Inexistência. Precedentes.

1. ***É ilíquida a CDA erigida em função de saldo de débito fiscal confessado pelo contribuinte, cujo parcelamento não foi totalmente adimplido, mas no qual se insere a cobrança de contribuição declarada inconstitucional.***

2. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a responsabilidade substitutiva, prevista no art. 135, III, do CTN, para sócios, diretores ou gerentes só ocorre quando comprovada a prática de ato ou fato com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou estatuto, ou, ainda, se houver dissolução irregular da sociedade.

3. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 258.565-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 20.08.2002).

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Imposto de Renda. Benefícios recebidos de entidade de previdência privada. Lei n. 7.713/1988. Isenção. Violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente: Súmula n. 284-STF. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Dissídio não configurado. Parcelamento. Confissão de dívida. Discussão judicial do débito.

1. Incide a Súmula n. 284-STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

2. Aplica-se o Enunciado da Súmula n. 211-STJ quanto, a despeito da oposição de embargos declaratórios, o Tribunal de origem não se manifesta especificamente sobre as teses trazidas no especial.

3. Não se configura o dissídio quando a recorrente não demonstra, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicados nos acórdãos confrontados - requisitos do art. 255 do RISTJ e do art. 541 do CPC.

4. *Hipótese em que houve confissão de dívida e acordo de dois parcelamentos subsequentes não honrados pelo contribuinte. Nessas circunstâncias, não é possível impedir a discussão judicial do que lhe está sendo cobrado pelo Fisco em execução fiscal. Além disso, trata-se de obrigação decorrente de lei, **não se podendo conceber a cobrança acima do devido, mesmo que haja uma confissão de dívida.***

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido (REsp n. 852.040-CE, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º.04.2008).

A melhor doutrina não destoia do posicionamento que ora adoto, admitindo que o erro de fato é vício apto a ensejar a invalidade da confissão, porque não pode criar obrigação tributária para além do fato gerador efetivamente ocorrido. Cito, para exemplo, os dizeres de Hugo de Brito Machado (*in*, “*Confissão Irretratável de Dívida Tributários nos Pedidos de Parcelamento*”. RDDT n. 145, out/2007, p. 47):

[...] a confissão pertine ao fato, enquanto situado no mundo dos fatos, sem qualquer preocupação, daquele que faz a confissão, com o significado jurídico do fato confessado, vale dizer, com o efeito da incidência da regra jurídica. Daí por que **a confissão pode ser revogada se houve erro de fato**, isto é, erro quanto a fato confessado, mas não por ter havido erro de direito [...].

[...]

[...] podem ser extraídas as seguintes conclusões: (a) se o fato confessado não corresponde à hipótese de incidência tributária, e, portanto, mesmo efetivamente existente, não é capaz de gerar a obrigação tributária, a confissão é absolutamente irrelevante; (b) se o fato confessado é, em princípio, capaz de gerar

a obrigação tributária, porque corresponde à hipótese de incidência do tributo, o efeito da confissão é o de comprovar tal fato; (c) *havendo erro quanto ao fato confessado, e comprovado inequivocamente que o fato confessado não corresponde ao efetivamente ocorrido, tem-se de admitir a prevalência do verdadeiro sobre o confessado*. Em conseqüência, a confissão que a lei geralmente exige do contribuinte como condição para que ele seja concedido o parcelamento tem valor bastante relativo. *Não pode de nenhum modo ser tida como irretroatável, no sentido de obrigar o contribuinte a pagar o tributo, ainda que indevido, apenas por que confessou. A confissão, mesmo solene e irretroatável, não cria a obrigação tributária.*

Por esta outra ótica, agora sim aplicável a jurisprudência da Primeira Turma invocada pelo Relator Min. Luiz Fux, no sentido de que a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico (*v.g.* erro, dolo, simulação e fraude). Transcrevo o principal precedente dessa linha argumentativa:

Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535, II e ao art. 458, II, do CPC não configurada. Confissão de dívida. Revisão judicial. Limites. Violação ao art. 267, VI, do CPC. Não ocorrência.

1. Não viola os artigos 535 e 458, II do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282 do STF.

3. A confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Todavia, **no que se refere à matéria de fato, a confissão do contribuinte somente pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico.**

4. Não viola o art. 267, VI, do CPC o acórdão que extingue o processo com julgamento do mérito, pela improcedência do pedido.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp n. 927.097-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 08.05.2007).

Desta forma, em homenagem ao princípio da verdade material e, por vislumbrar na hipótese a existência de defeito causador de nulidade do ato jurídico - qual seja: erro de fato, entendo que a confissão deve ser invalidada, preservando-se o bem decidido nas instâncias ordinárias que anularam os autos de infração eivados de nulidade.

Ante o exposto, com as vênias de praxe, *divirjo do relator para negar provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, eu *conheço do recurso especial*.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Peço vênias ao Sr. Ministro Luiz Fux, mas voto no sentido do não conhecimento do recurso especial. É matéria da Súmula n. 7 e, se a questão foi analisada sob o aspecto de fato, a meu ver, a melhor solução seria não conhecer do recurso especial.

Inclusive porque fica preservada a tese central para o exame numa outra oportunidade.

PRELIMINAR SUSCITADA

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, recebo os fatos como foram julgados, não se fazendo necessário qualquer reexame do conjunto da prova, nenhuma valoração. Por isso vou pedir vênias para conhecer do recurso especial.

Mas a questão do repetitivo é outra questão, que V. Ex^a não está colocando agora.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, no caso, está-se falando em erro. Parece-me que a matéria ficou esclarecida no momento em que o juiz de 1º Grau, examinando a prova, observou que as fichas de inscrição dos empregados,

acostadas aos autos, dão conta de que todos os empregados que a sociedade dispunha eram estagiários. Os supostos advogados empregados, na verdade, eram estagiários. O juiz acrescenta não ter sido feita prova nos autos de que houvesse empregados advogados aptos a exercer atos pelos quais assumissem a responsabilidade da sociedade perante terceiros, por isso anulou os autos de infração.

A meu ver, ficou demonstrada, excepcionalmente no caso, a existência de um vício de vontade, uma vez que, ao serem declarados advogados, foram arrolados os estagiários que existiam na empresa.

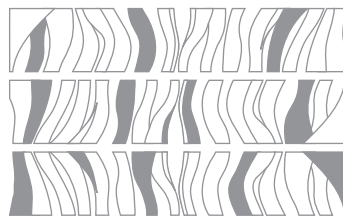
Em face disso, penso que se justifica, como foi dito pelo voto divergente, a correção, porque, afinal de contas, trata-se de uma norma de Direito Público na qual se demonstrou haver um vício de origem, comprovado na instrução processual. Conclusão diferente seria ofensa à Súmula n. 7.

Ante o exposto, acompanho a divergência, *negando provimento ao recurso especial*.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, peço vênias ao ilustre Ministro Relator para acompanhar a divergência, negando provimento ao recurso especial, em face da peculiaridade apontada, quanto ao vício da vontade.



Primeira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 843.060-RJ (2006/0086895-1)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Míriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres e outro(s)

Recorrido: Osvaldo Marendaz Mury

Advogado: Marli Marendaz Mury

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Assalto praticado contra motorista parado em sinal de trânsito. Omissão do Estado em prover segurança pública no local. Nexos de causalidade. Requisito indispensável. Ausência.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. Nesse domínio jurídico, o sistema brasileiro, resultante do disposto no artigo 1.060 do Código Civil/1916 e no art. 403 do CC/2002, consagra a teoria segundo a qual só existe o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa.

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado, que não destacou agentes para prestar segurança em sinais de trânsito sujeitos a assaltos, tenha sido a *causa necessária, direta e imediata* do ato ilícito praticado pelo assaltante de veículo. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF e do STJ.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente), Hamilton Carvalhido e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 24.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que o autor objetiva o recebimento de indenização por responsabilidade civil do Estado, em razão do roubo de veículo de sua propriedade, localizado pela Polícia no dia seguinte com diversas avarias” (fl. 115). No aresto se decidiu, em síntese, que: (a) é “evidente a omissão do Estado ao não reforçar o policiamento em áreas nas quais são comuns assaltos” (fl. 122); (b) “a área onde o apelado sofreu roubo, estando no veículo seus dois filhos menores, é de alta incidência quanto a essa espécie de crimes” (fl. 122); (c) é “dever do Estado a prestação de segurança pública de forma generalizada e, de forma específica, diante de situação em que seja previsível a ocorrência de delitos” (fl. 122); (d) deve ser excluída a condenação por danos materiais, eis que não comprovados, mantendo-se a condenação em danos morais, convertendo-se, entretanto, a quantia de 60 salários mínimos ao seu valor correspondente em reais; (e) “os juros serão de 0,5% (meio por cento) desde o evento danoso até a entrada em vigor do novo Código (...) e, a partir daí, no percentual de 1% (um por cento) ao mês” (fl. 96).

No recurso especial, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 15 e 159 do CC/1916, alegando que (I) não houve, no caso, “nenhuma ação ou omissão de agente público que tenha dado ensejo ao dano em questão” (fl. 107); (II) em se tratando de omissão do Estado, a responsabilidade civil é subjetiva; e (b) art. 1.062 do CC/1916, porquanto os juros moratórios devem incidir à taxa de 0,5% ao mês, “não cabendo, assim, a aplicação do Código Civil de 2002” (fl. 113).

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Funda-se o acórdão recorrido, basicamente, no entendimento de que é “dever do Estado a prestação de segurança pública de forma generalizada e, de forma específica, diante de situação em que seja previsível a ocorrência de delitos”, o que não ocorreu no caso concreto, já que “evidente a omissão do Estado ao não reforçar o policiamento em áreas nas quais são comuns os assaltos” (fl. 122); e o descumprimento desse dever de prover segurança acarreta, segundo o acórdão, a responsabilidade civil pelos danos causados. Esse entendimento não pode prosperar. Embora se reconheça que é dever do Estado prestar segurança pública a fim de garantir proteção aos cidadãos, nem por isso se pode concluir que a falta ou a insuficiência dessa prestação estatal traz como consequência necessária a responsabilidade civil por danos. Levar o raciocínio silogístico do acórdão recorrido às suas consequências no plano da realidade social importaria, na prática, em atribuir ao Estado a responsabilidade de reparar os danos causado pela quase generalidade dos atos criminosos praticados contra o patrimônio ou contra as pessoas. Mais: o dever de segurança pública é apenas um dos deveres básicos do Estado. Há muitos outros catalogados nos programas fundamentais da ordem jurídica, em relação aos quais os Estados modernos têm o dever de implementação: saúde, educação, alimentação, habitação. Todavia, a omissão em atendê-los não acarreta, por si só, a drástica consequência da reparação *in natura* ou pecuniária. Não é com essa linearidade e simplicidade que se superam os enormes entraves postos aos Estados - e ao Estado Brasileiro particularmente - em concretizar plenamente, como seria desejável, o ideário dos direitos fundamentais sociais. No que se refere especificamente à responsabilidade civil, o dever de indenizar está sujeito a disciplina normativa própria, que deve ser observada.

2. Ora, à luz do sistema normativo da responsabilidade civil é requisito básico e essencial observar a presença do nexo de causalidade. Apreciando caso análogo, no REsp n. 858.511-DF, de que fui relator para o acórdão (DJe de 15.09.2008), a 1ª Turma pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos materiais e morais. Morte decorrente de “bala perdida” disparada por menor evadido há uma semana de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semi-liberdade. Ausência de nexo de causalidade.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e

um elemento lógico-normativo, o nexu causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2. “Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexu causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexu causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., n. 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexu de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa” (STF, RE n. 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.1992, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a *causa direta e imediata* do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a “bala perdida” que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido *efeito necessário* da referida deficiência. Ausente o nexu causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes de ambas as Turmas do STF em casos análogos.

4. Recurso improvido.

No voto condutor do acórdão, manifestei-me do seguinte modo:

3. No mérito, a controvérsia tem eixo específico: o do nexu causal. Persiste a divergência doutrinária ou jurisprudencial a respeito da natureza da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, inclinando-se a corrente majoritária no sentido de considerá-la de natureza subjetiva e não objetiva. Resenha dessa polémica e das várias correntes a respeito estão referidas por Luciano Ferraz em “Responsabilidade do Estado por omissão legislativa”, *apud* “Responsabilidade Civil do Estado”, obra coletiva, org. Juarez Freitas, Malheiros, 2006, p. 215. Seja objetiva, seja subjetiva a responsabilidade em tais casos, o que ninguém questiona é a indispensabilidade, em qualquer das hipóteses, do nexu de causalidade entre a ação ou a omissão estatal é o evento danoso. Ora, é justamente essa a questão central a ser enfrentada no presente caso.

4. Por nexu causal entende-se a relação – de natureza lógico-normativa, e não fática – entre dois fatos (ou dois conjuntos de fato): a conduta do agente e o resultado danoso. Fazer juízo sobre nexu causal não é, portanto, revolver prova, e sim estabelecer, a partir de fatos dados como provados, a relação lógica (de causa e efeito) que entre eles existe (ou não existe). Trata-se, em outras palavras, de pura atividade interpretativa, exercida por raciocínio lógico e à luz do sistema normativo. Daí não haver qualquer óbice de enfrentar, se for o caso, mesmo nas instâncias extraordinárias (recurso especial ou recurso extraordinário), as

questões a ele relativas. Nesse ponto, é pacífica a jurisprudência assentada no STF (especialmente ao tratar da responsabilidade civil do Estado), no sentido de que o exame do nexa causal, estabelecido a partir de fatos tidos como certos, constitui típica atividade de qualificação jurídica desses fatos e não de exame de prova. Paradigmático, nesse sentido, o precedente do RE n. 130.764, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.1992.

5. Sobre nexa causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, um princípio (denominado, por alguns, de *princípio de causalidade adequada* e, por outros, *princípio do dano direto e imediato*) cujo enunciado pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, *a contrario sensu*, do art. 159 do CC/1916 e do art. 927 do CC/2002, – Caio Mario da Silva Pereira, “*Responsabilidade Civil*”, 7ª ed., Forense, p. 76 – e que fixa a indispensabilidade do nexa causal), segundo a qual *ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa*; e a outra (que decorre do art. 1.060 do CC/1916 e do art. 403 do CC/2002 e que fixa o conteúdo e os limites do nexa causal) segundo a qual *somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso*. A doutrina ilustra melhor o que se afirmou. Sobre a primeira parte do enunciado, esclarece didaticamente Sérgio Cavalieri Filho que “*não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito*” (“*Programa de Responsabilidade Civil*”, Malheiros, 5ª ed., p. 65; no mesmo sentido: Luiz da Cunha Gonçalves, “*Tratado de Direito Civil*”, vol. XII, T. II, 1957, p. 560). E prossegue, mais adiante: “*A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Em suma, o nexa causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado (...). Pode-se afirmar que o nexa causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...) mas não pode haver responsabilidade sem nexa causal*” (p. 66). E sobre a segunda parte, invocando lição de consagrados doutrinadores em tema de responsabilidade civil (Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Agostinho Alvim) Sérgio Cavalieri Filho esclarece que, no sistema brasileiro, “*... enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (...), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva*” (*op. cit.*, p. 68-9). Reproduz, mais adiante, a

doutrina de Caio Mario a respeito da causalidade adequada: “*Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar os fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza. Em conseqüência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da causalidade adequada, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquela que normalmente pode ser o centro do nexos de causalidade*” (Responsabilidade Civil, 9ª ed., Forense, p. 79)“.

É essa também a orientação da jurisprudência. No RE n. 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.1992, o Ministro Moreira Alves, com sua reconhecida autoridade, sumariou a questão nos seguintes termos: “*Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., n. 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa ...*”

A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexos causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente).

6. Com base nesses pressupostos, examine-se o caso concreto. Os elementos de fato são incontroversos. Um menor, que estava cumprindo medida sócio-educativa em regime de semi-liberdade (podendo ausentar-se durante o dia, desde que autorizado, devendo retornar no período noturno), evadiu-se do estabelecimento em que estava custodiado (Casa de Semi-liberdade de Taguatinga). Esse o primeiro fato. O outro fato é o que produziu o dano: oito dias após a evasão, o mesmo menor envolveu-se em tiroteio com um desafeto, sendo que um disparo por ele desferido atingiu uma criança de quatro anos, filho dos recorrentes, causando-lhe a morte (e, portanto, os danos aqui reclamados). Pergunta-se: o primeiro fato pode ser tido como causa direta e imediata do segundo? Ou, visto pelo outro ângulo: o segundo fato pode ser tido como efeito necessário do primeiro?

A resposta, indubitavelmente, é negativa. É inequívoca a ausência de nexo causal. O evento danoso descrito na petição inicial não decorreu direta e imediatamente da deficiência atribuída ao serviço público em relação à vigilância do infrator sob sua custódia. O evadido estava em regime de semi-liberdade, o evento danoso ocorreu oito dias após a evasão, em horário que, mesmo que não se evadisse, estaria fora da custódia do Estado (o recolhimento ao estabelecimento estatal se dava apenas no horário noturno). Ademais, o tiroteio não foi provocado nem teve a participação de nenhum agente estatal. Conforme refere a própria petição inicial, houve “tiros disparados por dois jovens. Um deles em uma bicicleta ativada contra um segundo que corria à sua frente” (fls. 04). Assim, até pela distância temporal, não há como estabelecer relação alguma entre a falta do dever de vigilância do Estado, que propiciou a fuga, e o tiroteio entre o foragido e seu desafeto, durante o qual foi disparada a “bala perdida” que atingiu a vítima. Nem a negligência do serviço foi *causa direta e imediata* do evento danoso (o tiroteio e a “bala perdida”), nem o dano foi *efeito necessário* daquela deficiência. Estabelecer nexo causal entre tais fatos significaria, na prática, atribuir ao Estado a responsabilidade civil objetiva por qualquer ato danoso praticado por quem deveria estar sob custódia carcerária e não está, seja porque se evadiu, seja porque não foi capturado pelos agentes estatais. Seria a consagração do seguro estatal universal em relação a atos danosos praticados por foragidos. Ademais, conforme salientou o acórdão recorrido, “(...) naquele momento fatídico, o menor, que vinha cumprindo medida sócio-educativa em regime de semi-liberdade, tanto poderia estar na Casa de Semi-liberdade como também exercendo atividades externas, como estudar ou trabalhar e, nesse caso, não haveria como determinar se o menor voltaria ou não a delinquir quando estivesse ausente. Sendo assim, não se pode inferir que a fuga do menor foi fator determinante na prática do ato infracional, ou seja, que houve liame causal entre a fuga e o dano verificado, não estando, pois, comprovado o dolo ou culpa do Distrito Federal” (fl. 221).

7. A hipótese guarda semelhante, em vários aspectos, com os seguintes precedentes do STF:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

- A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/1969 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

- Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a

impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

- No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/1969, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

Recurso extraordinário conhecido e provido (RE n. 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.1992).

Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil das pessoas públicas. Ato omissivo do poder público: latrocínio praticado por apenado fugitivo. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. CF, art. 37, § 6º.

I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE n. 172.025-RJ, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19.12.1996; RE n. 130.764-PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270.

IV. - *RE conhecido e provido* (RE n. 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004).

Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Latrocínio praticado por preso foragido, meses depois da fuga.

Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos.

Precedente da Primeira Turma: RE n. 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido (RE n. 172.025-5, 2ª T., Min. Ilmar Galvão, DJ de 19.12.1996).

Recurso extraordinário. 1. Responsabilidade civil do Estado. 2. Morte. Vítima que exercia atividade policial irregular, desvinculada do serviço público. 3. Nexo de causalidade não configurado. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE n. 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007).

3. No caso dos autos, cujos elementos de fato são incontroversos, tem-se que também aqui é inequívoca a ausência de nexo causal. O recorrente, acompanhado de seus dois filhos menores, transitava com seu veículo automotor em via pública do Rio de Janeiro; ao parar seu veículo em sinal de trânsito, foi vítima de assalto, evento que é comum no local. O evento danoso, como se percebe, não foi decorrência direta e imediata de omissão estatal específica; não foi provocado e nem teve a participação de nenhum agente estatal. O dano não foi efeito necessário, direto e imediato, da deficiência estatal de prestar segurança. Não há, portanto, como se estabelecer nexo causal entre os fatos, sendo aplicável o entendimento firmado no precedente acima transcrito, para afastar a responsabilidade do Estado.

4. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos. As custas e os honorários advocatícios deverão ser suportados pelo demandante, estipulados os últimos em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observada a decisão acerca da assistência judiciária gratuita (fl. 16). É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.106.515-MG (2008/0259563-1)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Jose Sad Junior e outro(s)

Recorrido: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e outros

Advogado: Gustavo Corgosinho Alves de Meira - Defensor Público
e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública. Art. 134 da CF. Acesso à justiça. Direito fundamental. Art. 5º, XXXV, da CF. Arts. 21 da Lei n. 7.347/1985 e 90 do CDC. Microsistema de proteção aos direitos transindividuais. Ação civil pública. Instrumento por excelência. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública reconhecida antes mesmo do advento da Lei n. 11.448/2007. Relevância social e jurídica do direito que se pretende tutelar. Recurso não provido.

1. A Constituição Federal estabelece no art. 134 que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Estabelece, ademais, como garantia fundamental, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa).

2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).

3. Apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que “A nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais” (REsp n. 700.206-MG, Rel. Min. *Luiz Fux*, Primeira Turma, DJe

19.03.2010), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa.

4. A Lei n. 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/1985 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF.

5. *In casu*, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF.

6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei n. 11.448/2007, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais.

7. 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 Benedito Gonçalves (Presidente), Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado de Minas Gerais* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 328e):

Ação civil pública. Defensoria Pública. Legitimidade ativa. Lei n. 11.448/2007. Aplicabilidade. Art. 462 do CPC. Legitimidade das associações. Microsistema do processo coletivo. Aplicabilidade do art. 82 do CDC. Finalidades incluindo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Sustenta o recorrente, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, ofensa aos arts. 6º e 462 do CPC, 5º, II e V, **b**, da Lei n. 7.347/1985, com a redação dada pela Lei n. 11.448/2007 e 82, III e IV, da Lei n. 8.078/1990, ante o reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

Requer, assim, o provimento do recurso especial para que, reformando o aresto impugnado, seja restaurada a sentença (fls. 343-361e).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 418-440e.

Admitido o recurso especial na origem, foram os autos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República *Maria Caetana Cintra Santos*, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 471-475e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Consta dos autos que a Defensoria Pública ajuizou ação civil pública com o objetivo de “assegurar o respeito à dignidade dos presos, à preservação de sua integridade física e moral, violados pela superlotação carcerária” (fl. 330e).

O juízo singular julgou extinto o processo sem julgamento do mérito ao fundamento de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública e dos demais autores da ação (fls. 223-226e).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo para, reformando em parte a sentença, reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública (fls. 328-340e).

Daí o presente recurso especial, no qual o recorrente sustenta ofensa aos arts. 6º e 462 do CPC, 5º, II e V, **b**, da Lei n. 7.347/1985, com a redação dada pela Lei n. 11.448/2007 e 82, III e IV, da Lei n. 8.078/1990, ante o reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública.

Contudo, sem razão.

A Constituição Federal estabelece no art. 134 que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Estabelece, ademais, como garantia fundamental o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa).

Por outro lado, os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).

Confira-se:

Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ato de improbidade. Capacidade postulatória. Artigo 25, IV, **b**, da Lei n. 8.625/1993. *Legitimatío ad causam do parquet*. Arts. 127 e 129 da CF/1988. Patrimônio público. Dever de proteção.

1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, *caput*).

2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, *legitimatío ad processum* e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria. Revelar-se-ia *contraditío in terminis* que o Ministério Público legitimado para a causa e exercente de função essencial à jurisdição pela sua aptidão técnica fosse instado a contratar advogado na sua atuação *pro populo de custos legis*.

3. A *ratio essendi* da capacidade postulatória vem expressa no art. 36 do CPC, *verbis*: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

5. Destarte, é mister ressaltar que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico “curso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

6. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis, na forma da recentíssima Súmula n. 329, aprovada pela Corte Especial em 02.08.2006, cujo verbete assim sintetiza a tese: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

7. Sob esse enfoque, adota-se a fundamentação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n. 163.231-SP, para externar que a Constituição Federal confere ao Ministério Público capacidade postulatória para a propositura da ação de improbidade, nos seguintes termos: *Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do parquet para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos*

são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.” (grifou-se)

8. Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa do interesse patrimonial público e social, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública, podendo para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

9. Outrossim, Impõe-se, ressaltar que o artigo 25, IV, **b**, da Lei n. 8.625/1993 permite ao Ministério Público ingressar em juízo, por meio da propositura da ação civil pública para “a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”.

10. Deveras, o Ministério Público, ao propor ação civil pública por ato de improbidade, visa a realização do interesse público primário, protegendo o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária.

11. É cediço na doutrina pátria que “o bacharel em direito regularmente inscrito no quadro de advogados da OAB tem capacidade postulatória (EOAB 8º, 1º e ss). **Também a possui o membro do MP, tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar a ação penal e a ACP (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82, I; ECA 210 I).**” (Nelson Nery Júnior In “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 429).

12. Recurso especial desprovido. (REsp n. 749.988-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 18.09.2009)

Cumprе ressaltar que, apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que “A nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais” (REsp n. 700.206-MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19.03.2010), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa.

Deve-se salientar, outrossim, que a Lei n. 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/1985 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública.

Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o já mencionado direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF.

Mauro Cappelletti bem sintetizou as modificações processuais com a denominadas “ondas renovatórias”, que ocorreu em três momentos: universalização da justiça (acesso dos hipossuficientes ao Poder Judiciário), reforma quantitativa (proteção dos direitos transindividuais) e reforma qualitativa (efetivação do provimento jurisdicional).

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a previsão expressa da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública, desde que configurada a sua instituição vocacional, atende, a um só tempo, a primeira e a segunda ondas renovatórias.

Assim, *in casu*, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF.

Contudo, é imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei n. 11.448/2007, dada a relevância

social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes, antes e depois da Lei n. 11.448/2007:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão no julgado. Inexistência. Ação civil pública. Defesa coletiva dos consumidores. Contratos de arrendamento mercantil atrelados a moeda estrangeira. Maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão especializado vinculado à Defensoria Pública do Estado.

I - O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

III - Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.

Recurso especial provido. (REsp n. 555.111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJe 18.12.2006).

Processual Civil. Ação coletiva. Defensoria Pública. Legitimidade ativa. Art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 (redação da Lei n. 11.448/2007). Precedente.

1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.

2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 (com a redação dada pela Lei n. 11.448/2007), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

3. Recursos especiais não-providos. (REsp n. 912.849-RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJe 28.04.2008)

Ademais, consigna-se, na hipótese em comento, a natureza coletiva do direito que se visa tutelar por meio da ação civil pública, considerando que o grupo de apenados que se encontra em situação de superlotação é notoriamente hipossuficiente, autorizando a atuação da Defensoria Pública em seu favor.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.161.535-PA (2009/0199094-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra

Procurador: Valdez Adriani Farias e outro(s)

Recorrido: Tibiriçá Brito de Almeida Filho

Advogado: Antonio Francisco da Silva Filho

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Desapropriação para fins de reforma agrária. Mandado de segurança com o objetivo de suspender/arquivar processo administrativo instaurado para verificar o cumprimento da função social da propriedade. Impossibilidade de utilizar critérios de natureza tributária como forma de dimensionar imóveis rurais passíveis, ou não, de expropriação. Falecimento do proprietário do imóvel rural. Não efetivação da partilha. Art. 1.791 e parágrafo único do Código Civil vigente. Princípio da *saisine*. Não incidência. Presunção *juris tantum* de que goza o registro imobiliário. Não ocupação irregular da fazenda à época da vistoria. Alegação de afronta ao art. 535 do CPC não caracterizada.

1. Caso em que se impetra mandado de segurança contra ato administrativo do Superintendente do Incra em Marabá-PA, a fim de suspender e arquivar o Processo Administrativo n.54600.001152/2003-41, que foi instaurado para verificar o efetivo cumprimento da função social do imóvel rural denominado “Fazenda Tibiriça, Pimenteira” ou “Nossa Senhora de Nazaré” e, se for o caso, declarar o interesse social para fins de reforma agrária quanto ao imóvel aludido.

2. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar o *decisum*.

3. Os arts 46, § 6º, e 50, § 6º, do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964) e o art. 24 e os seus incisos II, III e IV do Decreto n. 55.891/1965 referem-se, exclusivamente, a critérios de natureza tributária, para possibilitar o cálculo do coeficiente de progressividade do ITR. Logo, é defesa a utilização desses parâmetros tributários para dimensionar se imóveis rurais são passíveis, ou não, de expropriação para fins de reforma agrária.

4. A proteção conferida pela *saisine* ao herdeiro, a despeito de o art. 1.784 do Código Civil em vigor dispor que, *ipsis litteris*: [a]berta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários”, deve ser interpretado em parcimônia ao art. 1.791 e o seu parágrafo único do mesmo diploma em foco, Adiante transcritos, *in verbis*:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse, será indivisível, e regular-se-à pelas normas relativas ao condomínio.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que o instituto da *saisine*, embora assegure a imediata transmissão da herança, deve ser obtemperado que, até a partilha, os bens serão considerados indivisíveis.

5. A presunção *iuris tantum* de que goza o registro imobiliário impõe que toda alteração objetiva ou subjetiva quanto ao imóvel há

de ser, para que surta efeito no mundo jurídico, averbada junto ao competente registro.

6. O Tribunal *a quo*, com cognição plenária e exauriente sobre o acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a vistoria foi realizada entre os dias 22 e 27 de setembro de 2003, enquanto que a invasão data de 28 de outubro de 2005. Portanto, não incide, *in casu*, a proibição inserta no § 6º do art. 2º da Lei n. 8.629/1993, com redação conferida pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001.

7. Recurso especial conhecido e 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 do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 10.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, às fls. 301-308, com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, cuja ementa está consignada nos seguintes termos, *in verbis*:

Administrativo. Desapropriação. Invasão. Princípio da saisine. Aplicação.

1. O § 6º do art. 2º da Lei n. 8.629/1993 dispõe expressamente sobre a paralisação do processo de desapropriação em virtude de esbulho ou invasão.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que somente deve haver suspensão do processo se o esbulho possessório for anterior à vistoria, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei.

3. O falecimento do proprietário, ainda que já iniciado o processo administrativo de desapropriação, implica a divisão tácita da propriedade entre os herdeiros, nos termos da Lei n. 4.504/1964, art. 46, § 6º. Precedente do STF (fl. 248).

O ora recorrente opôs embargos de declaração, às fls. 253-259, que foram rejeitados pela Corte de origem (fl. 296).

Noticiam os autos que o ora recorrido impetrou mandando de segurança contra ato administrativo do Superintendente do Incra em Marabá-PA, a fim de suspender e arquivar o Processo Administrativo n. 54600.001152/2003-41, que foi instaurado para verificar o efetivo cumprimento da função social do imóvel rural denominado “Fazenda Tibiriça, Pimenteira” ou “Nossa Senhora de Nazaré” e, se for o caso, declarar o interesse social para fins de reforma agrária quanto ao imóvel aludido.

O impetrante, ora recorrido, alegou que, em razão do falecimento de seus pais, o imóvel em questão encontra-se em processo de partilha judicial ainda não ultimado. Acrescentou que, embora ainda não esteja efetivada a partilha, o bem de raiz foi imediatamente transferido aos 8 (oito) herdeiros do casal em razão do princípio da *saisine*, de modo que as suas frações ideais correspondem a 8 (oito) propriedades médias, imunes à desapropriação nos termos do art. 185, I, da Constituição.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região, analisando o recurso de apelação do ora requerido, reformou a sentença singular com o fundamento de que, *in verbis*: “O falecimento do proprietário, ainda que já iniciado o processo administrativo de desapropriação, implica a divisão tácita da propriedade entre os herdeiros, nos termos da Lei n. 4.504/1964, art. 46, § 6º”.

Inconformado, o Incra interpõe recurso especial, com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando afronta aos arts. 535, II; 165; e 458, II, do CPC, ao argumento de que o Tribunal *a quo*, ainda que instado por embargos declaratórios, quedou-se silente acerca de pontos relevantes ao deslinde da controvérsia, bem como violação dos arts. 1.784 e 1.791 do Código Civil; 46, § 6º, da Lei n. 4.504/1964; e 1º, 2º e 4º, III e parágrafo único, da Lei n. 8.629/1993, porque a partilha do bem em questão ainda não foi realizada, de modo que o imóvel não pode ser considerado dividido em 8 (oito) frações ideais.

Às fls. 309-316, consta arrazoado de recurso extraordinário.

Os recorridos, nada obstante regularmente intimados, deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões ao apelo nobre.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade do Tribunal *a quo*, razão pela qual os autos ascenderam ao STJ (fl. 328).

O Ministério Público Federal, por meio do seu parecer de fls. 344-349, opinou pelo provimento do recurso especial.

O ora recorrente valeu-se, ainda, de medida cautelar, para emprestar efeito suspensivo a este apelo nobre, tendo sido o aludido procedimento autuado nesta Corte sob o n. 16.324-PA.

O requerimento para concessão de ordem liminar foi deferido, consoante se infere da ementa da decisão adiante colacionada, *ipsis litteris*:

Administrativo e Processual Civil. Medida cautelar. Instauração de processo administrativo para verificar o cumprimento da função social da propriedade. Imóvel objeto de partilha ainda não finda. Inaplicabilidade do art. 46, § 6º, do Estatuto da Terra. Precedentes do STF e do STJ. Pretensão de conferir efeito suspensivo a recurso especial. Medida de caráter excepcional. Fumus boni iuris e periculum in mora evidenciados. Liminar deferida (fl. 19).

Posteriormente, na assentada de 22 de junho de 2010, a Primeira Turma houve por bem julgar procedente a medida cautelar em comento, em conformidade à ementa do julgado a seguir transcrita, *in verbis*:

Administrativo e Processual Civil. Medida cautelar. Instauração de processo administrativo para verificar o cumprimento da função social da propriedade. Imóvel objeto de partilha ainda não finda. Inaplicabilidade do art. 46, § 6º, do Estatuto da Terra. Precedentes do STF e do STJ. Pretensão de conferir efeito suspensivo a recurso especial. Medida de caráter excepcional. Fumus boni iuris e periculum in mora evidenciados. Indeferimento do pleito para o ingresso na lide na qualidade de litisconsorte passivo.

1. Não se revela possível a admissão de litisconsorte passivo no presente feito, porque não houve a correspondente postulação nos autos do REsp n. 1.161.535-PA, do qual esta medida cautelar é tirada. Logo, como o presente feito visa apenas conferir efeito suspensivo ao aludido apelo nobre, não se pode conceber que hajam partes distintas na relação processual instaurada nos autos principais.

2. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial admitido pelo Tribunal *a quo*, demanda a demonstração inequívoca do *periculum in mora*, evidenciado pela urgência na prestação jurisdicional, e do *fumus boni iuris*, consistente na

possibilidade de êxito do recurso especial. Precedentes: MC n. 13.838-ES, Relatora Ministra Denise Arruda Primeira Turma, DJ de 7 de maio de 2008; MC n. 13.102-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 5 de dezembro de 2007; e AgRg na MC n. 13.047-MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 27 de agosto de 2007.

3. No caso *sub examinem*, a tese deduzida pelo Incra, de que o imóvel continua único e de propriedade de diversos condôminos até que haja o registro do formal de partilha, ruma para o mesmo norte da Jurisprudência desta Corte e do egrégio Supremo Tribunal Federal. Precedentes: MS n. 26.129-DF, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 24 de agosto de 2007 e REsp n. 1.049.037-GO, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 29 setembro de 2008. Dessarte, exsurge a plausibilidade do direito vindicado e denota a presença do *fumus boni iuris*.

4. A paralisação do processo administrativo que visa o reconhecimento do interesse social para fins de reforma agrária pode gerar caos social, máxime porquanto o imóvel localiza-se no “coração” do conflito agrário brasileiro (Marabá-PA) e está ilegalmente ocupado por trabalhadores rurais. Daí exsurge o *periculum in mora*.

5. Medida cautelar julgada procedente. Requerimento para o ingresso na lide indeferido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): *Prima facie*, não houve afronta ao art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar o *decisum*.

E, especificamente na presente hipótese, o Tribunal *a quo* decidiu a causa de acordo com o pedido formulado na peça vestibular e com fundamentação adequada para tanto, ainda que esse *decisum* tenha sido desfavorável ao ora recorrente.

Ainda preliminarmente, o recurso especial merece ser conhecido quanto ao seu cabimento pela alínea **a** do permissivo constitucional, relativamente aos arts. 1.784 e 1.791 do Código Civil; 46, § 6º, da Lei n. 4.504/1964; e 1º, 2º e 4º, III e parágrafo único, da Lei n. 8.629/1993, porque os aludidos dispositivos foram prequestionados pelo acórdão alvejado, ainda que implicitamente.

No mérito, a pretensão recursal merece guarida e o acórdão guerreado carece de reforma, conforme a seguir exposto.

Inicialmente se faz necessária se faz a transcrição do § 6º do art. 46 da Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), *ipsis litteris*:

§ 6º. No caso de imóvel rural em comum por força de herança, as partes ideais, para os fins desta Lei, serão consideradas como se divisão houvesse, devendo ser cadastrada a área que, na partilha, tocara a cada herdeiro e admitidos os demais dados médios verificados na área total do imóvel rural.

A leitura atenta do dispositivo em comento evidencia que a finalidade para a qual a norma em testilha foi editada é sentido de fomentar o coeficiente de progressividade do Imposto Territorial Rural - ITR, precisamente acerca da impossibilidade de solidariedade passiva tributária dos condôminos no pagamento do imposto em comento.

Também no § 6º do art. 50 da indigitada Lei, essa premissa acerca do coeficiente de progressividade do ITR pode ser novamente notada, mas dessa vez na hipótese de propriedade em condomínio. Confira-se, *in verbis*:

§ 6º. No caso de propriedade em condomínio, o coeficiente de progressividade referido no parágrafo primeiro será calculado como média ponderada em que os coeficientes da tabela correspondentes à situação de cada condomínio definida no corpo do mesmo parágrafo são multiplicados pela sua área ideal e ao final somados e dividida a soma pela área total da propriedade.

Ainda sob esse ângulo, insta expor que o *caput* do art. 24 e os seus incisos II, III e IV do Decreto n. 55.891/1965 servem de supedâneo para viabilizar os cálculos do coeficiente de progressividade do ITR, também nos casos de propriedade em condomínio e nas hipóteses de transmissão *causa-mortis*, consoante a adiante transcrito, *litteratim*:

Art. 24. Os conjuntos de imóveis rurais de um mesmo proprietário ou de propriedades em condomínio, de acordo com o previsto, respectivamente, nos §§ 1º e 6º do art. 50 do Estatuto da Terra, cadastrados como previsto nos §§ 3º e 6º do art. 46 do referido Estatuto, terão os respectivos módulos médios calculados de acordo com os seguintes critérios:

[...]

II - nos casos de propriedade em condomínio, inclusive por força de sucessão *causa-mortis*, será considerada, para cada um dos condôminos, a dimensão da parte ideal ou já demarcada que lhe pertença;

III - No caso de proprietários que possuam mais de um imóvel rural, sendo um ou mais destas em condomínio, o cálculo do módulo, procedido na forma do inciso I levará em conta, para ponderação, a parte ideal ou já demarcada referida no inciso II e os módulos calculados para os respectivos imóveis em condomínio;

IV - para cada um dos condôminos o coeficiente de progressividade referido ao § 1º do art. 50 do Estatuto da Terra será obtido na forma do § 6º daquele dispositivo legal, pela média ponderada dos coeficientes que foram apurados, da forma do inciso I, para cada condômino. O coeficiente médio comum a todos os condôminos será obtido multiplicando-se os coeficientes relativos a cada condômino pela área que cabe ao condomínio, e dividindo-se a soma dos resultados dessa multiplicação pela área total dos imóveis;

Diante disso, é de se concluir que os dispositivos do Estatuto da Terra e do Decreto que o regulamenta, trazidos à baila, exclusivamente referem-se a critérios de natureza tributária, para possibilitar o cálculo do coeficiente de progressividade do ITR. Logo, é defesa a utilização desses parâmetros tributários para dimensionar se imóveis rurais são passíveis, ou não, de expropriação para fins de reforma agrária.

Essa é exegese que se extrai da interpretação conjunta dos artigos supra, de modo que andou mal, *data venia*, o Tribunal *a quo*, já que considerou o imóvel fracionado de acordo com o número de herdeiros simplesmente por ocasião da transmissão *causa-mortis*, com arrimo no § 6º do art. 46 do Estatuto da Terra. Ora, como já exposto, a norma inserta no dispositivo em comento não ostenta esse alcance.

Caso prevalecesse a interpretação conferida pelo Tribunal *a quo* ao § 6º do art. 46 do Estatuto da Terra, estar-se-ia legitimando o Incra a realizar vistoria nas frações ideais e a eventualmente considerar algumas dessas partes improdutivas, expropriando-as em detrimento do todo que é o imóvel rural.

Também não procede, com a devida *venia*, o argumento do acórdão impugnado segundo o qual o princípio da *saisine* acarretaria a transmissão e consequentemente de divisão do bem em frações ideais (unidades autônomas) já com a morte do autor da herança.

O *Detroit de Saisine*, a despeito de alguns doutrinadores considerarem uma instituição do Direito Germânico (*der Totde erbt den Lebendigen*), floresceu na França como meio de insurgência ao regime feudal que estava em voga naquele país por volta do século XIII. Naquele tempo, com a morte do vassalo, seus bens eram transferidos ao seu soberano e exigia-se, dos herdeiros naturais, determinado pagamento para a respectiva imissão. Daí surgiu a *saisine*, no afã de

assegurar que o espólio fosse transmitido diretamente aos herdeiros do falecido, sem aqueles fossem obrigados ao cumprimento de nenhum tipo obrigação para com o senhor feudal.

Nesse sentido, é oportuno trazer à colação os ensinamentos da doutrina pátria, *in verbis*:

A *saisine* surgiu no cenário jurídico da França como forma de opor-se ao regime feudal de então. Naquele tempo, quando o servo falecia, o senhor feudal assumia de pleno direito a posse sobre a herança, *il servo morto imposessa il suo signore vivo*, e o herdeiro só a recuperava mediante o pagamento de certa quantia, que variava de acordo com a natureza da herança deixada. O herdeiro do servo não recolhia a herança por investidura própria, mas só depois de satisfeita a exigência do senhorio.

O art. 318 da *Consuetudine de Paris* consagrou a passagem direta da posse da herança aos herdeiros do falecido, dentre os quais se incluíam o filho legítimo, posteriormente o natural, e os ascendentes. Excluíam-se da *saisine* o cônjuge supérstite e o Estado, considerados herdeiros irregulares, aos quais se reconhecia a ação de dação em posse, assegurando-lhes a totalidade da herança na falta de herdeiros regulares.

Em decorrência da *saisine*, o herdeiro legítimo tinha a posse real e efetiva da herança por autoridade própria, administrando o patrimônio e percebendo os frutos sem maiores formalidades, exercendo, outrossim, ativa e passivamente os direitos e ações que anteriormente competiam ao falecido (*In De Magalhães, Rui Ribeiro. Direito das Sucessões no novo Código Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 12-13*).

Deveras, a proteção conferida pela *saisine* ao herdeiro, a despeito de o art. 1.784 do Código Civil em vigor dispor que, *ipsis litteris*: “[a]berta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários”, deve ser interpretado em parcimônia ao art. 1.791 e o seu parágrafo único do mesmo diploma em foco.

Confirmam-se, *ipsis litteris*:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse, será indivisível, e regular-se-à pelas normas relativas ao condomínio.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que o instituto da *saisine*, embora assegure a imediata transmissão da herança, deve ser obtemperado que, até a partilha, os bens serão considerados indivisíveis.

Ademais, mesmo considerando-se que a ocorra transmissão imediata da herança com a morte do seu autor, bem como que, de forma consecutória, a partilha do imóvel objeto da expropriação seja efetivada na divisão de frações ideais respectivamente ao número de herdeiros, não se pode conceber que essa “ficta divisão” decorrente da *saisine* faça surtir efeito impeditivo à implementação da política de reforma agrária governamental. Isso porque essa divisão tão somente se opera quanto a titularidade do imóvel, a fim de assegurar a futura partilha da herança.

Logo, é de se concluir que a *saisine*, embora esteja contemplada no nosso Direito Civil das Sucessões (art. 1.784 do Código Civil em vigor), não serve de obstáculo ao cumprimento da política de reforma agrária brasileira.

Ainda que assim não fosse, a inscrição no competente Registro Geral de imóveis é que constitui prova idônea acerca da titularidade do domínio, conforme dispõe o art. 252 da Lei n. 6.015/1973, com redação atribuída a ele pela Lei n. 6.216/1975, *litteratim*:

Art. 252. O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.

A presunção *iuris tantum* de que goza o registro imobiliário impõe que toda alteração objetiva ou subjetiva quanto ao imóvel há de ser, para que surta efeito no mundo jurídico, averbada junto ao competente registro.

Diante disso, não paira nenhuma dúvida que, não tendo sido desmembrada a matrícula relativa ao imóvel objeto do condomínio, a divisão implementada pelos proprietários não ostenta a propriedade de obstar a efetivação da expropriação.

A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal é justamente no sentido desses três pontos. Confira-se, *ipsis litteris*:

Constitucional. Reforma agrária. Desapropriação. Mandado de segurança. Legitimidade do co-herdeiro para impetração [Art. 1º, § 2º, da Lei n. 1.533/1951]. Saisine. Múltipla titularidade. Propriedade única até a partilha. Alteração de jurisprudência. Art. 46, § 6º, do Estatuto da Terra. Finalidade estritamente tributária. Finalidade do cadastro no SNCR-Incra. Condomínio. Ausência de registro imobiliário de partes certas. Unidade de exploração econômica do imóvel rural. Art. 4º, I, do Estatuto da Terra. Viabilidade da desapropriação. Art. 184, da Constituição do Brasil.

2. Qualquer dos co-herdeiros é, à luz do que dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei n. 1.533/1951, parte legítima para a propositura do *writ*.

3. A *saisine* torna múltipla apenas a titularidade do imóvel rural, que permanece uma única propriedade até que sobrevenha a partilha [art. 1.791 e parágrafo único do vigente Código Civil].

4. A finalidade do art. 46, § 6º, do Estatuto da Terra [Lei n. 4.504/1964] é instrumentar o cálculo do coeficiente de progressividade do Imposto Territorial Rural - ITR. O preceito não deve ser usado como parâmetro de dimensionamento de imóveis rurais destinados à reforma agrária, matéria afeta à Lei n. 8.629/1993.

5. A existência de condomínio sobre o imóvel rural não impede a desapropriação-sanção do art. 184 da Constituição do Brasil, cujo alvo é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Precedente [MS n. 24.503, Relator o Ministro *Marco Aurélio*, DJ de 05.09.2003].

6. O cadastro efetivado pelo SNCR-Incra possui caráter declaratório e tem por finalidade: i) o levantamento de dados necessários à aplicação dos critérios de lançamentos fiscais atribuídos ao Incra e à concessão das isenções a eles relativas, previstas na Constituição e na legislação específica; e ii) o levantamento sistemático dos imóveis rurais, para conhecimento das condições vigentes na estrutura fundiária das várias regiões do País, visando à provisão de elementos que informem a orientação da política agrícola a ser promovida pelos órgãos competentes.

7. O conceito de imóvel rural do art. 4º, I, do Estatuto da Terra, contempla a unidade da exploração econômica do prédio rústico, distanciando-se da noção de propriedade rural. Precedente [MS n. 24.488, Relator o Ministro *Eros Grau*, DJ de 03.06.2005].

8. O registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*. Não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedade distinta, para fins de reforma agrária. Precedentes [MS n. 22.591, Relator o Ministro *Moreira Alves*, DJ de 14.11.2003 e MS n. 21.919, Relator o Ministro *Celso de Mello*, DJ de 06.06.1997]. Segurança denegada (MS n. 24.573-DF, Relator Ministro *Gilmar Mendes*, Relator para acórdão Ministro *Eros Grau*, Tribunal Pleno, DJ de 15 de dezembro de 2006).

Por fim, nem se argumente que o imóvel rural mencionado no petitório inaugural da impetração já estava, na ocasião da vistoria, ocupado por pessoas ligadas a movimentos sociais e/ou fundiários. O voto-vista vencedor, a despeito de ter provido o apelo dos ora recorridos, concordou com a sentença singular quanto à assertiva de que a invasão da propriedade se deu posteriormente à ocupação irregular do imóvel, ao assentar o que segue, *litteratim*:

Pois bem, na espécie, assim se manifestou, no particular, o MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Marabá/Estado do Pará, *verbis*:

(...) a invasão da terra, segundo afirmou o impetrante, ocorreu após a realização da vistoria e a divulgação do laudo classificatório confeccionado pelo Incra, situação não alcançada pela vedação prevista no § 6º do artigo da Lei n. 8.629/1993." (cf. fl. 171)

Com efeito, conforme revela o exame dos presentes autos, a Petição Inicial do Presente Mandado de Segurança está instruído com cópias de dois "Boletins de Ocorrências Policial", da "Polícia Judiciária do Estado do Pará", o primeiro (fl. 38), noticiando que "*O relator comunica que trabalha na Fazenda N. Sra. de Nazaré, localizada na estrada Rio Preto, Km 03, de propriedade do senhor Tibiriçá de Almeida Filho, tendo como função a de vaqueiro. Que na data e horário em tela, ocasião em que se encontrava em companhia do topógrafo Adonias Dias da Conceição, adentraram na área da fazenda cerca de 40 (homens), armados de espingardas calibre 12 e 20, e de facções, sendo que dentre estes, o relator reconheceu as pessoas conhecidas por "Caboclo" e de pré-nome Orlando e o outro de pré-nome Joaquim, os quais são representantes do Movimento dos Sem Terra. Informa o relator que tais pessoas já haviam ido até aquela fazenda, também na ocasião os expulsando, sendo que desta vez, reiteraram a ameaça tornando a expulsá-los, complementando que se os mesmos retornassem eles não mais iriam expulsá-los e sim matá-los. Informando ainda o relator que os integrantes de tal movimento veem matando o gado daquela fazenda, contando cerca de 30 (trinta); e o segundo, "tomou conhecimento de que seus trabalhadores Raimundo Nascimento e Adonias Dias que se encontravam na Fazenda Nossa Senhora de Nazaré haviam sido expulsos da fazenda sob a ameaça de morte por pessoas integrantes do Movimento dos Sem Terra" e que "então se encaminhou até o acampamento do movimento, tendo no local falado com um dos líderes do movimento, pessoa conhecida por Joaquim, tendo confirmado a ação, e ainda lhe falado as seguintes textuais: **'que não iria permitir mais ninguém entrar na fazenda, por que a propriedade era dele, e caso alguém fosse teriam consequências'**".*

Ocorre que estes dois Boletins de Ocorrências estão datados de 28.10.2005, enquanto, nas Informações prestadas pelo Impetrado consta que:

A proprietária foi notificada pessoalmente em 30.06.2003, conforme Ofício/Incra/SR-27/n. 612, da mesma data, tendo a vistoria sido realizada no período de 22 a 27.09.2003. (cf. fl. 79)

Ora, conforme entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal; "O esbulho possessório que impede a desapropriação (art. 2º, § 6º, da Lei n. 8.629/1993, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.183/2001), *deve ser*

significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo-se os índices fixados em lei". (Nesse sentido: MS n. 23.759, rel. Min. Celso de Melo, j. 17.04.2002, DJ 22.08.2003; MS n. 25.360, rel. Min. Eros Grau, j. 27.10.2005, DJ. 25.11.2005; MS n. 24.484, rel. p/acórdão Min. Eros Grau, j. 09.02.2006, DJ 02.06.2006).

De consignar que, anteriormente, em julgamento do MS n. 24.136-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, realizado em 11.09.2002, outra não foi a interpretação dada ao § 6º em comento por aquele excelso Pretório, *verbis*: "A vedação prevista no § 6º do artigo 4º da Lei n. 8.629/1993, com a redação dada pela MP n. 2.109/2001, alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quando feitos os trabalhos durante ou após a ocupação" (DJ 08.11.2002).

À vista desses reiterados precedentes jurisprudenciais, não merece censura, a r. Sentença recorrida (fls. 240-241).

Diante dessas ponderações, infere-se que o Tribunal *a quo*, com cognição plenária e exauriente sobre o acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a vistoria foi realizada entre os dias 22 e 27 de setembro de 2003, enquanto que a invasão data de 28 de outubro de 2005. Portanto, não incide, *in casu*, a proibição inserta no § 6º do art. 2º da Lei n. 8.629/1993, com redação conferida pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, sendo válida a transcrição do dispositivo em comento, *in verbis*:

Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais.

[...]

§ 6º O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações.

Isso posto, conheço do recurso especial e *dou-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.174.603-RN (2010/0005039-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Recorrido: Carlos Adel Teixeira de Souza

Advogado: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Violação ao artigo 535 do CPC não configurada. Extinção do feito com relação a um dos réus. Responsabilização de magistrado por atos de improbidade administrativa. Possibilidade.

1. Não há violação do art. 535, do CPC quando o Tribunal de origem decide fundamentada e objetivamente as questões relevantes para o desate da controvérsia, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. Os magistrados de primeiro grau submetem-se aos ditames da Lei n. 8.429/1992, porquanto não participam do rol daquelas autoridades que estão submetidas à Lei n. 1.070/1950, podendo responder por seus atos administrativos na via da ação civil pública de improbidade administrativa. Precedentes: REsp n. 1.127.542-RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12.11.2010; AgRg no REsp n. 1.127.541-RN, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.11.2010; (REsp n. 1.127.182-RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.10.2010); REsp n. 1.169.762-RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.09.2010.

3. Recurso especial provido para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da ação, que deve prosseguir na instância *a quo*, como for de direito.

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, dar provimento ao recurso especial para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da ação, que deve prosseguir na instância *a quo*, como for de direito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 03 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 16.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no artigo 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que, nos autos da ação civil pública de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão que julgou extinto o processo, com amparo no artigo 267, VI, do CPC, em relação ao ora recorrido, juiz de direito.

A ementa do julgado citado possui a seguinte redação (fls. 263):

Constitucional. Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa. Decisão que julgou extinto o processo, com amparo no art. 267, IV, do CPC, em relação ao agravado. Preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pelo agravado. Extinção do feito com relação a um dos réus. Decisão que não pôs fim ao processo. Natureza interlocutória. Cabimento do agravo de instrumento. Rejeição. Mérito. Responsabilização de magistrado por atos de improbidade administrativa. Agente político. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Impossibilidade. Precedentes do STF e STJ. Decisão mantida. Conhecimento e improvimento do recurso.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, consoante acórdão de fls. 308-316.

Em suas razões, alega o recorrente, preliminarmente, ofensa ao artigo 535 do CPC, na medida em que o Tribunal local, embora instado por oposição de embargos declaratórios, deixou de se pronunciar sobre a ausência de previsão legal de crimes de responsabilidade praticados por juiz de direito e a inexistência de ressalva na lei de improbidade administrativa quanto à responsabilização dos magistrado pela prática de atos ímprobos.

No mérito, aduz que o acórdão recorrido, ao excluir a responsabilização de magistrado por ato de improbidade administrativa, violou os artigos 39 e 39-A, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 1.079/1950, e 1º, *caput*, e 2º da Lei n. 8.429/1992, tendo em vista que “na linha do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão de ordem veiculada na Petição n. 3.923-DF, magistrados estaduais, a exemplo dos parlamentares, também não se submetem ao regime de responsabilização por crime de responsabilidade, exceto quanto aos que exerçam o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Presidentes de Tribunais e Diretores de Foro (Lei n. 1.079/1950, art. 39 e 39-A, *caput* e parágrafo único), de modo que o entendimento firmado na Rcl n. 2.198 não se aplica a ações de improbidade movidas contra magistrados, simplesmente porque não há lei que preveja crimes de responsabilidade para juízes, exceto para os casos já ressaltados” (fls. 337).

Contrarrazões apresentadas pelo recorrido às fls. 368-375 no sentido de que: i) o agravo de instrumento interposto na instância *a quo* nem sequer deveria ter sido conhecido, porquanto a sentença que o excluiu do feito deveria ter sido impugnada por meio do recurso de apelação; ii) não se admite o manejo de ação de improbidade administrativa contra magistrado em face da prática de ato judicial.

Juízo de admissibilidade às fls. 377-380.

Parecer do Ministério Público pelo conhecimento e provimento do apelo nobre (fls. 390-396).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Emerge dos autos que o MPRN ajuizou ação civil pública por atos de improbidade administrativa em desfavor de Carlos Adel Teixeira de Souza e Maurílio Pinto Teixeira de Souza, em decorrência de interceptações telefônicas realizadas de modo secreto, à

margem da Constituição e da Lei n. 9.296/1996, determinadas pelo primeiro demandado, na condição de Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal da Comarca de Natal, a pedido do segundo, Subsecretário de Segurança Pública e da Defesa Social do Estado do Rio Grande do Norte.

O feito foi extinto no juízo de primeiro grau, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, em relação ao recorrido, ao fundamento de que a lei de improbidade administrativa, nos termos do que ficou decidido pelo STF na Reclamação n. 2.138, não se aplica aos agentes políticos, no que se inserem os magistrados (fls. 120-160). Tal entendimento foi mantido pelo Tribunal de Justiça, por considerar que o STF e o STJ (REsp n. 456.649-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.10.2006) já se manifestaram nesse sentido (fls. 263-274).

Na presente insurgência, pugna a recorrente, em suma, a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa ao caso dos autos, mormente porque:

i) “na linha do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão de ordem veiculada na Petição n. 3.923-DF, magistrados estaduais, a exemplo dos parlamentares, também não se submetem ao regime de responsabilização por crime de responsabilidade, exceto quanto aos que exerçam o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Presidentes de Tribunais e Diretores de Foro (Lei n. 1.079/1950, art. 39 e 39-A, *caput* e parágrafo único), de modo que o entendimento firmado na Rcl n. 7 2198 não se aplica a ações de improbidade movidas contra magistrados, simplesmente porque não há lei que preveja crimes de responsabilidade para juízes, exceto para os casos já ressalvados” (fls. 337);

ii) “se não há previsão de crimes de responsabilidade para esses agentes políticos, é certo que a regra de competência prevista no artigo 96, inciso III, da Constituição Federal, somente incide, considerando os crimes de responsabilidade tipificados na legislação ordinária, ou seja, na Lei n. 1.079/1950, em relação aos juízes estaduais que praticarem crime de responsabilidade no exercício da atividade administrativa de Diretor de Foro, o que não é o caso da ação em apreço” (fls. 338);

iii) não ficou decidido pelo STF que os agentes políticos, de forma generalizada, não se submetem às sanções da lei de improbidade; e

iv) a decisão proferida pelo STJ no REsp n. 456.649-MG, utilizada como fundamento para negar provimento ao recurso *a quo*, foi modificada em sede de embargos declaratórios, acolhidos para restringir o alcance dos fundamentos

do acórdão e para deixar claro que aquele Tribunal Superior admite a ação de improbidade contra agentes políticos.

Feitas tais considerações, tem-se que a controvérsia cinge-se à aplicabilidade ou não da lei de improbidade administrativa aos magistrados.

Primeiramente, registra-se impróspera a pretensa violação do art. 535, do CPC, porquanto o Tribunal de origem examinou e decidiu fundamentada e objetivamente todas as questões relevantes para o desate da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida, não se configurando, assim, negativa de prestação jurisdicional.

Ademais, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, contanto que fundamente sua decisão.

Assim, 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.

No mérito, o recurso merece prosperar.

A discussão tem como pano de fundo o fato de que os atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/1992 são também tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950 (infrações político-administrativas), ao passo que os agentes políticos, ao se sujeitarem aos dois regimes de responsabilidade, estariam sofrendo um *bis in idem*.

O Supremo Tribunal Federal abordou a questão no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, referente a uma ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra um Ministro de Estado, e, após asseverar que “a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950)”, acabou por decidir pela incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição.

A reclamação foi julgada procedente, nos termos da ementa seguinte:

Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada.

I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada.

II. MÉRITO.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei n. 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição.

III. Reclamação julgada procedente (Rcl n. 2.138, Relator: Min. Nelson Jobim, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2007, DJe 17.04.2008 Pub 18.04.2008).

Vê-se que a deliberação do Supremo foi no sentido de que o regime da ação de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos, que se sujeitam à ação penal por crime de responsabilidade, com o foro privilegiado estabelecido na Constituição Federal.

Em outras palavras, aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei n. 1.079/1950 (Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República) não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação da competência do STF e principalmente pelo fato de que ambos os diplomas, a LIA e a Lei n. 1.079/1950, prevêem sanções de ordem política, caso que haveria possibilidade de *bis in idem* se houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

Por ostentar tais conclusões, é oportuna a transcrição da ementa do seguinte julgado desta Corte:

Processo Civil. Questão de ordem em ação de improbidade administrativa. Agentes políticos e agentes administrativos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de propositura da ação de improbidade, quanto aos agentes políticos, que se sujeitam à ação penal por crime de responsabilidade. Aplicabilidade no âmbito do STJ. Ação proposta contra membro do Tribunal de Contas de Estado da Federação. Peculiaridades, quanto à sua tipificação da conduta contida na ação de improbidade, que afasta a orientação preconizada pelo STF. Possibilidade de sua responsabilização pelo regime de ação de improbidade.

- No julgamento da Recl. n. 2.138-DF, o STF decidiu que o regime da ação de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos, cujos atos estariam abrangidos pelos preceitos contidos da Lei dos Crimes de Responsabilidade, com o foro privativo estabelecido na Constituição Federal. Haveria, portanto, para os

agentes políticos, bis in idem entre os preceitos da Lei de Crimes de Responsabilidade e a Lei de Improbidade Administrativa.

- Para Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, a conclusão não pode ser a mesma. A Lei dos Crimes de Responsabilidade separa, quanto às conseqüências, as condutas praticadas pelos diversos agentes políticos. Assim, o Presidente da República e pelos Ministros de Estado podem praticar condutas que são tipificadas como crimes contra a administração, nas quais se verificaria, na visão do STF, bis in idem com as condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Outros agentes políticos, porém, como os membros de Tribunais de Contas, não estão entre as autoridades a quem a lei reputa possível cometer tais crimes. Para eles, a Lei dos Crimes de Responsabilidade possibilita apenas a prática de Crimes contra a Lei Orçamentária, que não se identificam, necessariamente, com os atos reprimidos pela Lei de Improbidade Administrativa.

- A peculiaridade das condutas tipificadas na Lei dos Crimes de Responsabilidade, quanto aos membros do Tribunal de Contas, indica que a eles não se estende a novel jurisprudência do STF, que exclui os agentes políticos do âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, a ação de improbidade, aqui, permanece cabível, não sendo todavia competente o STJ para dela conhecer.

Questão de Ordem acolhida para remeter os autos ao Tribunal de Justiça da Bahia, para distribuição em primeiro grau da ação de improbidade administrativa (QO na AIA n. 27-DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 27.11.2008, DJe 09.02.2009).

Assim, pode-se dizer que a correta interpretação da decisão prolatada pelo STF há de passar, necessariamente, pela averiguação da eventual submissão do agente político processado ao regime dos crimes de responsabilidade, o que implica consulta à Lei n. 1.079/1950.

Por sua vez, a referida norma, logo no artigo 2º, assim prescreve, *in verbis*:

Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

E, especificamente quanto aos agentes políticos atuantes junto ao Poder Judiciário, dispõe o seguinte:

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;

2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;

3 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo:

5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. (Incluído pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição. (Incluído pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000)

Do acima explicitado ressoa evidente a delimitação das autoridades que são submetidas à lei de responsabilidade, não estando incluída entre essas a figura do magistrado de primeira instância, bem como somente há previsão legal de crimes de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro para magistrados que exerçam os cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, Presidentes de Tribunais e seus respectivos substitutos e, ainda, os que desempenham a função de juízes Diretores de Foro (Lei n. 1.079/1950, artigos 39 e 39-A, parágrafo único).

Partindo desse raciocínio, há entender que os magistrados de primeiro grau submetem-se aos ditames da Lei n. 8.429/1992, porquanto não participam do rol daquelas autoridades que estão submetidas à Lei n. 1.079/1950, podendo responder por seus atos administrativos na via da ação civil pública de improbidade administrativa.

Por sua vez, é de se concluir que a regra de competência prevista no artigo 96, III, da Constituição Federal, apenas abarca os juízes estaduais que cometerem crime de responsabilidade no exercício da Direção de Foro.

Portanto, não procede o fundamento utilizado pelas instâncias de origem para extinguirem o feito sem resolução de mérito, qual seja, o de que o magistrado, por ser agente político, não comete ato de improbidade administrativa, mas crime de responsabilidade.

Deveras, há registrar que o referido julgado do STF faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e à competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade, o que não significa que tenha afirmado, de uma forma generalizada, que todo e qualquer agente político não se submete às sanções ditadas pela LIA.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já assentou posicionamento no sentido de que a Rcl n. 2.138/38 tão somente se aplica aos Ministros de Estado e que o pedido de condenação de ex-prefeito com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa não se perfaz impossível, máxime porque a Lei de Crimes de Responsabilidade abrange apenas as autoridades elencadas no seu art. 2º, quais sejam: [...] “Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República”.

Nesse sentido são os seguintes julgados, *in verbis*:

Agravo regimental em recurso especial. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a prefeitos.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que se aplica a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).*

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.158.623-RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 18.03.2010, DJe 09.04.2010).

Administrativo. Improbidade administrativa. Promoção pessoal. Propaganda com caráter não-educativo. Ex-prefeito. Sujeição à Lei de Improbidade Administrativa.

O ex-prefeito submete-se ao rito das ações de improbidade administrativa. Esses agentes, porque destituídos de seu munus, não se acham enquadrados nos termos da Lei n. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade. Sua participação no processo de improbidade é legítima. Precedente: (REsp n. 764.836-SP, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008).

Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.080.234-RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 29.06.2009).

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992 e do Decreto n. 201/1967 de forma concomitante. Ato improbo que também pode

configurar crime funcional. Inexistência de *bis in idem*. Juízo singular cível e Tribunal de Justiça.

Inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação n. 2.138-RJ) *in casu*.

1. Os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4º do Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato, *litteris*: “São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato” [...].

2. Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos, cuja instauração de processo criminal independente de autorização do Legislativo Municipal e ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça, *ex vi* do inciso X do art. 29 da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o art. 2º dispõe que os crimes previstos no dispositivo anterior são regidos pelo Código de Processo Penal, com algumas alterações: “O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações” [...] (Precedentes: HC n. 69.850-RS, Relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC n. 70.671-PI, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19 de maio de 1995).

3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O Código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público.

Enquanto que o Decreto-Lei n. 201/67 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º) e por infrações político-administrativas (art. 4º). Já a Lei n. 8.429/1992 prevê sanções civis e políticas para os atos improbados. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso.

4. A Lei n. 8.492/1992, em seu art. 12, estabelece que “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito” [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato improprio pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.

5. O *bis in idem* não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl n. 2.138-RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que “Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição”, não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.

7. *Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei n. 1.079/50, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp n. 884.083-PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009; REsp n. 1.103.011-ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009; REsp n. 895.530-PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009; e REsp n. 764.836-SP, Relator Ministro José Delgado, relator para acórdão ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008).*

8. O STF, no bojo da Rcl n. 2.138-RJ, asseverou que “A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950)” e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei n. 1.079/1950 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei n. 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, v.g., infere-se do art. 2º da Lei n. 1.079/1950 e do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de bis in idem, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

9. No caso *sub examinem*, o sentido é oposto, pois o Decreto n. 201/67, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art. 1º) e também a respeito de infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade próprios (art. 4º); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal a quo enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1º do diploma supra (“apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio” e “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita *bis in idem*.

10. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.066.772-MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 03.09.2009).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Lei de Improbidade Administrativa. Ex-prefeito. Inaplicabilidade da Lei n. 1.070/1950. Princípio da proporcionalidade. Discricionariedade do julgador na aplicação das penalidades. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Ônus de sucumbência. Parte ré. Arts. 18 e 19 da Lei n. 7.347/1985. Isenção. Descabimento. Violação do art. 535, II, do CPC. Julgamento *extra e ultra petita*. Inocorrência.

1. O “*ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei n. 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*” (REsp n. 764.836-SP, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008).

(...) 18. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (REsp n. 895.530-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 04.02.2009).

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992. Compatibilidade com o Decreto-Lei n. 201/1967. Notificação de defesa prévia. Art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992. Prescindibilidade. Nulidade da citação. Inocorrência. Competência da Justiça Federal. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Não-configurado. Fundamentação deficiente. Não-configurada. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade. Súmula n. 284-STF.

1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada contra Carlos Roberto Aguiar, ex-Prefeito de Reriutaba-CE, por não ter o mesmo emitido, no prazo de 60 dias, a prestação de contas final da aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, no valor de R\$ 66.645,00, o qual se destinava à construção de um centro para instalação de unidades produtivas de beneficiamento de palha, confecção de bordado e corte e costura.

2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei n. 201/1967 e a Lei n. 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.

3. O julgamento das autoridades – que não detêm o foro constitucional por prerrogativa de função para julgamento de crimes de responsabilidade –, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância.

4. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo. Precedentes do STJ.

5. Está preclusa a discussão sobre alegada falsidade na assinatura de ciência do mandado citatório do réu, em razão do decurso de prazo, sem recurso, da decisão em incidente de falsificação.

6. É competente a Justiça Federal para apreciar ação civil pública por improbidade administrativa, que envolva a apuração de lesão a recursos públicos federais. Precedentes.

7. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.

8. É incabível, em recurso especial, a análise de violação de dispositivo constitucional.

9. Inviável a apreciação do recurso por ofensa aos arts. 165 e 458 do CPC (fundamentação deficiente), em razão de alegações genéricas.

Incidência, por analogia, da Súmula n. 284-STF.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (REsp n. 1.034.511-CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.09.2009, DJe 22.09.2009).

Disso decorre que o entendimento firmado na Rcl n. 2.198 não se aplica as ações de improbidade movidas contra magistrados, bem como que o recorrido, na qualidade de juiz de Direito, embora agente político, não se submete ao regime da Lei n. 1.079/1950, porque não há lei que preveja crimes de responsabilidade para juízes, exceto para os casos já ressaltados.

Assim, observada a adequação da ação de improbidade administrativa na espécie, não poderia o Tribunal *a quo*, naquela feita, extinguir o feito sem julgamento do mérito em relação ao recorrido, ao argumento de que a LIA não se aplica aos agentes políticos.

Nesse panorama, ficam prejudicadas as alegações trazidas na contestação, porquanto eventual discussão acerca da natureza do ato em si, tido por improbo, se judicial ou administrativo, deve ser analisada em momento oportuno, na primeira instância.

No mesmo sentido do aqui exposto, confirmam-se os recentes precedentes desta Corte:

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública de improbidade administrativa. Preliminar de inidoneidade do agravo de instrumento. Decisão que exclui litisconsorte. Natureza de decisão interlocutória. Preliminar afastada. Magistrado. Polo passivo da ação. Possibilidade. Agente político. Não enquadramento de juiz na Lei de Crimes de Responsabilidade. Interpretação

extensiva. Impossibilidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “a decisão que exclui do processo um dos litisconsortes, prosseguindo o processo com relação aos demais réus, é recorrível por meio de agravo de instrumento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de apelação” (AgRg no REsp n. 1.012.086-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.09.2009).

2. Os crimes de responsabilidades podem ser imputados aos ministros do Supremo Tribunal Federal e, desde a vigência da Lei n. 10.028/2000, aos presidentes e seus substitutos no exercício da Presidência dos Tribunais Superiores, Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e aos Juízes e Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (arts. 39 e 39-A da Lei n. 1.079/1950).

3. *Os demais membros da magistratura, que não se enquadram nas hipóteses dos arts. 39 e 39-A da Lei n. 1.079/1950, não respondem por crime de responsabilidade, estando, todavia, sujeitos à lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).*

4. “... as razões de decidir assentadas na Reclamação n. 2.138 não têm o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, porquanto estabelecidas em processo subjetivo, cujos efeitos não transcendem os limites *inter partes*” (Rcl n. 2.197-DF).

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da Ação Civil Pública n. 001.08.007323-0, em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal-RN (REsp n. 1.127.542-RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12.11.2010).

Processual Civil. Administrativo. Magistrado. Lei n. 8.492/1992, art. 2º. Conceito de agente político. Compatibilidade com a legislação de improbidade administrativa.

1. *Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos – incluindo os magistrados – da possibilidade de figurar como parte legítima no pólo passivo de ações de improbidade administrativa.* Precedentes: AgRg no REsp n. 1.088.258-GO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.09.2009; EDcl no AgRg na AIA n. 26-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Corte Especial, DJe 1º.07.2009.

2. *Por mais que seja considerada a aplicabilidade da legislação especial relacionada com o crime de responsabilidade, também subsumem-se os magistrados ao conceito de improbidade administrativa, quando for o caso, na mansa jurisprudência desta Corte Superior.* Precedentes: Rcl n. 2.790-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04.03.2010; REsp n. 1.169.762-RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.09.2010.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.127.541-RN, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.11.2010).

Administrativo. Improbidade administrativa. Magistrados. Agentes políticos vs. agentes não políticos. Dicotomia irrelevante para a espécie. Compatibilidade entre regime especial de responsabilização política e a Lei de Improbidade Administrativa. Conceito abrangente do art. 2º da Lei n. 8.429/1992.

1. *Sejam considerados agentes comuns, sejam considerados agentes políticos, a Lei n. 8.429/1992 é plenamente incidente em face de magistrados por atos alegadamente ímprobos que tenham sido cometidos em razão do exercício de seu mister legal.*

2. Em primeiro lugar porque, admitindo tratar-se de agentes políticos, esta Corte Superior firmou seu entendimento pela possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face dos mesmos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/1992, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente. Precedente.

3. Em segundo lugar porque, admitindo tratar-se de agentes não políticos, o conceito de “agente público” previsto no art. 2º da Lei n. 8.429/1992 é amplo o suficiente para albergar os magistrados, especialmente, se, no exercício da função judicante, eles praticarem condutas enquadráveis, em tese, pelos arts. 9º, 10 e 11 daquele diploma normativo.

4. Despiciendo, portanto, adentrar, aqui, longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do enquadramento de juízes como agentes políticos, pois, na espécie, esta discussão demonstra-se irrelevante.

5. Recurso especial provido. Embargos de declaração de fls. 436-438 (e-STJ) prejudicados (REsp n. 1.127.182-RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.10.2010).

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Improbidade administrativa. Magistrado. Legitimidade passiva. Art. 2º da Lei n. 8.429/1992. Agente político. Compatibilidade entre eventual regime especial de responsabilização política e a Lei de Improbidade Administrativa.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Precedente.

2. Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos - incluindo magistrados, para doutrina e jurisprudência que assim os consideram - como parte legítima a figurar no pólo passivo de ações de improbidade administrativa.

3. *Não custa pontuar, ainda, que os magistrados enquadram-se no conceito de "agente público" (político ou não) formulado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/1992 e, mesmo que seus atos jurisdicionais pudessem eventualmente subsumirem-se à Lei n. 1.079/1950, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/1992, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado racione personae na Constituição da República vigente.*

4. Precedente: Rcl n. 2.790-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04.03.2010.

5. Recurso especial parcialmente provido a fim de determinar a continuidade da ação de improbidade administrativa também em face do réu sobre o qual recai a controvérsia do acórdão recorrido (REsp n. 1.169.762-RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.09.2010).

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes públicos. Art. 542, § 3º, do CPC.

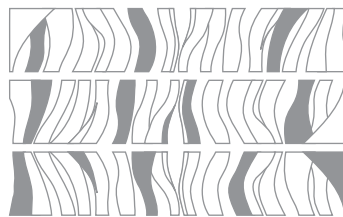
1. *Inviável a extinção preliminar de ação civil pública ajuizada para apurar ato de improbidade administrativa, com base exclusivamente no argumento de que a Lei n. 8.429/1992 não se aplica aos agentes pública, pela existência de Lei específica tratando de crimes de responsabilidade (Lei n. 1.079/1950).*

2. Posicionamento adotado pela instância ordinária, determinando o processamento da ação civil pública que está em harmonia com o entendimento desta Corte.

3. Agravo regimental não provido (AgRg na MC n. 16.383-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23.02.2010, DJe 04.03.2010).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para determinar a inclusão do recorrido no polo passivo da ação civil pública, a qual deve prosseguir na instância *a quo*, como for de direito.

É como voto.



Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.090.598-RS
(2008/0206884-6)**

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Agravante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul -
IPERGS

Procurador: Ernesto Diel e outro(s)

Agravado: Favorita Tecidos Finos Ltda

Advogado: Adriana Prado e outro(s)

Interessada: Neiva Maria Ribeiro

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial. Cessão de créditos alimentares. Execução. Precatório. Substituição processual. Art. 567, II, do CPC.

– O tema relativo à possibilidade de cessão de créditos alimentares encontra-se superado, porquanto reconhecido em primeiro grau ao se admitir a assistência simples da cessionária e não impugnado em recurso próprio. A questão jurídica a ser solucionada nesta Corte, assim, restringe-se ao direito à efetiva substituição processual.

– A norma do art. 567, inciso II, do Código de Processo Civil é independente em relação ao art. 42, § 1º, do mesmo diploma e é aplicável na fase de execução do título judicial, ausente qualquer restrição quanto ao momento processual em que celebrada a cessão do crédito. Precedente da Corte Especial.

Agravo regimental 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, 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 Castro Meira, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 16.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Agravo regimental interposto pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS contra a decisão de fls. 171-173, na qual dei provimento ao recurso especial assim:

Recurso especial interposto por Favorita Tecidos Finos Ltda., com base no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o acórdão de fls. 94-99, da Terceira Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, desprovendo agravo regimental, manteve integralmente a decisão monocrática do relator assim ementada:

Previdência pública. Execução de sentença. Precatório de natureza alimentar. Cessão de crédito.

Havendo trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito ao crédito junto ao IPERGS, possível é a cessão do referido crédito a terceiros, forte no art. 567, II, do CPC. Entretanto, esta situação não implica a substituição processual, cabendo à cessionária a assistência simples no processo.

Aplicação do art. 557, *caput*, do CPC (fl. 69).

Consta da decisão monocrática, a título de motivação, que "a cessão de crédito realizado não altera a legitimidade processual das partes" (fls. 71 e 96).

Alega a recorrente violação do art. 567, inciso II, do Código de Processo Civil, além de dissídio com a jurisprudência desta Corte Superior, sendo cabível, no caso em debate, a substituição processual, não a habilitação como mero assistente do crédito.

O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul apresentou contrarrazões (fls. 138-149) e o recurso especial foi admitido (fls. 152-158).

Decido.

Preliminarmente, esclareço que a possibilidade da cessão do crédito já foi deferida, discutindo-se no especial, apenas, a questão da substituição processual, o que deve ser acolhido na linha dos seguintes precedentes deste Tribunal:

Processual Civil. Embargos de divergência. Ausência de identidade fático-jurídica. Substituição processual. Execução. Cessão de crédito.

1. Não se verifica qualquer divergência, pois os arestos confrontados não guardam similitude fática e jurídica.

2. O aresto embargado, com base na jurisprudência desta Corte, entendeu ser possível a inclusão de expurgos inflacionários, em sede de liquidação de sentença, antes de homologados os cálculos, ainda que não tenha sido mencionada a correção monetária no processo de conhecimento. Por outro lado, nos julgados trazidos pela embargante como divergentes restou consignada a impossibilidade de inclusão de expurgos inflacionários em sede de precatório complementar, hipótese posterior à sentença de homologação da conta de liquidação.

3. O art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não veda a cessão de crédito tributário, cuidando tão somente do instituto da compensação de débitos relativos a tributos e contribuições.

4. Acerca do prosseguimento na execução pelo cessionário, cujo direito resulta de título executivo transferido por ato entre vivos – art. 567, inciso II do Código de Processo Civil –, esta Corte já se manifestou, no sentido de que a norma insere no referido dispositivo deve ser aplicada independentemente do prescrito pelo art. 42, § 1º do mesmo CPC, porquanto as regras do processo de conhecimento somente podem ser aplicadas ao processo de execução quando não há norma específica regulando o assunto. Precedentes.

5. Agravos regimentais não providos (AgRg no EREsp n. 354.569-DF, publicado em 13.08.2010, Corte Especial, da relatoria do em. Ministro Castro Meira).

Processual Civil. Cessão de créditos. Precatário. Habilitação do cessionário no pólo ativo da execução. Possibilidade. Consentimento da parte contrária. Inaplicabilidade.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de alteração do pólo ativo da execução, bem como o levantamento dos valores pelo cessionário, tendo em vista a cessão de créditos formalmente efetivada.

2. A orientação jurisprudencial das Turmas de Direito Público desta Corte Superior é no sentido de ser aplicável, na execução, o art. 567, II, do CPC, que concede ao cessionário o direito de promovê-la, ou nela prosseguir, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato

entre vivos, não se exigindo o prévio consentimento da parte contrária, a que se refere o art. 42, § 1º, do mesmo código.

Precedentes: AgRg no REsp n. 542.430-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11.05.2006 e REsp n. 687.761-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 19.12.2005.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.121.039-RS, publicado em 13.11.2009, Segunda Turma, da relatoria do em. Ministro Humberto Martins).

Agravo regimental em recurso especial. Direito Processual Civil. Execução. Cessão de crédito. Necessidade do consentimento do devedor. Não-exigência. Precedentes.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou-se no entendimento de que, no caso de cessão de crédito previdenciário, deve ser aplicada a norma prevista no artigo 567, inciso II, do Código de Processo Civil, a qual concede ao cessionário o direito de promover a execução, ou nela prosseguir, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos, não se exigindo, para tanto, o consentimento da parte devedora.

2. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 939.054-RS, publicado em 04.08.2008, Sexta Turma, da relatoria do em. Ministro Hamilton Carvalhido).

Cessão de crédito. Artigos 42 e 567 do Código de Processo Civil. Precedente da Corte.

1. Tratando-se de processo de execução, aplica-se a regra própria do art. 567 e não a geral do art. 42 do Código de Processo Civil, daí que a substituição processual pelo cessionário dispensa a autorização da parte adversa.

2. Recurso especial não conhecido (REsp n. 681.767-PR, publicado em 1º.10.2007, Terceira Turma, da relatoria do em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para admitir a substituição processual.

Publique-se.

Alega o agravante, em primeiro lugar, “que os direitos oriundos dos precatórios mencionados *in casu* não podem ser transacionados, pois são oriundos de dívidas alimentares e, portanto, *personalíssimas*” (fl. 182). Acrescenta, sob este enfoque, que “o credor só pode ceder seu crédito se a isso não se opuser a natureza da obrigação e a lei (artigo 286 do Código Civil)” (fl. 182).

Sustenta, ainda, que “a aplicação do art. 567, II, do CPC, tem lugar apenas nas hipóteses em que a cessão se deu antes da instauração da relação processual. a partir do ajuizamento da demanda, não há como afastar a incidência do art. 42 do CPC, e isto é o que diz essa colenda Corte e foi totalmente desconsiderado pela r. decisão” (fl. 182).

Argumenta que a norma do art. 78 do ADCT ressalva os créditos definidos como de pequeno valor e os de natureza alimentar da possibilidade de parcelamento e de cessão, daí que a decisão embargada, “ao autorizar a habilitação do cessionário de crédito alimentar na execução de sentença infringiu diretamente os princípios constitucionais mencionados” (fl. 184).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O presente regimental está assentado na impossibilidade de cessão de créditos oriundos de dívidas alimentares, invocando também a norma do art. 78 do ADCT, e a tese de que o art. 567, inciso II, do CPC “tem lugar apenas nas hipóteses em que a cessão se deu antes da instauração da relação processual. A partir do ajuizamento da demanda, não há como afastar a incidência do art. 42 do CPC” (fl. 182).

Sem razão o agravante.

Conforme anotado na decisão ora agravada, a possibilidade da cessão do crédito já foi reconhecida, tendo o Juiz de primeiro grau deferido a admissão da cessionária do crédito alimentar como assistente simples por entender inviável, exclusivamente, a alteração subjetiva (fls. 62-63). Contra essa decisão houve agravo de instrumento da cessionária, Favorita Tecidos Finos Ltda., ora agravada, postulando a substituição processual, o que não foi acolhido pelo Tribunal de origem.

Daí que o recurso especial discute, apenas, a questão da substituição processual e da assistência simples, estando superado o tema da possibilidade da cessão. Quisesse o IPERGS impugnar a cessão do crédito, deveria ter recorrido em relação ao tema, o que não consta destes autos.

Quanto à tese de que o art. 567, inciso II, do Código de Processo Civil é aplicável apenas nos casos em que a cessão se deu antes da instauração da relação processual, contraria a própria letra do dispositivo, com o seguinte teor:

Art. 567. Podem também promover a execução ou nela prosseguir:

[...]

II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;

Ora, a norma reproduzida, não é restritiva, dirigindo-se claramente às cessões de títulos obtidos judicialmente e efetuadas também após a instauração do feito. Além disso, é absolutamente independente da norma do art. 42, § 1º, do Código de Processo Civil. Aquela aplicada na fase de execução e esta na fase de conhecimento, devendo-se reiterar aqui o seguinte precedente da Corte Especial:

Processual Civil. Embargos de divergência. Ausência de identidade fático-jurídica. Substituição processual. Execução. Cessão de crédito.

1. Não se verifica qualquer divergência, pois os arestos confrontados não guardam similitude fática e jurídica.

2. O aresto embargado, com base na jurisprudência desta Corte, entendeu ser possível a inclusão de expurgos inflacionários, em sede de liquidação de sentença, antes de homologados os cálculos, ainda que não tenha sido mencionada a correção monetária no processo de conhecimento. Por outro lado, nos julgados trazidos pela embargante como divergentes restou consignada a impossibilidade de inclusão de expurgos inflacionários em sede de precatório complementar, hipótese posterior à sentença de homologação da conta de liquidação.

3. O art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não veda a cessão de crédito tributário, cuidando tão somente do instituto da compensação de débitos relativos a tributos e contribuições.

4. *Acerca do prosseguimento na execução pelo cessionário, cujo direito resulta de título executivo transferido por ato entre vivos – art. 567, inciso II do Código de Processo Civil –, esta Corte já se manifestou, no sentido de que a norma inserta no referido dispositivo deve ser aplicada independentemente do prescrito pelo art. 42, § 1º do mesmo CPC, porquanto as regras do processo de conhecimento somente podem ser aplicadas ao processo de execução quando não há norma específica regulando o assunto. Precedentes.*

5. Agravos regimentais não providos (AgRg no EREsp n. 354.569-DF, publicado em 13.08.2010, Corte Especial, da relatoria do em. Ministro Castro Meira - grifo meu).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.220.911-RS
(2010/0208503-0)**

Relator: Ministro Castro Meira

Agravante: Adelar José Drescher

Advogado: Paulo Ricardo Dornelles da Silva e outro(s)

Agravado: União

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil e Direito Civil. Teoria da perda de uma chance. Pressupostos indenizatórios. Alegada violação do art. 159 do Código Civil. Dano material hipotético. Impossibilidade. Dano moral. Acórdão *a quo* baseado no conjunto fático-probatório. Revisão de fatos e provas. Súmula n. 7-STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação.

3. A pretensão não encontra amparo na “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: “se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” (*Programa de Responsabilidade Civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental 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 agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 25.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil e Direito Civil. Pressupostos indenizatórios. Dano material. Prejuízo presumido. Impossibilidade. Dano moral. Acórdão *a quo* baseado no conjunto fático-probatório. Revisão de fatos e provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 538, parágrafo primeiro, do CPC. Multa. Súmula n. 98-STJ.

1. A qualificação do dano material pressupõe o decréscimo do patrimônio do lesado, sendo imprescindível que a perda sofrida seja comprovada, razão pela qual não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético. Assim, “para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *in* Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 952).

2. Indevido o dano moral, à míngua de efetiva comprovação, sendo certo que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

3. Não cabe a cominação de multa em embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 98-STJ.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte (e-STJ fl. 397).

No agravo regimental, alega o agravante ter sido alijado do certame por meio de ato ilícito, decorrente de decisão irrecurável e sigilosa e, em assim sendo, por força do que dispõe o art. 159 do Código Civil de 1916, faz jus à indenização em face da perda da oportunidade em continuar participando do concurso.

Afirma, ademais, que este Superior Tribunal de Justiça “tem aplicado a *teoria da perda de uma chance*, chancelando o dever indenizatório em face da conduta lesiva, quando eliminatória de uma oportunidade ao lesado” (e-STJ fl. 427). Cita como precedente o Recurso Especial n. 788.459-BA, conhecido como o “Caso do Show do Milhão”, em que foi deferida a indenização proporcional à perda da oportunidade sofrida pela autora da ação.

Ressalta, ainda, que “as decisões *sub censura*, assim como a ora decisão recorrida, reiterem-se, deixaram de considerar que o agravante *já havia logrado aprovação no concurso para procurador federal*, situação fática comprovada nos

autos antes mesmo da prolação da sentença” (e-STJ fl. 429 - grifos no original), o que, por si só, demonstra que a pretensão indenizatória é motivada pela perda da chance de assunção ao cargo e não pelos vencimentos que o agravante poderia vir a perceber.

Por fim, aduz que, nos casos de dano moral, a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido da prescindibilidade da demonstração do dano causado, bastando a comprovação do ato lesivo gerador do dever de indenizar. Dessa forma, entende não incidir na espécie o disposto na Súmula n. 7-STJ, já que a ilicitude do exame psicotécnico fora reconhecida pela sentença e pelo acórdão recorrido.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O ora recorrente ajuizou ação ordinária em face da União, por meio da qual pretende ser indenizado por danos materiais e morais decorrentes da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

Preliminarmente, a aplicação do disposto no art. 159 do Código Civil prescinde da demonstração de dolo ou culpa no ato administrativo que gera o prejuízo, desde que se achem presentes os três elementos que caracterizam a responsabilidade civil, quais sejam:

- a) a ilicitude ou abusividade do ato;
- b) o dano e
- c) o nexo de causalidade entre ambos.

Sobre a responsabilidade do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que, “para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.” (*in* Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 952).

No que tange à “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*), colhe-se dos autos que o concurso fora composto de duas etapas, conforme se extrai do respectivo edital, à e-STJ fl. 24:

4. ETAPAS DO CONCURSO

4.1. O processo seletivo compreenderá duas etapas distintas, a saber:

a) Primeira Etapa, de caráter eliminatório e classificatório, composta de provas e exames, compreendendo:

a.1) Prova de Conhecimentos, com questões subjetivas de múltipla escolha;

a.2) Exame Psicotécnico;

a.3) Exames Médicos (Biométrico e Clínico);

a.4) Provas de Capacidade Física;

a.5) Prova de Motorismo

b) Segunda Etapa, de caráter eliminatório, que consistirá do Curso de Formação.

Sobre a segunda etapa do concurso, assim regulou o edital:

13.6. O candidato que não obtiver, no mínimo, 60% (sessenta por cento) do total de pontos do Curso de Formação ou que não obtiver, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da frequência no Curso será considerado reprovado, não cabendo recurso na Área Administrativa (e-STJ fl. 25).

Verifica-se que o agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, considerando a inexistência de resultado válido no exame psicotécnico, em face das possíveis irregularidades na sua elaboração; além da segunda etapa.

Nesse contexto, forçoso concluir que as alegações do agravante não procedem, ainda mais quando amparadas na “teoria da perda de uma chance”, pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que:

se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (*Responsabilidade Civil*, 9ª ed. Forense, p. 42).

O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito (*Programa de Responsabilidade Civil*, 4ªed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

A fim de criar um parâmetro objetivo, Sérgio Savi afirma que a teoria se aplica “apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (...)” (*in Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 60-61).

Ainda que tal percentual não seja acolhido pela doutrina majoritária, por considerá-lo excessivamente alto, não pode se furtar o julgador da análise quanto à probabilidade do agravante de alcançar o bem almejado, caso o ato ilícito não lhe houvesse subtraído a chance alegada, ainda mais na circunstância como a que ora se analisa, em que o possível nem sempre é o provável.

Como trazido a cotejo pelo agravante, o caso do “Show do Milhão”, em que este Superior Tribunal reconheceu a perda da chance da participante em face de uma questão mal formulada, concluiu-se que, em condições normais, a probabilidade de acerto seria de 1 em 4 (em face do número de alternativas possíveis).

Mas o paradigma trazido à balha não guarda, é evidente, a mesma premissa fática da dos autos, tanto por não se tratar de concurso público, como também pela viabilidade em demonstrar-se a existência de uma chance real e séria da parte autora em obter a vantagem almejada.

Em suma, para fins de aplicação da teoria, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como no caso dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

Colha-se, a propósito, o seguinte precedente:

Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Erro médico. Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgica. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico. Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e denexo de causalidade. Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde. Teoria da perda da chance. Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inócurrenno caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade. Recurso especial provido.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexos de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da “teoria da perda da chance”;

V - Recurso especial provido (REsp n. 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 09.06.2009, DJe 04.08.2009, REFOR vol. 405 p. 449 RSTJ vol. 216 p. 464)

De mais a mais, observe-se a seguinte assertiva do agravante, nas razões do agravo regimental interposto:

A presente ação foi interposta pelo agravante quando este já estava prestes a tomar posse no cargo de **procurador federal**, tanto é verdade que no item “Requerimentos” aduziu expressamente: **“O autor busca na presente ação de perdas e danos, em virtude de não lhe ser mais útil a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, pois o mesmo está prestes a tomar posse no cargo de Procurador Federal na Advocacia geral da União e não lhe é mais conveniente a posse no cargo de Policial Rodoviário Federal!”** (grifado). Resta clara a pretensão indenizatória pela **perda da chance** de assunção ao cargo sub censura e não os vencimentos não percebidos (e-STJ fl. 427 - grifos no original).

Dessarte, ainda se assim não fosse, a pretensão do agravante não encontra guarida na teoria da perda de uma chance empregada “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego” (FILHO, Sérgio Cavalieri. *op. cit.*, pp. 91-92), dentre outras.

Ora, o autor não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, ainda que pudesse ser reconhecida a subtração da chance de ser aprovado no concurso público, não há dano a ser indenizado, já que sem a posse no cargo e o exercício das atividades a ele inerentes, não há se falar em “novo emprego” ou “progressão na carreira”, muito menos em perda de um benefício economicamente mensurável, seja financeiro ou patrimonial.

Em suma, o agravante não sofreu qualquer frustração, já que, na data da propositura da ação, não lhe era mais “útil a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal” (e-STJ fl. 427) e, assim, não há, de todo modo, oportunidade perdida a ser reparada.

É o que se extrai do seguinte excerto tirado do REsp n. 1.190.180-RS, DJe 22.11.2010, da relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, que trata do assunto:

Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da **possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria**, não fosse o ato ilícito praticado.

Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, **mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético** (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007).

Com efeito, a perda de uma chance - desde que essa seja **razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo**, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

Conclui-se, com amparo na doutrina, que a chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, de modo que “se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e (...) o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. **Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar**” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101). (et. al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Renovar, pp. 733-734 - grifado)

Por fim, quanto ao alegado dano material, assim se pronunciou a Corte de origem, ao adotar os fundamentos da sentença:

Finalmente, quanto aos danos morais, não vejo como a exclusão do autor do concurso na fase do exame psicotécnico possa ser caracterizada como um dano moral indenizável. A meu sentir, inabilitação de um candidato neste exame, em absoluto tem ou teve o significado expressado pelo autor na inicial de que esta pessoa passe a ser vista como mental e psicologicamente desequilibrada, apenas de que não possui o perfil psicológico indicado a ocupar o cargo de policial rodoviário federal. A dor e a angústia caracterizadoras do dano moral devem ser mensuradas á vista do senso comum. Suscetibilidades pessoais, ante o seu elevado grau de subjetivismo e pela mesma impossibilidade de sua mensuração por terceiro que não o próprio lesado, não podem ser levadas em conta neste tipo de análise" (e-STJ fls. 254-255).

Dessa forma, quanto ao dano moral, tenho-o como indevido, à míngua de efetiva comprovação, sendo certo que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

Ao analisar esse tema, Sérgio Cavalieri Filho novamente expõe com precisão:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está determinado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há de que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras da experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral (*in Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, p. 83*).

Não podemos nos olvidar de que o exame psicotécnico constava do edital do concurso; logo, havia previsão expressa quanto à possibilidade de o recorrente ser reprovado se não estivesse habilitado nesse exame. O reconhecimento

de exigência ilegal não afasta esse aspecto subjetivo que envolve a pretensão do recorrente, o que só seria plausível com forte substância probatória, não verificada no aresto de segundo grau.

Colham-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão do julgado. Inocorrência. Existência do dano. Nexo de causalidade. *Quantum* indenizatório. Reexame de matérias de fato. Súmula n. 7 do STJ.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. A verificação da existência de dano moral e de nexo causal entre o evento e o dano sofrido, ensejadores de indenização, não pode ser reapreciada no âmbito do recurso especial, pois é vedado o reexame de matéria fático-probatória nessa sede, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

3. Mesmo óbice impede o conhecimento do recurso especial quanto à revisão do valor fixado a título de verba indenizatória.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp n. 917.070-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 05.06.2008)

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

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO RECURSO ESPECIAL N. 1.194.889-AM (2010/0089676-8)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Embargante: Estado do Amazonas

Procurador: Karla Brito Novo e outro(s)

Embargado: Jose de Araujo Cavalcante

Advogado: Vivaldo Barros Frota

EMENTA

Embargos de declaração. Recurso especial. Questão de ordem. Nulidade do acórdão. Julgamento colegiado. Necessidade de decisão unipessoal. Precedente da Corte Especial.

1. A Segunda Turma, em recente assentada, uniformizou entendimento de que os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática do relator devem ser julgados por meio de decisão unipessoal, e não colegiada. Prestígio de antigos precedentes da Corte Especial e do princípio do paralelismo de formas.

2. Arguição de nulidade procedente. Necessidade de anulação do acórdão para renovação do exame dos embargos declaratórios por ato decisório singular.

Embargos declaratórios acolhidos para anular o acórdão embargado.

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, acolheu os embargos de declaração para anular o acórdão embargado, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 15.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo *Estado do Amazonas* contra acórdão da Segunda Turma que rejeitou os primeiros embargos de declaração da embargante, nos termos da seguinte ementa (fl. 251-e):

Processual Civil. Embargos de declaração. Alegação de contradição reconhecida. Inexistência de modificação na decisão recorrida.

1. Caracteriza-se a contradição quando há na decisão recorrida observações inconciliáveis entre si.

2. Suprimida a contradição e analisada a questão à luz dos precedentes desta Corte, há de ser mantida a decisão recorrida integralmente.

Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

Insiste a embargante (fls. 255-259-e) na existência de erro material no acórdão, porquanto o recurso de embargos foi interposto contra decisão monocrática, todavia, tendo sido julgado pelo colegiado. No mesmo diapasão, reitera que há contradição na decisão embargada, relacionada com a aludida violação do art. 1º, do Decreto n. 20.910/1932 e do art. 22, da Lei n. 8.880/1994.

Pugna, por fim, sejam sanados os vícios apontados. Ordem de consequência, pleiteia que seja anulado o acórdão.

A embargada, instada a manifestar-se (fl. 263-e), silenciou.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Os embargos devem ser acolhidos.

Na assentada de 17.03.2009, a Segunda Turma, no julgamento dos embargos de declaração no REsp n. 1.086.142-SC, relatado pela Min. Eliana Calmon, foi suscitada questão de ordem pelo Min. Castro Meira, no sentido de que o julgamento de embargos declaratórios contra decisão monocrática compete ao relator, por meio de decisão unipessoal.

Na ocasião, acompanhei a dissidência, porquanto trata-se de matéria uniformizada pela Corte Especial, e cuja aplicação na Segunda Turma vinha sendo objeto de flexibilização.

De fato, a Corte Especial, em dois julgamentos distintos, adotou a tese de que os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, que julga o recurso, hão de ser apreciados de modo singular, como mecanismo de preservação do conteúdo do *decisum*. Com isso, impedir-se-ia que algum tema não aclarado restasse precluso, e ao interessado restasse embargar novamente de um acórdão que já decidira a *quaestio* em sede de embargos.

Transcrevo precedente nesse sentido:

Embargos de declaração. Decisão monocrática. Competência do próprio julgador e não do órgão colegiado. Precedente da Corte Especial.

1. *Como alinhado em precedente da Corte Especial, a competência para julgar embargos de declaração contra decisão do Relator é deste e não do órgão colegiado, sob pena de afastar-se a possibilidade de exame do próprio mérito da decisão. Diversa é a hipótese em que o órgão colegiado, por economia processual, julga os embargos de declaração como agravo e enfrenta a matéria objeto do especial, o que não ocorre neste feito em que o órgão colegiado limitou-se a rejeitar os embargos de declaração à míngua dos pressupostos do art.535 do Código de Processo Civil. Todavia, como requerido pela parte, que considerou enfrentados os fundamentos da decisão agravada, deve o órgão colegiado, até mesmo por economia processual, julgar o recurso como agravo interno.*

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(EREsp n. 332.655-MA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 16.03.2005, DJ 22.08.2005, p. 123.)

Há precedente mais antigo, porém de cunho ainda mais amplo, que trata dos embargos de declaração no EREsp n. 174.291-DF, que possuía relator originário na pessoa do Min. Peçanha Martins, e relator para acórdão o Min. Humberto Gomes de Barros. Nesse julgado, “*entendeu-se que compete ao relator, e não ao órgão colegiado, apreciar embargos dirigidos a decisão sua, unipessoal*”.

Os fundamentos desse acórdão foram enriquecidos pelo voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que ponderou estar “plenamente convencido de que cabem embargos de declaração de decisão monocrática, decididos pelo próprio relator. Se o recurso for levado diretamente ao colegiado, estar-se-á cortando uma possibilidade de agravo regimental, em que a parte poderia alegar não apenas o que faltou na decisão embargada”.

A ementa desse importante prejulgado é a seguinte:

Processual. Embargos declaratórios. Decisão unipessoal de relator. Competência do próprio relator.

- Os embargos declaratórios não têm efeito devolutivo. O órgão que emitiu o ato embargado é o competente para decidir ou apreciar.

- Compete ao relator, não ao órgão colegiado, apreciar embargos dirigidos a decisão sua, unipessoal.

(EDcl nos EREsp n. 174.291-DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 18.04.2001, DJ 25.06.2001, p. 96)

De cunho bem mais didático, e com referência expressa ao caso do recurso especial, tem-se outro aresto, desta vez proferido na Quarta Turma do STJ.

Trago à colação sua ementa:

Processo Civil. Embargos de declaração. Competência para julgamento. Art. 537, CPC. Exegese. Doutrina. Recurso especial. Esgotamento das instâncias ordinárias. Pressuposto de admissibilidade. Enunciado n. 281-STF. Decisão monocrática de membro do Tribunal. Cabimento do agravo interno. Precedentes. Recurso desacolhido.

I - *A competência para julgamento dos embargos de declaração é sempre do órgão julgador que proferiu a decisão embargada. Assim, quando apresentados contra acórdão, é do colegiado, e não do relator, a competência para o seu julgamento. E é do relator, monocraticamente, aí sim, quando ofertados contra decisão singular.*

II - É pressuposto de admissibilidade do recurso especial o esgotamento das instâncias ordinárias, diante da norma do art. 105-III da Constituição, que fala em decisão de “única ou última instância”, e também do Enunciado n. 281-STF.

III - Na linha dos precedentes do Tribunal, “o recurso especial não tem cabimento se interposto após decisão monocrática proferida em sede de embargos de declaração, já que não esgotada a prestação jurisdicional, pelo colegiado, acerca do tema”.

(REsp n. 401.366-SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 10.12.2002, DJ 24.02.2003, p. 240)

É o que se diz, na linguagem de Pontes de Miranda, de *paralelismo de formas*. Em tais circunstâncias, apesar de guardar reservas sobre esse ponto, a existência de posição explícita da Corte Especial torna-a vinculante. Necessário prestigiar os entendimentos daquele órgão, em nome da segurança jurídica e da estabilidade pretoriana no STJ.

Deve-se acolher a questão de ordem e anular o acórdão embargado.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, para declarar nulo o acórdão embargado.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.140.723-RS (2009/0094892-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda
Advogado: Rafael Pandolfo e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Processo Civil. PIS. Cofins. Incidência monofásica. Creditamento. Impossibilidade. Legalidade. Interpretação literal. Isonomia. Prestação jurisdicional suficiente. Nulidade. Inexistência.

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. A Constituição Federal remeteu à lei a disciplina da não-cumulatividade das contribuições do PIS e da Cofins, nos termos do art. 195, § 12 da CF/1988.

3. A incidência monofásica, em princípio, é incompatível com a técnica do creditamento, cuja razão é evitar a incidência em cascata do tributo ou a cumulatividade tributária.

4. Para a criação e extensão de benefício fiscal o sistema normativo exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/1988) e veda interpretação extensiva (cf. art. 111 do CTN), de modo que benefício concedido aos contribuintes integrantes de regime especial de tributação (REPORTO) não se estende aos demais contribuintes do PIS e da Cofins sem lei que autorize.

5. A concessão de benefício fiscal por interpretação normativa, além de ofender a Súmula n. 339-STF, implica em violação ao princípio da isonomia, posto que os contribuintes sujeitos ao regime monofásico não se submetem à mesma carga tributária que os contribuintes sujeitos ao regime de incidência plurifásica.

6. 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 (Presidente) e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 22.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

Direito Tributário. Lei n. 11.033/2004, artigo 17. PIS e Cofins. Direito ao creditamento em regime não cumulativo sujeito a incidência monofásica.

1 - A não-cumulatividade objetiva evitar o aumento excessivo da carga tributária decorrente da possibilidade de cumulação de incidências tributárias ao longo da cadeia econômica.

2 - Este objetivo pode ser alcançado pela técnica do creditamento e pela tributação monofásica.

3 - Cuidando de tributação monofásica, desaparece o pressuposto fático necessário para a adoção da técnica do creditamento, que é a possibilidade de incidências múltiplas ao longo da cadeia econômica, não se podendo falar, portanto, em cumulatividade.

4 - O âmbito de incidência do artigo 17 da Lei n. 11.033/2004 restringe-se ao “Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO”, como decorre do texto do diploma legislativo onde inserido tal artigo.

5 - A extensão da previsão do artigo 17 da Lei n. 11.033/2004 a situações diversas daquela prevista na legislação implicaria privilégio indevido para certas atividades econômicas, em detrimento de todas as outras que sujeitas à tributação polifásica. (f. 283)

Opostos embargos de declaração (fls. 287-290), que restaram parcialmente providos (fls. 292-296).

Nas razões recursais, alega-se violação dos arts. 3º da Lei n. 10.637/2002, 3º da Lei n. 10.833/2003, 17 da Lei n. 11.033/2001 e art. 24 da Lei n. 11.727/2008, bem como do art. 535, I e II do CPC, sustentando, em síntese, que:

a) as Leis n. 10.865, de 30.04.2004 e 11.033, de 21.12.2004 inseriram na sistemática de não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins as receitas monofásicas das vendas dos produtos referidos nas Leis n. 10.147/2000, 9.990/2000 e 10.485/2002, bem como alteraram profundamente a sistemática de crédito das contribuições, ampliando este direito para as pessoas jurídicas que obtém receita e que não sofrem a incidência das contribuições (isenção, alíquota zero etc);

b) a vedação contida no art. 3º, III, **b** da Lei n. 10.833/2003 foi criada na época em que não se admitia na sistemática de não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins mercadorias sujeitas a regime monofásico, mas acabou revogada pelo art. 17 da Lei n. 11.033/2004;

c) o acórdão recorrido, ao tomar emprestado decisão proferida em outro processo, desconsiderou totalmente as peculiaridades da atividade da recorrente, que se dedica ao comércio varejista e atacadista de mercadorias passíveis de venda em supermercados e hipermercados;

d) também olvidou em apreciar a tese da recorrente, no sentido de que o art. 24 da Lei n. 11.727/2008, ao impossibilitar o creditamento das contribuições adquiridas com incidência monofásica, acabou por reconhecer a existência do benefício durante a vigência do art. 17 da Lei n. 11.033/2004;

e) *é inegável que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 garantiu a manutenção do crédito do PIS e COFINS não apenas para os beneficiários do REPORTE (critério topográfico), que vendem bens com suspensão das contribuições, mas sim, de maneira irrestrita, para todos que realizem operações de mercadorias com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência;*

f) no sistema monofásico toda a tributação incidente na cadeia produtiva é antecipada e concentrada em uma única fase, sendo debitada com alíquota gravosa para corresponder ao mesmo resultado econômico que teria no caso da incidência plurifásica;

g) o art. 24 da Lei n. 11.727/2008, reproduziu o conteúdo dos arts. 14 e 15 da MP 413, de 2008, reconhecendo o direito ao creditamento das

contribuições adquiridas com incidência monofásica, a partir da vigência da Lei n. 11.033/2004.

b) a vedação imposta pelo art. 24 da Lei n. 11.727/2008 somente tem aplicação aos fatos geradores ocorridos após sua vigência.

Ao final postula a reforma do acórdão recorrido. (fls. 270-294)

Contrarrazões às fls. 328-330, nas quais aduz a impossibilidade de extensão do art. 17 da Lei n. 11.033/2004 à hipótese fática descrita nesta demanda, pois o referido benefício limita-se ao REPORTE - Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária.

Sustenta que a Cofins e o PIS, por incidirem sobre a receita e o faturamento, não se encontram vinculados a qualquer produto, não se lhes aplicando a técnica do *imposto contra imposto*, razão pela qual o legislador adotou, para tais tributos, o critério *base contra base*, possibilitando a subtração da base de cálculo de determinados custos, encargos e despesas enumerados em lei e relacionados à atividade da pessoa jurídica.

Recurso especial admitido às fls. 336-337.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A controvérsia reside em saber se a aquisição de produtos sujeitos à incidência monofásica da Cofins e do PIS (nos termos das Leis n. 9.990/2000, 10.147/2000 e 10.485/2002) por revendedores atacadistas e varejistas geram direito à dedução da base de cálculo de tais contribuições, nos termos das Leis n. 10.683/2003 e 10.833/2003.

A recorrente argumenta que seu direito restou expressamente reconhecido com a edição do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, que possibilitou o creditamento das contribuições quando houvesse isenção, alíquota zero ou não-incidência na saída da mercadoria. E tanto tem procedência este argumento que o art. 27 da Lei n. 11.727/2008 acabou por revogar o direito ao creditamento do PIS e da Cofins na incidência monofásica.

Aduz, em preliminar, a nulidade do aresto recorrido por insuficiência na prestação jurisdicional, defendendo que sua tese jurídica de reconhecimento do benefício pelo art. 17 da Lei n. 11.033/2004 e posterior reconhecimento de sua existência pela Lei n. 11.727/2008 não foi apreciada.

Os fundamentos do acórdão combatido são os seguintes:

1) a cumulatividade dos tributos implica em aumento de carga tributária incidente no preço das mercadorias, produtos e serviços e para evitar tal fenômeno a legislação adota basicamente dois sistemas: a tributação monofásica e o sistema de creditamento;

2) na tributação monofásica, diante da inexistência de incidência múltipla não há perigo de tributação em cascata (cumulativa), razão pela qual não há sentido em se adotar a técnica do creditamento;

3) somente na incidência plurifásica há sentido na adoção da técnica do creditamento;

4) o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 restringe sua aplicação ao *Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO*. Para ser aplicado à atividade da recorrente deveria haver expressa menção nesse sentido, já que ontologicamente regime monofásico e cumulatividade são conceitos diversos;

5) fosse possível aplicar o art. 17 na forma preconizada, além dos limites para os quais foi concebido (REPORTO), haveria injuridicidade seja pelo plano ontológico, seja pelo plano da igualdade, quando se criaria privilégio para certas atividades, em detrimento de todas as outras que suportam tributação plurifásica; e

6) os arts. 14 e 15 da MP n. 413/2008 não foram reproduzidos na Lei n. 11.727/2008, fruto de sua conversão em lei e limitavam-se a excluir do regime monofásico apenas as situações enquadráveis no REPORTO. (fls. 276-284)

A tese tida por omitida pelo recorrente foi expressamente abordada no aresto recorrido, de modo que inexistente a apontada insuficiência da prestação jurisdicional. Afasta-se, por conseguinte, a nulidade do aresto recorrido.

No mérito, não assiste razão ao recorrente. O legislador constitucional remeteu à lei a regulação da não-cumulatividade do PIS e da Cofins (cf. art. 195, § 12 da CF/1988), vindo a lume as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, instituindo tal regime para o PIS e a Cofins, respectivamente.

Como bem explanado no aresto recorrido, a técnica do creditamento é incompatível com a incidência monofásica porque não há cumulatividade a ser evitada, razão maior da possibilidade de que o contribuinte deduza da base de cálculo destas contribuições (faturamento ou receita bruta) o valor da contribuição incidente na aquisição de bens, serviços e produtos relacionados à atividade do contribuinte.

Permitir a possibilidade do creditamento destas contribuições na incidência monofásica, além de violar a lógica jurídica da adoção do direito à não-cumulatividade, implica em ofensa à isonomia e ao princípio da legalidade, que exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/1988) para a concessão de qualquer benefício fiscal. E sem dúvida a permissão de creditamento de PIS e da Cofins em regime de incidência monofásica é concessão de benefício fiscal.

Não podemos olvidar igualmente a existência do art. 111 do CTN, que exige interpretação literal das normas tributárias que excluam o crédito, suspendam-lhe a exigibilidade ou dispensem seu pagamento.

Por outro lado, o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 não estendeu a não-cumulatividade do PIS e da Cofins às atividades da recorrente, submetidas à incidência monofásica, pois o aludido preceito normativo restringe-se às situações aplicáveis ao REPORTO, como ressaltam os consideranda da lei em referência e os arts. 13 a 17:

Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO; altera as Leis n. 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências.

(...)

Art. 13. Fica instituído o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, nos termos desta Lei.

Art. 14. As vendas de máquinas, equipamentos e outros bens, no mercado interno, ou a sua importação, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do REPORTO e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias, serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e, quando for o caso, do Imposto de Importação.

Art. 15. São beneficiários do REPORTO o operador portuário, o concessionário de porto organizado, o arrendatário de instalação portuária de uso público e a empresa autorizada a explorar instalação portuária de uso privativo misto.

Art. 16. Os beneficiários do Reporto, descritos no art. 15 desta Lei, ficam acrescidos das empresas de dragagem, definidas na Lei n. 11.610, de 12 de dezembro de 2007, dos recintos alfandegados de zona secundária e dos Centros

de Treinamento Profissional, conceituados no art. 32 da Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e terão o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - Reporto para aquisições e importações efetuadas até 31 de dezembro de 2011. (Redação dada pela Lei n. 11.726, de 2008).

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

No mais, medida provisória não convertida em lei perde sua eficácia desde o surgimento, conforme prescreve o art. 62, § 3º da CF/1988.

Portanto, o aresto recorrido merece confirmação por seus próprios fundamentos.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.158.403-ES (2009/0186228-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Florestas Rio Doce S/A

Advogado: Luiz André Nunes de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procurador: Antônio José Ferreira Abikair e outro(s)

EMENTA

Tributário. Processo Civil. ICMS. Venda de árvores em pé. Fato gerador. Impossibilidade. Ausência de mercadoria. Suficiência da prestação jurisdicional. Prequestionamento explícito. Desnecessidade. CDA. Nulidade. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 110 do CTN. Matéria constitucional. Decadência. Ausência de pagamento. Art. 173, I do CTN. Aplicação. REsp n. 973.733-SC. Art. 543-C do CPC.

1. Inexiste deficiência na prestação jurisdicional se, a despeito do enfrentamento da questão jurídica, não se mencionou expressamente o enunciado normativo tido por violado. Precedentes.

2. A premissa veiculada no acórdão, no sentido de que a CDA se mostra hígida e conforme ao devido processo, é insuscetível de reexame em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

3. Esta Corte pacificou o entendimento, segundo o qual inexistindo declaração ou pagamento do tributo, o prazo para a constituição do crédito tributário rege-se pelo art. 173, I do CTN. Precedente: REsp n. 973.733-SC, Rel. Ministro *Luiz Fux, Primeira Seção*, julgado em 12.08.2009, DJe 18.09.2009.

4. O art. 110 do CTN versa sobre exercício de competência tributária pelos Entes Políticos, matéria de cunho constitucional, de exame inviável em sede de recurso especial, nos termos do art. 102, I, a da CF/1988. Precedentes.

5. A venda de árvores em pé, como modalidade da atividade de gestão de ativos florestais, não é fato gerador de ICMS e gravá-la consistiria em tributar etapa preparatória de possível operação mercantil, em prejuízo da legalidade tributária.

6. Recurso especial conhecido em parte e 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 Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 22.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo assim ementado:

Apelação cível. Tributário. ICMS. Não pagamento. Lançamento de ofício. Decadência. Não configuração. Termo inicial. Art. 173, I do CTN. Nulidade da CDA. Não indicação do período de apuração do crédito e da alíquota. Discriminação no processo administrativo a que teve acesso o contribuinte. Ausência de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Venda de “árvores em pé”. Destinação econômica. Bem móvel por antecipação. Circulação de mercadoria. Fato gerador de ICMS. Recurso desprovido.

1. Quando o contribuinte não paga o tributo, o prazo decadencial de 5 anos, mesmo que se trate de imposto cujo lançamento se dá por homologação, tem por termo inicial, nos termos do art. 173, I do CTN, o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, uma vez que a ausência de pagamento antecipado torna o controle fiscal carecedor de objeto.

2. A pena de nulidade da inscrição da dívida e da respectiva CDA deve ser interpretada *cum granis salis*, para que não seja declarada em virtude de falhas que não geram prejuízos a sua defesa.

3. Muito embora o art. 79 do CC considere a árvore, enquanto incorporada ao solo, bem imóvel, esta classificação legal deve ser interpretada com a destinação econômica conferida ao bem. Segundo Caio Mário, “a mesma vontade humana que tem o condão de imobilizar bens móveis, deve ter o poder de mobilizar bens imóveis, em função da finalidade econômica. (...) Mas o industrial que adquire do proprietário de um fundo a madeira existente no mesmo, para recebê-la cortada ou para ele próprio encarregar-se da derrubada, não está positivamente negociando uma coisa imóvel, pois que as árvores de nada lhe servirão enquanto presas pelas raízes. O objeto do contrato é a madeira a ser cortada; o que tem interesse econômico são as árvores destacadas do solo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I. 21 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424)

4. A venda de “árvores em pé”, mesmo antes de destacadas do solo, constitui fato gerador do ICMS.

5. Recurso desprovido. (f. 1.823)

Nas razões de recurso, alega-se violação ao art. 535, II do CPC; aos arts. 150, § 4º, 173, I, 202 e 203 do CTN; aos arts. 2º, § 5º, III e § 6º da Lei n. 6.830/1980 e art. 79 do CC, aduzindo, em suma, que:

a) ao negar provimento aos embargos de declaração opostos para sanar omissão consistente na ausência de prequestionamento explícito da matéria, com citação dos dispositivos legais e constitucionais imprescindíveis para interposição dos cabíveis recursos aos Tribunais Superiores, principalmente os arts. 110 e 202 do CTN, o acórdão incorreu em violação ao art. 535, II do CPC;

b) ao reconhecer a higidez da CDA que embasa a cobrança executiva, sob entendimento de que a ausência de informações relacionadas à origem do débito (período de apuração e alíquota aplicada) não prejudicou a defesa da ora Recorrente, que teria tido amplo acesso ao processo administrativo, implica em afronta ao art. 2º, § 5º, III e § 6º da Lei n. 6.830/1980 c.c. o art. 202 do CTN, pois a omissão ou erro nos requisitos formais acarretará a nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente por falta de certeza do crédito tributário;

c) ao concluir pela não ocorrência da decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e maio de 1994, entendendo aplicável o art. 173, I do CTN, e não o art. 150 § 4º do CTN, o aresto recorrido incorreu em negativa de vigência dos referidos enunciados normativos, já que a ausência de pagamento não é requisito para a modificação do termo *a quo* decadencial;

d) ao considerar que a venda de floresta em pé (bem imóvel, nos termos do art. 79 do CC), atividade inserida no objeto social da requerente - gestão de ativos florestais -, é fato gerador do ICMS, cuja hipótese de incidência são operações com mercadorias, bens móveis, o acórdão vergastado desconsiderou o art. 110 do CTN e afrontou igualmente o art. 79 do CC;

e) embora o Código Civil possa permitir a flexibilidade dos seus conceitos, admitindo que um bem imóvel possa ser considerado bem móvel de acordo com sua destinação econômica, essa interpretação é inválida no âmbito do Direito tributário;

f) a compra e venda de floresta em pé limita-se à entrega das árvores enraizadas ao adquirente, ficando sob a responsabilidade deste já na qualidade de proprietário da floresta, a extração, venda e transporte da madeira e, por conseguinte, a responsabilidade tributária pelas operações mercantis praticadas, conforme art. 15, § 3º e 21, § 1º do RICMS e soluções de consulta formuladas à Administração tributária dos Estados de São Paulo e Minas Gerais; e

g) à época dos fatos geradores, o art. 43, I do CC previa as árvores como bens imóveis. Ao final, postula-se a nulidade do acórdão ou sua reforma com a procedência da ação anulatória. (fls. 1.874-1.936)

Contrarrazões às fls. 2.017-2.024.

Recurso especial admitido às fls. 2.034-2.042.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Inicialmente, quanto à tese de ofensa ao art. 535, II do CPC, cumpre afirmar que esta Corte admite pacificamente o prequestionamento implícito, assim considerada a atividade da corte local, que se pronuncia sobre a questão jurídica suscitada, nada obstante não mencione expressamente o dispositivo legal que embasa os fundamentos utilizados no *decisum*. Em outras palavras, não se exige o prequestionamento explícito, almejado pela recorrente ao opor os declaratórios.

Nesse sentido, dentre outros:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Prequestionamento implícito da matéria recursal. Execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Prescrição intercorrente. Prazo a ser observado. Legislação vigente ao tempo em que determinado o arquivamento do processo. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no REsp n. 1.091.679-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 30.06.2010)

Processo Civil. Embargos de divergência. O prequestionamento exigido para o conhecimento do recurso especial pode ser implícito.

Provimento dos embargos de divergência para que a Quinta Turma prossiga no julgamento do recurso especial, decidindo, preliminarmente, se houve na espécie o prequestionamento implícito das normas legais que teriam deixado de ser aplicadas pelo Tribunal *a quo*.

(EResp n. 161.419-RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 15.08.2007, DJe 10.11.2008)

Pquestionadas as teses em que se funda a pretensão recursal, cabível o recurso especial.

Discute-se a possibilidade de cobrança executiva lastreada em CDA que, segundo afirma o recorrente, carece de indicação da alíquota aplicável e do período de apuração da dívida.

O Tribunal local, quanto ao aspecto, assim se pronunciou:

A CDA objeto da execução refere-se a débitos de ICMS compreendidos entre os meses de janeiro de 1994 e março de 1999, que não foram pagos pelo contribuinte, por isto que o lançamento em relação aos mesmos se deu de ofício pela autoridade fiscal. (f. 1.835)

(...)

Este entendimento não se sobrepõe àquele, também firmado pelo STJ, de maneira pacificada, no sentido de que a pena de nulidade da inscrição da dívida e da respectiva CDA deve ser interpretada *cum granu salis*, para que não seja declarada em virtude de falhas que não geram prejuízos para o executado promover sua defesa. (f. 1.843)

(...)

No caso, muito embora a Certidão de Dívida Ativa não discrimine a dívida levando em conta os valores cobrados, em relação a cada exercício fiscal, no que toca a principal, juros e multa, tal circunstância não impediu a apelante de exercer plenamente seu direito de defesa, mormente porque tais valores constam de maneira discriminada no processo administrativo que gerou o Auto de Infração n. 392075-2, ao qual teve pleno acesso, tanto que cópia sua consta da documentação juntada à petição inicial dos embargos à execução.

Tanto não houve prejuízo ao exercício do direito de defesa da apelante, que as suas razões, no que toca ao excessivo valor cobrado a título de multa, foram acolhidas pelo Juízo de primeiro grau, que, neste ponto, julgou procedente os embargos. (f. 1.848)

Não é requisito da CDA a indicação da alíquota aplicável ao gravame. A lei exige que dela constem a origem e o fundamento legal da dívida (cf. art. 202, III do CTN), ou seja se é dívida tributária e qual a norma de incidência do gravame, bastando a indicação no título dos enunciados normativos que fundamentam a exigência.

Tampouco a ausência ou equívoco do título por si só causam a sua nulidade, já que esta Corte entende pela manutenção da CDA que não prejudica o devido processo legal, permitindo a ampla defesa do executado. É certo que a participação da parte no processo administrativo de accertamento não elide omissão ou erro que implique em cerceamento de defesa, mas a participação do devedor em contraditório na formação do título executivo atenua a força do argumento pela nulidade por cerceamento de defesa.

Ademais, a pretensão é inviável nesta sede por implicar em reexame de provas. Nesse sentido, dentre outros:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Notificação de lançamento. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356-STF. Fundamento inatacado do acórdão recorrido. Súmula n. 283-STF. Requisitos de validade da CDA. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Agravo improvido.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF, Enunciado n. 282).

(...)

4. A questão relacionada à verificação da liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA, bem como ao preenchimento dos seus requisitos de validade, implica, para o seu deslinde, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, vedado na instância excepcional.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.184.998-RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23.03.2010, DJe 15.04.2010)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Nulidade da CDA. Incursão no acervo fático-probatório. Súmula n. 7-STJ. Contribuição ao Incra. Exigibilidade. Contribuição previdenciária sobre gratificação natalina. Não-impugnação dos fundamentos do Tribunal de origem. Denúncia espontânea. Art. 138 do CTN. Inaplicabilidade. Honorários advocatícios. Princípio da sucumbência.

1. Rever o entendimento do Tribunal de origem, segundo o qual “a parte embargante não logrou êxito na comprovação do desatendimento aos requisitos constantes no § 5º, do art. 2º da LEF por parte do título executivo, tais como o período da dívida, a sua origem, sua fundamentação legal e seu modo de atualização”, demanda análise do conjunto fático-probatório dos autos.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido, reiteradamente, que a verificação da existência ou não dos requisitos necessários à validade da CDA, em seu aspecto formal, constitui reexame de matéria fática, razão pela qual incide na espécie a Súmula n. 7 do STJ.

(...)

8. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.257.294-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06.04.2010, DJe 20.04.2010)

Discute-se, outrossim, a inaplicabilidade do art. 150, § 4º do CTN à hipótese, pois sendo o ICMS tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial rege-se pelo citado enunciado, afastando a aplicação do art. 173, I do CTN, ainda que não tenha havido pagamento do crédito.

A aplicação do art. 173, I do CTN pelo acórdão vergastado encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, pois inexistiu declaração ou pagamento do tributo, o que inviabiliza a homologação (cf. art. 149, V do CTN) e autoriza o lançamento de ofício, no prazo do art. 173, I do CTN.

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Contribuição previdenciária. Inexistência de pagamento antecipado. Decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário. Termo inicial. Artigo 173, I, do CTN. Aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN. Impossibilidade.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp n. 766.050-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp n. 216.758-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp n. 276.142-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, p. 163-210).

3. O *dies a quo* do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 91-104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, p. 396-400;

e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, p. 183-199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

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

(REsp n. 973.733-SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 18.09.2009)

No mesmo sentido: AgRg nos EREsp n. 1.061.128-SC, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Seção*, julgado em 13.05.2009, DJe 25.05.2009; AgRg no REsp n. 949.060-RS, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Turma*, julgado em 09.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 187; REsp n. 963.820-SC, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, julgado em 27.10.2009, DJe 23.11.2009.

Tampouco viável a irresignação quanto à alegação de ofensa ao art. 110 do CTN, enunciado normativo que estabelece restrições ao exercício da competência tributária pelo legislador do Ente Federativo.

Exemplifica este entendimento o seguinte aresto da 1ª Seção:

Tributário. Processo Civil. Imposto sobre a renda. Regime de tributação. Despesas dedutíveis. Regime de caixa. Depósitos judiciais. Ingressos tributários. Impossibilidade de dedução antes do trânsito em julgado da demanda. Violação a dispositivos constitucionais. Art. 110 do CTN. Matéria constitucional. Incompetência do STJ. Precedentes. Recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8-STJ.

1. Falece competência ao Superior Tribunal de Justiça para conhecer de supostas violações a enunciados normativos constitucionais.

Precedentes.

2. O art. 110 do CTN estabelece restrições ao exercício da competência tributária pelo legislador do Ente Federativo, matéria nitidamente constitucional, razão pela qual a competência para o exame de sua violação compete ao Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

3. Compete ao legislador fixar o regime fiscal dos tributos, inexistindo direito adquirido ao contribuinte de gozar de determinado regime fiscal.

4. A fixação do regime de competência para a quantificação da base de cálculo do tributo e do regime de caixa para a dedução das despesas fiscais não implica em majoração do tributo devido, inexistindo violação ao conceito de renda fixado na legislação federal.

5. Os depósitos judiciais utilizados para suspender a exigibilidade do crédito tributário consistem em ingressos tributários, sujeitos à sorte da demanda judicial, e não em receitas tributárias, de modo que não são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ até o trânsito em julgado da demanda.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp n. 1.168.038-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 09.06.2010, DJe 16.06.2010)

No mesmo sentido: AgRg nos EREsp n. 747.851-PR, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Primeira Seção, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006, p. 246; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.040.878-SC, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 04.02.2010, DJe 12.02.2010; REsp n. 1.137.033-RJ, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, julgado em 09.03.2010, DJe 22.03.2010).

Por fim, analiso a incidência do ICMS sobre a atividade de venda de floresta em pé.

O art. 155, II, da CF/1988 estabelece que o ICMS incidirá sobre *operações relativas à circulação de mercadorias*. No mesmo diapasão, dispõe o art. 1º da LC n. 87/1996, no sentido de que o gravame incide *sobre operações relativas à circulação de mercadorias*.

O art. 109 do CTN estabelece diretriz ao aplicador do Direito tributário para que este, ao manejar conceitos, institutos e formas de Direito privado, retenha a conformação que eles guardem no ramo jurídico respectivo, mas apliquem os efeitos determinados pela norma tributária. Em outras palavras, ao aplicador exige-se que ao manejar o conceito de mercadoria pesquise e utilize a significação e o alcance do vocábulo nos termos da legislação aplicável (empresarial), mas aceite a imposição tributária determinada pela lei vigente neste ramo jurídico.

Mercadoria, conforme a doutrina, é o bem móvel, que se submete à mercância, ou seja, que é colocado no mundo do comércio (*in commercium*),

sendo submetido, pois, ao regime de direito mercantil, que se caracteriza pela autonomia das vontades e pela igualdade das partes contratantes. (CARRAZZA, Roque Antônio. *in ICMS*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40)

Então, árvores em pé, ainda que sejam revendidas para posterior extração, são mercadorias para os fins legais?

O art. 82 do CC de 2002 dispõe que bens móveis são os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Já os imóveis, o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

O CC anterior era ainda mais explícito com relação às árvores, dispondo no art. 43, I que bens imóveis são o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

Em princípio, portanto, as árvores são bens imóveis.

Mas e se a venda for realizada com o específico fim de posterior extração pelo adquirente, ou seja, se a venda das árvores levar em conta tão-somente o proveito econômico que possa ter quando extraídas, não seriam elas mercadorias como concluiu o aresto recorrido?

Para resolver de forma atual e contextualizada essa questão, importa verificar em que consiste a atividade de gestão de ativos florestais. Esta atividade compreende uma enorme gama de atividades que envolvem a gestão de recursos ambientais, tais como o manejo florestal sustentado (reservas legais), exploração de produtos da floresta, a pecuária intensiva, a fixação das populações florestais/rurais, a maior geração de empregos e renda, o aproveitamento e otimização dos serviços florestais, a manutenção da cobertura florestal, a sustentabilidade da exploração dos recursos naturais, o controle do rápido crescimento econômico concentrado e acelerado declínio dos recursos ambientais pelo uso predatório dos recursos florestais, o estudo do uso extensivo da terra, do êxodo rural, a baixa eficiência da exploração do solo, o controle do desflorestamento contínuo, propiciando meios de minorar a degradação ambiental, o esgotamento dos recursos naturais, ou seja, é uma área vasta e de relativa novidade, que vê os recursos ambientais como ativos financeiros de enorme e crescente valorização.

Neste sentido, não se pode considerar que a venda de florestas em pé implique em atividade mercantil, pois a venda da floresta não necessariamente implicará no corte das árvores para posterior revenda, ficando tudo a depender

da atividade que está em jogo na operação. Os adquirentes podem comercializar a floresta para gerir os recursos da fauna, da flora, para compensar degradações ambientais, enfim o leque é amplo e tal atividade, por ser nova, deve ser interpretada à luz das recentes alterações promovidas pelo Direito ambiental e pelos mercados, que passaram a prestigiar a *economia verde*.

O Direito tributário atua nesse ramo como indutor, através do agravamento das exações incidentes sobre atividades degradatórias ou fornecendo benefícios fiscais às atividades compensatórias.

Confirmando tais ilações, o RICMS-ES, citado pelo recorrente, traz o extrator como contribuinte do imposto e não o alienante na operação de compra e venda da floresta porque este ainda não praticou o fato gerador da exação, mas apenas a venda de uma propriedade imóvel por ela gerida com uma finalidade ambiental. Contribuinte do imposto, em razão da prática de operação mercantil, é o adquirente que venha a extrair e vender a madeira, mas não será o adquirente que mantiver a floresta em pé para extrair outras riquezas, que não a madeira, para compensar uma perda ambiental ou para explorar o potencial turístico da floresta.

Tributar o adquirente da floresta é tributar etapa anterior da operação mercantil, o que é inadmissível frente ao princípio da estrita legalidade tributária.

Assim, a ação anulatória merece provimento porque inexistente o fato gerador do ICMS na venda de florestas em pé.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso e dou-lhe provimento, com a inversão do ônus sucumbencial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.175.059-SC (2010/0002939-2)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Wily de Bona

Advogado: Janor Lunardi e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Execução fiscal. Dívida ativa não tributária. Crédito rural. Prescrição. Lei Uniforme de Genebra. Art. 177 do CC/1916. Inaplicabilidade.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Controverte-se nos autos a respeito da prescrição relativa ao crédito rural adquirido pela União nos termos da Medida Provisória n. 2.196-3/2001.

3. O art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, aprovada pelo Decreto n. 57.663/1966, fixa em três anos a prescrição do título cambial. A prescrição da ação cambiária, no entanto, não fulmina o próprio crédito, que poderá ser perseguido por outros meios.

4. A União, cessionária do crédito rural, não está a executar a Cédula de Crédito Rural (de natureza cambiária), mas a dívida oriunda de contrato, razão pela qual pode se valer do disposto no art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964 e, após efetuar a inscrição na sua dívida ativa, buscar sua satisfação por meio da Execução Fiscal, nos termos da Lei n. 6.830/1980.

5. No sentido da viabilidade da Execução Fiscal para a cobrança do crédito rural posicionou-se a Seção de Direito Público do STJ, ao julgar, no âmbito dos recursos repetitivos, o REsp n. 1.123.539-RS.

6. Superadas essas questões, permanece uma a ser solucionada: afastado o prazo de prescrição da Lei Uniforme de Genebra, o da aplicabilidade, como pretende a recorrente, do prazo vintenário previsto no Código Civil/1916 e reduzido para 10 anos, nos termos do Novo Código Civil.

7. Defende-se a tese de que existe peculiaridade justificadora da incidência das normas do Código Civil, qual seja o fato de que se trata de crédito de natureza privada, posteriormente cedido à União. Portanto, ao contrário das multas administrativas ou da taxa de ocupação – que representam créditos titularizados, desde o início, pela União, e em torno dos quais se firmou jurisprudência quanto à aplicação

do prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 –, os direitos relativos ao crédito rural são de natureza privada, pois titularizados por instituições financeiras que, posteriormente, cederam seus direitos em favor do ente federativo.

8. A transferência de titularidade não teria o condão de alterar o regime jurídico da prescrição, porquanto na sub-rogação operada viriam em conjunto os mesmos direitos, ações, privilégios e garantias que o primitivo credor possuía em relação à dívida contra o devedor principal e os fiadores (art. 384 do Novo Código Civil).

9. A tese fazendária convida à seguinte reflexão: pode a norma inserta no art. 384 do Código Civil ser aplicada indistintamente quando o cessionário – no caso, a União – exerce suas prerrogativas de Poder Público?

10. Nessa circunstância específica, a questão deveria ser disciplinada exhaustivamente por lei, em função da submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade*.

11. Não há, contudo, previsão legal a respeito da prescrição para cobrança de créditos de natureza privada posteriormente adquiridos pela Fazenda Pública e *por ela submetidos ao regime jurídico administrativo*.

12. *Data venia*, o argumento de que o crédito passou a ser titularizado pela Fazenda Nacional com as mesmas feições iniciais que existiam a favor do Banco do Brasil conduz à perplexidade.

13. Com efeito, se fosse assim, como justificar a inscrição em dívida ativa da União e a utilização da Execução Fiscal para a cobrança de crédito privado? Como aceitar a possibilidade de registro no Cadin e as restrições ao fornecimento de CND quando houver pendências em relação ao crédito privado? E mais: como defender a incidência do Decreto-Lei n. 1.025/1969 na cobrança de crédito privado?

14. Por essa razão, a controvérsia deve ser solucionada com base nos seguintes parâmetros: a) preservação da harmonia do sistema jurídico; e b) falta de direito adquirido ao regime jurídico de cobrança do crédito.

15. Insisto no fato de que não se trata de mera alteração do titular do crédito (sujeito de Direito privado para sujeito de Direito

público), mas sim de alteração no próprio regime jurídico de cobrança do mencionado crédito.

16. Conforme já referido, o STJ firmou orientação de que inexistente ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança do crédito rural por meio da Execução Fiscal.

17. Ora, se a cobrança do crédito em tela teve alterado o regime jurídico, contra o qual, não me canso de reiterar, não há direito adquirido, deve-se preservar a harmonia do sistema.

18. Por esse motivo, entendo que haveria quebra de unidade – e que inclusive a atuação do Poder Judiciário seria equiparável à do legislador positivo – se, na cobrança de crédito submetido a regime jurídico de direito publicista, fosse adotada a norma concernente à prescrição conforme disciplina do Código Civil. Dito de outro modo, a aplicação de prazo que não o previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 dependeria de expressa previsão do legislador.

19. Assim, de forma a manter coerência com a orientação jurisprudencial do STJ, a prescrição da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, aplicando-se o disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

20. Em síntese, por não se tratar de execução de título cambial, e sim de dívida ativa da Fazenda Pública, de natureza não tributária, deve incidir, na forma dos precedentes do STJ, o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

21. Ainda que se cogitasse de aplicar o prazo trienal, há de se prestigiar o entendimento pacificado no STJ de que a inadimplência de parcela do contrato não antecipa o prazo prescricional, prevalecendo a data de vencimento contratualmente estabelecida.

22. Recurso Especial parcialmente 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: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por

unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.12.2010

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:

Cédula rural. Prescrição. Prazo trienal. Lei Uniforme de Genebra.

1. Aplica-se à Cédula Rural o prazo prescricional de três anos, estabelecido na Lei Uniforme de Genebra. Incidência dos artigos 1º, 9º e 60 do Decreto-Lei n. 167/1967, combinados com o art. 70 do Decreto n. 57.663/1966.

2. A Medida Provisória n. 2.196-3/2001, que determinou a cessão dos créditos à União, nada estabeleceu sobre a prescrição ou prorrogação dos vencimentos das dívidas.

3. Apelação improvida.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A recorrente alega violação dos arts. 535 e 585 do CPC; do art. 2º da Medida Provisória n. 2.163-3/2001; e do art. 177 do CC/1916. Afirma que o crédito rural, cedido à União, é cobrado mediante Execução Fiscal, não sendo aplicável o prazo prescricional de três anos (ações cambiais), previsto no art. 11 do Decreto-Lei n. 167/1967.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 22.01.2010.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

Constatado que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

Na hipótese dos autos, inexistente omissão relativamente à regra de prescrição contida no art. 177 do CC/1916. O Tribunal de origem expressamente consignou ser aplicável a legislação específica das cédulas de crédito rural, de modo que a matéria deve ser enfrentada no mérito, pois o inconformismo da recorrente com o conteúdo do *decisum* não pode ser equiparado ao vício da omissão.

No mérito, a controvérsia tem por objeto a prescrição da cobrança do crédito rural, adquirido pela União mediante cessão, nos termos da Medida Provisória n. 2.196-3/2001.

É importante registrar, preliminarmente, que o referido crédito era instrumentalizado pela Cédula de Crédito Rural, documento a que a legislação conferiu natureza jurídica de título executivo cambial (arts. 10 e 60 do Decreto-Lei n. 167/1967). Nesse contexto, o prazo de prescrição é trienal, conforme art. 70 da Lei Uniforme de Genebra.

Quanto ao tema em debate, assim se manifestou o Tribunal de origem (fls. 153-154, e-STJ, grifos no original):

A sentença reconheceu a prescrição, fls. 117v-118v, nos seguintes termos, *verbis*:

Da prescrição

Segundo os embargantes entre o vencimento antecipado da dívida (31.12.2002) até a inscrição em dívida ativa (15.08.2006) decorreu prazo superior a 3 anos, tendo ocorrido o prazo prescricional para a propositura da ação para cobrança do crédito.

A dívida em litígio tem origem contratual, trata-se de Cédula Rural e Pignoratória (CRPH 96/70030-0) emitida em favor do Banco do Brasil S.A. em

20.06.1996, com obrigação de pagar a quantia de 60.783 kilos de milhos, em 6 parcelas, com início em 31.10.1997 e vencimento final em 31.10.2002 (fl. 41).

Dito isto, tem-se que o inadimplemento da obrigação (fl. 46) deu início ao decurso do prazo prescricional, na forma do art. 11 do Decreto-Lei n. 167/1967 (Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências), in verbis:

Art. 11. Importa vencimento de cédula de crédito rural independentemente de aviso ou interpelação judicial ou extrajudicial, a inadimplência de qualquer obrigação convencional ou legal do emitente do título ou, sendo o caso, do terceiro prestante da garantia real.

Parágrafo único. Verificado o inadimplemento, poderá ainda o credor considerar vencidos antecipadamente todos os financiamentos rurais concedidos ao emitente e dos quais seja credor.

Por sua vez, o art. 60 do mesmo Decreto-Lei, diz o seguinte:

Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.

Às cédulas de crédito rural aplicam-se, portanto, as disposições da Lei Uniforme.

A jurisprudência do STJ (3ª e 4ª Turma, respectivamente) é unânime a respeito:

Execução. Crédito rural. Prescrição. Prescrição que se regula pelas disposições de Lei Uniforme, em vista do que se contém no art. 60 do DEL n. 167/1967. Recurso não conhecido. (REsp n. 168.414-SP, rel. Min. Costa Leite, DJ 24.08.1998, p. 85)

Comercial. Cédula rural hipotecária. Prescrição. Interrupção do prazo.

I. A prescrição da cédula de crédito rural é regida pela Lei Uniforme.

II. Interposta ação declaratória, interrompe-se a fluência do prazo de prescrição da cédula.

III. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 167.779-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 12.02.2001, p. 119).

Nessa linha a Lei Uniforme (Decreto n. 57.663/1966), em seu art. 70, prevê que o prazo prescricional é de três anos a contar do vencimento do título de crédito.

In casu, a cédula de crédito rural estabelecia obrigação de pagar a quantia de 60.783 kilos de milhos, em 6 parcelas, com início em 31.10.1997 e vencimento final em 31.10.2002. A inadimplência importou no vencimento antecipado da dívida, em 31.10.1997.

Diante disso, tem-se que a CRPH n. 96/70030-0 estava prescrita em 31.10.2000, antes mesmo de ser inscrita em dívida ativa. A inscrição em dívida ativa ocorreu apenas em 05.01.2006 (fl. 32).

Destaco que a data da inscrição do débito em dívida ativa, *in casu*, é essencial para a análise da prescrição, na medida em que, nos termos do art. 2º, § 3º da Lei n. 6.830/1980, o prazo prescricional permanece suspenso por 180 (cento e oitenta) dias a partir da inscrição do débito, não se aplicando o art. 174 do CTN, haja vista tratar-se de dívida não-tributária.

(...)

De outro vértice, ainda que se considerasse como marco inicial para o fluxo do prazo prescricional a data de vencimento da última parcela, independentemente da ocorrência de vencimento antecipado da dívida pelo inadimplemento, conforme entendimento exposto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a cédula de crédito rural pignoratícia e hipotecária estaria prescrita. Iniciado o prazo em 31.10.2002 (data de vencimento final apostado originalmente na cédula), tem-se a prescrição do crédito em 31.10.2005, anteriormente, ainda assim, à inscrição do débito em dívida ativa, em 05.01.2006.

Assim, nos termos da fundamentação supra, declaro a prescrição da cédula de crédito rural exigida, ressalvada à embargada o uso das vias ordinária para fazer valer eventuais direitos.

Conforme se verifica no acórdão hostilizado, houve prorrogação do vencimento da dívida para 31.10.2002 (vencimento da 6ª parcela).

Como não houve pagamento da parcela vencida em 31.10.1997, considerou-se que o prazo prescricional teve início nesta referida data, consumando-se em 31.10.2000.

Em primeiro lugar, devo consignar que a discussão proposta nos autos parte de premissa que reputo equivocada, isto é, incidência da Lei Uniforme de Genebra.

Com efeito, não se pode olvidar que a demanda proposta segue o rito previsto na Lei n. 6.830/1980, ou seja, trata-se de Execução Fiscal da dívida ativa da Fazenda Pública, e não de execução de título cambial.

A prescrição disciplinada no artigo 70 da Lei Uniforme de Genebra não atinge o crédito, mas apenas a utilização da ação cambial.

Note-se que a Fazenda Nacional não está executando o título cambial, isto é, a Cédula de Crédito Rural, mas sim a sua dívida ativa. De fato, a partir do momento em que houve cessão de crédito (do qual a Cédula de Crédito Rural é apenas o documento representativo da dívida), a legislação autorizou a cobrança pelo meio ordinário de recuperação dos créditos da Fazenda Pública, isto é, a Execução Fiscal.

Não há ilegalidade nisso, tendo em vista a inexistência de direito adquirido à utilização de determinado regime jurídico (no caso, de cobrança).

Relembre-se que o crédito rural surgiu do contrato estabelecido, originalmente, entre a instituição financeira e o recorrido, razão pela qual se amolda ao conceito de dívida ativa não tributária, previsto no art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964:

§ 2º. ...e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de *contratos em geral* ou de outras obrigações legais. (grifei)

Assim, ainda que prescrita a ação cambial, o crédito pode ser satisfeito por outros meios.

Normalmente, seria necessário o ajuizamento de Ação Ordinária, o que não ocorre na hipótese dos autos porque a legislação que disciplinou a cessão do crédito rural previu a possibilidade de inscrição em dívida ativa da União, bem como a inexistência de prejuízo para a parte devedora, que, nos Embargos à Execução Fiscal, poderá deduzir toda a matéria útil à defesa (art. 16, § 2º, da Lei n. 6.830/1980), tal qual ocorre no processo de conhecimento.

Registro, ademais, que a Seção de Direito Público do STJ pacificou, no julgamento do Recurso Especial n. 1.123.539-RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), o entendimento de que o crédito rural pode ser exigido no rito da Execução Fiscal. Transcrevo a respectiva ementa:

Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Embargos à execução fiscal. Cédula rural hipotecária. MP n. 2.196-3/2001. Créditos originários de operações financeiras cedidos à União. MP n. 2.196-3/2001. Dívida Ativa da União. Violação do art. 535 do CPC não configurada. Violação do art. 739-A do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do c. STF.

1. Os créditos rurais originários de operações financeiras, alongadas ou renegociadas (cf. Lei n. 9.138/1995), cedidos à União por força da Medida Provisória n. 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal - não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si -, conforme dispõe o art. 2º e § 1º da Lei n. 6.830/1990, *verbis*: "Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º. Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda." 2. Precedentes: REsp n. 1.103.176-RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 26.05.2009, DJ 08.06.2009; REsp n. 1.086.169-SC, Rel. Ministra *Denise Arruda, Primeira Turma*, julgado em 17.03.2009, DJ 15.04.2009; AgRg no REsp n. 1.082.039-RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, julgado em 23.04.2009, DJ 13.05.2009; REsp n. 1.086.848-RS, Rel. Ministra *Eliana Calmon, Segunda Turma*, julgado em 18.12.2008, DJ 18.02.2009; REsp n. 991.987-PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 16.09.2008, DJe 19.12.2008.

3. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

5. *In casu*, o art. 739-A do CPC não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foi cogitado nas razões dos embargos declaratórios, com a finalidade de prequestionamento, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.123.539-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.12.2009, DJe 1º.02.2010)

Superadas essas questões, permanece uma última a ser solucionada: afastado o prazo de prescrição da Lei Uniforme de Genebra, seria aplicável, como pretende a recorrente, o prazo vintenário previsto no Código Civil/1916 e reduzido para 10 anos, nos termos do Novo Código Civil?

Na brilhante sustentação oral realizada pelo Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Rafael Amaral Amador dos Santos, defendeu-se haver peculiaridade justificadora da aplicação das normas do Código Civil, qual seja o fato de que se trata de crédito de natureza privada, posteriormente cedido à União.

Dito de outro modo, ao contrário das multas administrativas ou da taxa de ocupação, que representam créditos titularizados, desde o início, pela União, e em torno dos quais se firmou jurisprudência no sentido de aplicação do prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, os direitos relativos ao crédito rural são de natureza privada, pois titularizados por instituições financeiras que, posteriormente, cederam seus direitos em favor do ente federativo.

A transferência de titularidade, no entanto, não teria o condão de alterar o regime jurídico da prescrição, pois na sub-rogação operada viriam em conjunto os mesmos direitos, ações, privilégios e garantias que o primitivo credor possuía em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores (art. 384 do Novo Código Civil).

O argumento é sedutor, mas peca por deixar de levar em conta a existência de outra peculiaridade: a norma inserta no Código Civil pode ser aplicada indistintamente quando o cessionário – no caso, a União – exerce suas prerrogativas de Poder Público?

Entendo que, nessa circunstância específica, a questão deveria ser disciplinada exhaustivamente por lei, em função da submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade*.

Ocorre que, como sustentou oralmente a recorrente, inexistente previsão legal a respeito da prescrição para a cobrança de créditos de natureza privada posteriormente adquiridos pela Fazenda Pública e por ela são submetidos ao regime jurídico administrativo.

Com a devida vênia, entendo contraditório o argumento sustentado de que a “transferência desse crédito se operou com a mesma natureza do crédito

original. O crédito passou a ser titularizado pela Fazenda Nacional com as mesmas feições iniciais que existiam a favor do Banco do Brasil”.

Se fosse assim, como justificar a inscrição em dívida ativa da União e a utilização da Execução Fiscal para a cobrança de crédito privado? Como aceitar a possibilidade de registro no Cadin e as restrições ao fornecimento de CND quando houver pendências em relação ao crédito privado? E mais: como defender a incidência do Decreto-Lei n. 1.025/1969 na cobrança de crédito privado?

Insisto, portanto, na questão do regime jurídico: não se trata de mera alteração do titular do crédito (sujeito de direito privado para sujeito de direito público), mas de alteração no próprio regime jurídico de cobrança do mencionado crédito.

Conforme já referido, o STJ já firmou orientação no sentido de não haver ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança do crédito rural por meio da Execução Fiscal.

Ora, se a cobrança do crédito em tela teve alterado o regime jurídico, contra o qual, não me canso de reiterar, inexistente direito adquirido, deve ser preservada a harmonia do sistema.

Por essa razão, entendo que haveria quebra de unidade – e que inclusive a atuação do Poder Judiciário seria equiparável à do legislador positivo – se, na cobrança de crédito submetido a regime jurídico de direito publicista, fosse adotada a norma referente à prescrição conforme disciplina do Código Civil.

Dito de outro modo, a aplicação de prazo que não o previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 dependeria de expressa previsão do legislador.

Assim, por questão de coerência com a orientação jurisprudencial do STJ, a prescrição da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, aplicando-se o disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932:

Embargos de divergência. Tributário. Execução fiscal. Terrenos de marinha. Taxa de ocupação. Prescrição e decadência.

1. O art. 47 da Lei n. 9.636/1998 instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança da taxa de ocupação de terreno de marinha. A Lei n. 9.821/1999, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, estabeleceu em cinco anos o prazo decadencial para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência. Com o advento da Lei n. 10.852/2004, publicada em 30 de março de 2004, houve nova

alteração do art. 47 da Lei n. 9.636/1998, para estender o prazo decadencial de cinco para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.

2. No período anterior à vigência da Lei n. 9.636/1998, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve-se aplicar o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

Orientação da Primeira Seção nos EREsp n. 961.064-CE, julgado na sessão de 10 de junho de 2009.

3. A relação de direito material que dá origem à taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil.

4. Assim, o prazo prescricional para a cobrança da taxa de ocupação de terrenos de marinha é de cinco anos, independentemente do período considerado.

5. Embargos de divergência não providos.

(EREsp n. 961.064-CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10.06.2009, DJe 31.08.2009)

Sob esse enfoque, o termo inicial da prescrição corresponde ao dia seguinte em que venceu a última parcela (30.10.2002), isto é, 1º.11.2002, e, na forma do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005, a prescrição somente terá ocorrido se o despacho que ordenou a citação for posterior a 31.10.2007.

Sucedo que o Tribunal *a quo* analisou apenas a data da inscrição em dívida ativa, 05.01.2006, para os efeitos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, sem especificar a data em que ocorreu o ato de interrupção da prescrição (no caso, o despacho que ordenou a citação).

Relembro que, ainda que se adotasse a tese de que a prescrição é trienal, a jurisprudência do STJ prestigia a interpretação de que o inadimplemento do devedor não pode prejudicar o credor, no sentido de antecipar o termo inicial da prescrição. Em outras palavras, a prescrição deve ser contada a partir da data de vencimento da Cédula de Crédito Rural, isto é, 31.10.2002. Cito precedentes:

Processo Civil. Execução. Prescrição. Cédula de crédito rural. Inadimplemento. Vencimento antecipado da obrigação contraída. Prescrição trienal para propositura da ação executiva. Termo inicial. Data do vencimento que consta na cédula rural pignoratícia. Pretendida reforma. Agravo regimental improvido.

- O marco inicial para a contagem da prescrição da ação cambial é a data estabelecida na cártula, pois, segundo a "orientação desta Corte (REsp n. 650.822-

RN, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11.04.2005), é que mesmo com o vencimento antecipado do título, permanece inalterado o marco inicial para a prescrição, que é a data constante originalmente na cédula" (REsp n. 802.688-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 1º.08.2006). Igual raciocínio colhe-se da afirmação de que "o vencimento antecipado das obrigações contraídas, não altera o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da ação cambial, que deve ser iniciada a partir do vencimento do título, como determina a Lei Uniforme" (REsp n. 439.427-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.09.2005). Na mesma linha assim decidiu recentemente a Quarta Turma: REsp n. 659.290-MT, deste Relator, DJ de 1º.11.2006 e AgReg no REsp n. 802.688-RS, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 26.02.2007).

- Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 628.723-RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 20.03.2007, DJ 16.04.2007, p. 203)

Regimental. Título de crédito. Prescrição. Vencimento antecipado. Literalidade.

- O vencimento antecipado das obrigações contraídas, não altera o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da ação cambial, que se conta do vencimento do título, tal como inscrito na cédula.

- Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, o autor não pode ser apenado com a prescrição, por culpa do aparelho judiciário que se atrasou em efetivar a citação.

(AgRg no REsp n. 439.427-SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 25.09.2006, DJ 30.10.2006, p. 292)

Com essas considerações, *dou parcial provimento ao Recurso Especial e determino que o Tribunal de origem examine a ocorrência da prescrição com base nas premissas acima fixadas.*

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Execução fiscal. Dívida ativa não-tributária. Crédito rural. Cessão. MP n. 2.163-3/2001. Cobrança. Prazo prescricional.

1. Com o advento da Medida Provisória n. 2.163-3/2001, a União ficou autorizada a adquirir do Banco do Brasil S/A, por meio de cessão, créditos rurais constantes de cédulas de natureza cambial. Sucede que a partir do momento em que a União passa a titularizar

esses créditos, promovendo também a inscrição em dívida ativa, o rito da execução fiscal plasmado na Lei n. 6.830/1980 surge como instrumento hábil à cobrança dos débitos – como ficou consagrado no REsp n. 1.123.539-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.02.2010, acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

2. Nesse passo, a cobrança desenvolvida nos presentes autos não se respalda na cédula cambial, mas na dívida ativa regularmente inscrita, de sorte que o prazo de 3 (três) anos insculpido na Lei Uniforme de Genebra não mais importa para a solução da demanda. Isto porque essa prescrição sabidamente atinge apenas a ação cambial, impedindo que o credor valha-se desse instrumento processual sem tolher, saliente-se, a cobrança por outros meios admitidos pelo ordenamento pátrio.

3. Entretanto, o Fisco não pode mesclar as prerrogativas inerentes à execução fiscal com os elementos do regime civil que lhe aprouverem, dentre eles o prazo prescricional alargado.

4. Perfilhar esse entendimento significaria proporcionar à Fazenda Pública “*o melhor de dois mundos*”, de forma que o crédito civil que passasse a sua titularidade permaneceria com propriedades originais salutares ao interesse do Fisco e ficaria sob a regência da Lei n. 6.830/1980 e respectivas prerrogativas, num favorecimento desequilibrado e sem lastro legal que não pode receber a aprovação do Judiciário.

5. A chancela de um regime híbrido, no qual a cobrança seria promovida por meio de execução fiscal e, simultaneamente, sujeitaria-se ao prazo prescricional de uma dívida de natureza civil, denotaria uma completa subversão da sistemática estabelecida na Lei n. 6.830/1980.

6. Tal conclusão resultaria num amálgama de regimes que atenta contra o princípio da isonomia entre o Fisco e os contribuintes e que se situa à margem de qualquer previsão em lei, porquanto a MP n. 2.163-3/2001 não excepcionou a regra geral do prazo da prescrição das dívidas não-tributárias, cobradas por meio de execução fiscal.

7. Como o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer consideração no tocante ao marco inicial do cômputo da prescrição – despacho ordenando a citação do executado –, faz-se mister o retorno dos autos à origem para que a demanda seja novamente examinada a partir das balizas ora firmadas.

8. Recurso especial provido em parte, acompanhando o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nestes termos ementado:

Cédula rural. Prescrição. Prazo trienal. Lei Uniforme de Genebra.

1. Aplica-se à Cédula Rural o prazo prescricional de três anos, estabelecido na Lei Uniforme de Genebra. Incidência dos artigos 1º, 9º e 60 do Decreto-Lei n. 167/1967, combinados com o art. 70 do Decreto n. 57.663/1966.

2. A Medida Provisória n. 2.196-3/2001, que determinou a cessão dos créditos à União, nada estabeleceu sobre a prescrição ou prorrogação dos vencimentos das dívidas.

3. Apelação improvida (e-STJ fl. 152).

Invocando contrariedade ao art. 2º da Medida Provisória n. 2.163-3/2001, ao art. 585 do Código de Processo Civil-CPC e ao art. 177 do Código Civil de 1916, a ora recorrente alega que não se trata da execução da cédula de crédito rural propriamente dita, mas sim da cobrança por meio de execução fiscal do crédito cedido à União e que por possuir natureza não-tributária estaria submetido à prescrição geral de 20 (vinte) anos estipulada no vetusto Código Civil, e não ao prazo de 3 (três) anos das ações cambiais.

Sem contrarrazões.

Admitido o apelo nobre, subiram os autos a esta Corte.

Em voto apresentado na assentada de 04.03.2010, o eminente Sr. Ministro Herman Benjamin promoveu um detalhado estudo do regime prescricional aplicável às ações cambiais e às execuções fiscais para dar provimento em parte ao apelo nobre com respaldo nas seguintes conclusões:

a) a cessão de crédito decorrente da Medida Provisória n. 2.163-3/2001 torna admissível a cobrança da dívida por meio de execução fiscal, haja vista que inexistiu direito adquirido à utilização de determinado regime jurídico;

b) por se tratar de execução fiscal, o caso vertente é regulado pela Lei n. 6.830/1980, e não pela Lei Uniforme de Genebra, já que a prescrição disposta nesse último diploma diz respeito apenas à utilização da ação cambial, e não ao crédito em si;

c) nesse passo, dada a inexistência de disposição legal expressa a respeito do novo prazo prescricional a ser aplicado e sabendo-se que houve uma mudança por inteiro no regime jurídico de cobrança do crédito, deveria incidir o lustro estatuído no Decreto n. 20.910/1932;

d) levando-se em consideração que a Corte de origem não se manifestou acerca da data em que foi proferido o despacho ordenando a citação do recorrido – ato interruptivo do prazo prescricional –, determinou-se o retorno dos autos à instância ordinária para que se analise a prescrição a partir dessas novas premissas firmadas.

Por versar sobre matéria inédita na Seção de Direito Público desta Corte e em virtude da repercussão que o entendimento que vier a ser adotado terá sobre outras hipóteses em que eventualmente se opere a cessão de crédito privado a ente estatal, solicitei vista antecipada dos autos para analisar a matéria com a profundidade reclamada, ao par que aproveite o ensejo para pedir escusas pela demora em retomar o julgamento da demanda.

Após refletir longamente sobre o tema, tenho por irrepreensível o posicionamento estampado no cuidadoso voto do Ministro relator.

Como é cediço, com o advento da Medida Provisória n. 2.163-3/2001, a União ficou autorizada a adquirir do Banco do Brasil S/A, por meio de cessão, créditos rurais constantes de cédulas de natureza cambial. Sucede que a partir do momento em que a União passa a titularizar esses créditos, promovendo também a inscrição em dívida ativa, o rito da execução fiscal plasmado na Lei n. 6.830/1980 surge como instrumento hábil à cobrança dos débitos – como ficou consagrado no REsp n. 1.123.539-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.02.2010, acórdão submetido ao art. 543-C do CPC.

Nesse passo, a cobrança desenvolvida não se respalda na cédula cambial, mas na dívida ativa regularmente inscrita, de sorte que o prazo de 3 (três) anos insculpido na Lei Uniforme de Genebra não mais importa para a solução da demanda. Isto porque essa prescrição sabidamente atinge apenas a ação cambial, impedindo que o credor valha-se desse instrumento processual sem tolher, saliente-se mais uma vez, a cobrança por outros meios admitidos pelo ordenamento pátrio.

Em outras palavras, a cessão de crédito para a União implicou a modificação do regime jurídico da cobrança e, por conseguinte, atraiu as diversas características que são próprias das execuções regidas pela Lei n.

6.830/1980. Como assinalado com propriedade pelo ilustre Ministro relator, crédito da Fazenda Pública proveniente de contrato firmado entre a instituição financeira e o ora recorrido enquadra-se na definição de dívida ativa não-tributária desenhado no art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964.

Nesse raciocínio, assim como o devedor não pode se calcar nas peculiaridades do título de crédito para sustentar a prescrição da ação cambial, porquanto houve a transmutação do regime jurídico de cobrança, o Fisco igualmente não pode mesclar as prerrogativas inerentes à execução fiscal com os elementos do regime civil que lhe aprouverem, dentre eles o prazo prescricional alargado.

Com efeito, perfilhar esse entendimento significaria proporcionar à Fazenda Pública “*o melhor de dois mundos*”, de forma que o crédito civil que passasse a sua titularidade permaneceria com propriedades originais salutares ao interesse do Fisco e ficaria sob a regência da Lei n. 6.830/1980 e respectivas prerrogativas, num favorecimento desequilibrado e sem lastro legal que não pode receber a aprovação do Judiciário.

Realmente, a subsistência das características originais do crédito privado mostra-se incompatível com uma situação na qual a Fazenda Pública invoca suas prerrogativas para cobrança, dentre as quais se sobressai o rito da execução fiscal. Portanto, atrai-se a regra geral de que o Fisco dispõe de cinco anos para cobrar as dívidas não-tributárias – a exemplo da espécie –, como espelham os seguintes julgados desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Dívida de natureza não-tributária. Prescrição. Prazo quinquenal. Decreto n. 20.919/1932. Acórdão recorrido em consonância com jurisprudência do STJ. Agravo não-provido.

1. A pretensão posta no recurso especial obstado é contrária à jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que prazo prescricional para dívidas de natureza não-tributária é quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.919/1932.

2. Aresto a quo em consonância com jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

3. Agravo regimental não-provido (AgA n. 968.631-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04.03.2009);

Execução fiscal. Dívida não-tributária. Prescrição quinquenal. Decreto n. 20.910/1932. Aplicação da Súmula n. 106-STJ. Morosidade da justiça. Inocorrência.

I - Esta Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de que o prazo prescricional para a Fazenda cobrar dívidas não-tributárias é quinquenal, em observância ao que dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Trata-se de um conflito aparente de normas sanado pelo princípio da especialidade. Precedentes: REsp n. 860.691-PE, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJ de 20.10.2006; REsp n. 840.368-MG, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJ de 28.09.2006; REsp n. 539.187-SC, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ de 03.04.2006; REsp n. 905.932-RS, Rel. Min. *José Delgado*, DJ de 28.06.2007.

II- O pedido de citação por edital foi indeferido. Portanto, não houve morosidade da justiça nos presentes autos, como pretendia demonstrar o recorrente. Este, à época, deveria ter manejado um agravo de instrumento caso entendesse estar incorreta a decisão. Acreditando que estaria pendente de decisão seu pedido citatório, a exeqüente ficou inerte enquanto o prazo prescricional escoou *in albis*.

III - Agravo regimental improvido (AgREsp n. 1.055.116-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 1º.09.2008).

Vale repetir que a chancela de um regime híbrido, no qual a cobrança seria promovida por meio de execução fiscal e, simultaneamente, sujeitaria-se ao prazo prescricional de uma dívida de natureza civil, denotaria uma completa subversão da lógica que permeia a sistemática estabelecida na Lei n. 6.830/1980 e, outrossim, do princípio da legalidade.

De fato, tal conclusão resultaria num amálgama de regimes que atenta contra a isonomia entre o Fisco e os contribuintes e que se situa à margem de qualquer previsão legal, porquanto a MP n. 2.163-3/2001 não excepcionou a regra geral do prazo prescricional das dívidas não-tributárias, cobradas por meio de execução fiscal.

Por fim, como o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer consideração no tocante ao marco inicial do cômputo da prescrição – despacho ordenando a citação do executado –, faz-se mister o retorno dos autos à origem para que a demanda seja novamente examinada a partir das balizas ora firmadas.

Com essas rápidas considerações, acompanho o eminente Sr. Ministro Herman Benjamin e *dou provimento em parte ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.198.848-CE (2010/0115094-9)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Igor Aragão Brilhante

Advogado: Tarcísio Brilhante de Holanda e outro(s)

Recorrido: Estado do Ceará

Procurador: Adonias Ribeiro de Carvalho Neto e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Concurso público. Magistratura. Comprovação de efetivo exercício de atividade jurídica. Momento. Resolução n. 11 do CNJ: dissídio comprovado. Recurso provido.

– Tendo o edital do concurso público para magistratura antecedido a exigência constitucional de efetivo exercício de atividade jurídica por três anos para ingresso na carreira, possível a comprovação desse período no momento da posse, conforme expressamente dispôs o art. 7º da Resolução n. 11 do CNJ.

Recurso especial conhecido e 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 16.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Trata-se de recurso especial interposto por Igor Aragão Brilhante, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará que, ao reformar a r. sentença, assim sumariou a sua fundamentação:

Apelação cível. Concurso público. Cargo de Juiz Substituto de 1ª Entrância do Estado do Ceará. Requisito para inscrição. Exigência editalícia de três anos de atividade jurídica quando do momento da inscrição definitiva. Ilegalidade. Inocorrência. Constitucionalidade. AI n. 3.460-0/DF. Enunciado n. 266 da Súmula do STJ. Não aplicabilidade ao caso em tela. Apelação conhecida e provida.

O recorrente relata que foi aprovado nas primeiras fases do concurso público para provimento do cargo de Juiz Substituto de Primeira Entrância, regulado pelo Edital n. 172/2004-TJCE, de 25 de novembro de 2004. Por força de liminar, posteriormente confirmada na sentença, teve assegurado o direito de comprovar o período de prática forense apenas por ocasião da posse. O concurso foi homologado em 12 de janeiro de 2006, alguns dias antes da entrada em vigor da Resolução CNJ n. 11, de 31 de janeiro de 2006.

Diz também que o Tribunal de Justiça, ao julgar improcedente o pedido, considerou que a Emenda Constitucional n. 45/2004, regulada pela Resolução n. 11 do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu o momento da inscrição definitiva como marco para comprovação da prática forense. Com isso, teria divergido de julgados de outros tribunais que, em relação aos concursos públicos cujos editais de abertura foram publicados antes da vigência da Resolução n. 11 do CNJ, consideraram ilegítima a exigência de comprovação dos três anos de atividade jurídica no ato da inscrição definitiva no certame.

Não houve contrarrazões do Estado.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 329 a 345, opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Registro, inicialmente, que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, demonstrando a existência de

divergência jurisprudencial acerca da questão jurídica posta e o desacerto do v. aresto recorrido na sua análise, merecendo ser conhecido e provido.

Conforme já relatado, trata-se de demanda em que o autor, ora recorrente, pretende o reconhecimento do seu direito à inscrição definitiva no concurso público para provimento do cargo de juiz de direito substituto do Estado do Ceará, sob o fundamento de que a exigência prevista no Edital de comprovação de efetivo exercício de atividade jurídica por três anos seria legítima, apenas, no ato da posse, e não no ato da inscrição definitiva.

O pedido foi julgado procedente em primeiro grau (fls. 101-106), confirmando, assim, a decisão liminar proferida no feito a qual permitiu que o autor prosseguisse no certame com base em julgados do STJ e do STF (fls. 53-57).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no entanto, reformou a r. sentença ao entendimento de que a exigência de comprovação da atividade jurídica *no ato da inscrição definitiva* teria respaldo na Resolução n. 11 do CNJ. Amparou-se também em acórdão do STF (ADI n. 3.460-DF) de 31.08.2006, que julgou ser constitucional a Resolução n. 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, a qual exigia os três anos de atividade jurídica e a sua comprovação no momento da inscrição definitiva no concurso público.

Nesse contexto, importante traçar o delineamento fático do caso concreto, que é essencial ao deslinde da controvérsia devolvida ao STJ neste recurso especial.

Vejamos.

O edital de abertura do concurso público a que se submeteu o recorrente foi publicado em 25.11.2004 (Edital n. 172/2004 - TJCE); o edital de convocação para inscrição definitiva em 14.04.2005 (Edital n. 42/2005 - TJCE), o recorrente completou a atividade jurídica em 26.12.2005 e a homologação do resultado definitivo do certame ocorreu em 12.01.2006.

Paralelamente, tem-se a Emenda Constitucional n. 45, que entrou em vigor em 31.12.2004, a dispor que o ingresso na carreira da magistratura exige do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, e a Resolução n. 11 do CNJ, editada com o fim de explicitar o alcance da referida norma constitucional, datada de 31.01.2006 (esta alterada pela Resolução n. 118, de

03 de agosto de 2010, mas que em nada modificou a redação dos artigos que importam ao deslinde desta controvérsia).

Verifica-se, assim, que os dois editais do concurso, o de abertura e o de inscrição definitiva, antecederam à Resolução n. 11 do CNJ, não obstante o segundo ter sido editado sob a égide da nova disposição constitucional.

Nos termos dos precedentes do STF, os editais podem ser modificados em razão da alteração da legislação (RE n. 290.346-MG e RE n. 318.106-8-RN). Portanto, não se questiona aqui a exigência propriamente dita de comprovação da atividade jurídica pelos três anos, inserida no segundo edital, mas tão somente o momento dessa comprovação.

A norma constitucional não definiu expressamente o momento da comprovação da nova exigência. O CNJ, em razão de inúmeras provocações administrativas, entendeu necessário delimitar o alcance da norma, editando, assim, a mencionada Resolução n. 11 do CNJ, que, em seu art. 5º, dispôs:

Art. 5º A comprovação do período de três anos de atividade jurídica de que trata o artigo 93, I, da Constituição Federal, deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso.

O Tribunal de origem aplicou o citado normativo, porém, olvidou-se de que a regra não tem aplicabilidade aos concursos cujos editais foram publicados antes da sua vigência, conforme expressamente dispõe o art. 7º do mesmo ato do CNJ:

Art. 7º A presente resolução não se aplica aos concursos cujos editais já tenham sido publicados na data em que entrar em vigor.

Ora, a norma é válida e foi editada por órgão competente, sem questionamentos na Suprema Corte. Deve ser acatada por todos os tribunais e aplicada por inteiro. Não cabe, por óbvio, a sua aplicação apenas *in malam partem*.

A se entender possível uma interpretação segmentada da resolução, estar-se-ia negando o papel do CNJ, permitindo o casuísmo, a concretização de decisões contraditórias para situações jurídicas semelhantes, enfim o caos e a total insegurança jurídica.

Observe-se que o ilustre Sub-Procurador Geral da República, Dr. José Flaubert Machado Araújo, em sua judiciosa manifestação, enfatiza:

Equivocou-se, todavia o Tribunal de origem.

Na hipótese dos autos, o edital do certame foi publicado em 25.11.2004, antes da vigência da EC n. 45/2004, que alterou a redação do art. 93, I, da Constituição Federal, para exigir como requisito de ingresso na carreira da Magistratura três anos de atividade jurídica, e também antes da vigência da Resolução n. 11/2006 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a referida norma constitucional e cujo artigo 5º estipulou que a comprovação do requisito em comento “deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso”.

Ocorre que a Resolução n. 11/2006 do CNJ trouxe, em seu artigo 7º, ressalva expressa no sentido de que “A presente resolução não se aplica aos concursos cujos editais já tenham sido publicados na data em que entrar em vigor”, justamente o que ocorreu na hipótese dos autos.

Destaca, ainda, as ponderações feitas pelo eminente Ministro Gilmar Mendes que externou preocupação com as implicações do julgamento nas situações aperfeiçoadas à luz da disciplina legal e do entendimento jurisprudencial. Transcreve o seguinte excerto do voto do Ministro:

(...) Tenho a impressão, como já decidimos até em relação a outros casos, - aqui não se trata de dar efeito *ex nunc*, porque será uma declaração de improcedência-, de que, como já disse até em uma outra jurisprudência do Tribunal, os casos fronteiros serão resolvidos topicamente, ou o Procurador-Geral, no caso do concurso do Ministério Público, saberá resolver.

De modo que isso vai depender do caso concreto. Aquela separação de planos que fazemos: uma questão é a da aplicação da lei, outra é a concreta. Eventualmente que, se alguém já fez concurso, obteve liminar, haverá o julgamento, tendo em vista a justiça no caso concreto. Não me parece que com isso estejamos a sonegar a esses jovens que eventualmente fizeram o concurso e estão na iminência da posse o direito de ingressar, consideradas as controvérsias que se tenham instauradas nos concursos anteriores (...) (grifo nossos).

Concluiu, então, o *parquet*:

[...] esse entendimento permite a mesma ressalva, a fim de conciliá-lo com a norma do artigo 7º da Resolução n. 11/2006 do CNJ, que resguarda hipóteses como a dos autos, em que o edital do concurso público para ingresso na carreira da Magistratura foi publicado antes da entrada em vigor do referido diploma, e também antes do julgamento da ADI n. 3.460-DF.

[...]

Portanto, merece acolhida a pretensão do Recorrente de reforma do Acórdão

recorrido, para que lhe seja assegurado o direito de comprovar o tempo de prática jurídica, completado em 26.12.2005, por ocasião de sua posse no cargo de Juiz Substituto de Primeira Entrância do Estado do Ceará, pretensão que possui fundamento na disciplina legal e no entendimento jurisprudencial vigentes não somente à época da publicação do edital do certame, mas também à época de seu encerramento, com a homologação de resultado definitivo, ocorrida em 17.01.2006 (fls. 339-444).

Devo registrar, ademais, que a hipótese analisada pelo STF na ADI n. 3.460 não se refere à magistratura e, por isso, não subsume o caso em exame. Observe-se que o Plenário do STF reafirmou, no julgamento da Rcl n. 4.875-SP, em 25.05.2010, o entendimento de que inaplicável a teoria da transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais, reforçando, assim, a idéia de impossibilidade de se atribuir “efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas” (Rcl n. 3.014, DJ de 21.05.2010).

Por fim, cumpre consignar que o julgamento da citada ADI, frise-se, tomado por maioria de votos, ainda não terminou, pendendo de julgamento embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, não estando descartada a possibilidade de esclarecimentos em relação à extensão e efeitos do acórdão.

Diante disso, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a r. sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 1.199.967-MG (2010/0117798-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Município de Belo Horizonte

Procurador: Farley Tarcísio Ladeia Barbosa e outro(s)

Recorrido: Lanchonete e Restaurante Chapeu de Palha Ltda -
Microempresa

Advogado: Donier Rodrigues Rocha e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Penhora eletrônica de dinheiro. Bacen Jud. Diligência infrutífera. Reiteração. Admissibilidade.

1. Controverte-se a respeito da decisão colegiada do Tribunal de origem, que afirmou que a pesquisa eletrônica da existência de dinheiro, por meio do sistema Bacen Jud, somente pode ser feita uma única vez, mesmo que o resultado tenha sido infrutífero, sob o argumento de que o Poder Judiciário não pode fazer papel de diligenciador da Fazenda Pública credora.

2. Conforme decidido pela Corte Especial (REsp n. 1.112.943-MA, julgado sob o rito dos recursos repetitivos), com a vigência da Lei n. 11.382/2006, não mais se exige a comprovação de exaurimento das diligências administrativas para penhora por meio do Bacen Jud.

3. A lei (art. 655-A do CPC) não limitou o uso do Bacen Jud a uma única vez. Por se tratar de instrumento destinado a promover a satisfação da pretensão creditória, ele pode servir também para qualquer outra diligência (e.g., expedição de ofício ao Detran ou aos Cartórios de Imóveis), isto é, tantas vezes quanto necessário.

4. Aplicação, por analogia, do art. 15, II, da Lei n. 6.830/1980, segundo o qual a viabilização da penhora (mediante substituição ou reforço) pode ser feita a qualquer tempo.

5. No atual estágio da legislação processual e material, o emprego do aludido programa informatizado é privativo do Poder Judiciário, pois os representantes judiciais da Fazenda Pública não possuem autorização legal para, a um só tempo, acessar informações relativas ao patrimônio dos devedores e, *ex officio*, determinar a respectiva constrição.

6. Desse modo, sendo a referida atribuição privativa de um determinado órgão (na espécie, o jurisdicional), é de manifesta improcedência a afirmação de que o pleito fazendário representa uma tentativa de transformar a autoridade judiciária em mero agente diligenciador da parte processual.

7. A utilização do Bacen Jud, em termos de reiteração da diligência, deve obedecer ao critério da razoabilidade. Não é o Poder Judiciário obrigado a, diariamente, consultar o referido programa informatizado. Contudo, inexistente abuso ou excesso na reiteração da medida quando decorrido, por exemplo, o prazo de um ano, sem que tenha havido alteração no processo.

8. Naturalmente, isso não impede que, antes da renovação da pesquisa via Bacen Jud, a Fazenda Pública credora promova as diligências ao seu alcance, para localização de outros bens. Porém, conduta dessa natureza (comprovação do exaurimento de outras diligências) não pode ser exigida como requisito para fins de exame judicial do pedido iterativo da tentativa de penhora por meio do Bacen Jud, pois isso seria equiparável a, de maneira oblíqua, fazer retornar orientação jurisprudencial ultrapassada.

9. 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 Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 04.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Execução fiscal. BacenJud. Diligências reiteradas. Falta de justa causa. Frustrada a tentativa de penhora de dinheiro por meio de consulta

ao sistema Bacenjud, é indevida a reiteração continuada da pesquisa, à medida que não compete ao Poder Judiciário o encargo de investigador permanente da existência de bens de executado para a satisfação do interesse da exequente.

O recorrente alega violação dos arts. 655 e 655-A do CPC e do art. 11 da Lei n. 6.830/1980, ao argumento de que a lei não impõe qualquer exigência ou condicionamento para a realização da penhora mediante sistema eletrônico. Afirma existir divergência jurisprudencial.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

Controverte-se a respeito de questão peculiar relacionada à penhora de dinheiro por meio do sistema Bacen Jud.

É importante, preliminarmente, destacar que a jurisprudência do STJ adotava o posicionamento de que tal meio de constrição somente era admissível em circunstâncias excepcionais, após verificado o esgotamento infrutífero das diligências tendentes à localização de bens do devedor:

Tributário e Processual. Agravo regimental. Art. 557, § 2º do CPC. Multa. Exclusão. Execução fiscal. Quebra de sigilo bancário. Localização de bens. Expedição de ofício ao Bacen.

1. O depósito da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC não é pressuposto de admissibilidade do recurso subsequente, quando imposta contra a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no AG n. 550.896-SP, 1ª Turma, Relator para acórdão Min. Francisco Falcão, DJ de 31.05.2004 e AgRg no AG n. 490.228-SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 28.06.2004.

2. Nos termos do art. 557, 1º, do CPC, é cabível agravo interno contra decisão que nega seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal, do STJ ou do STF.

3. *Não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcionado-se tal entendimento somente nas hipóteses de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial. Precedentes.*

4. A comprovação de que restaram esgotados todos os meios de localização de bens penhoráveis do executado exige apreciação de provas, vedada na via do recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

5. Em observância ao consagrado princípio *favor debitoris* (art. 620 do CPC), tem-se admitido apenas excepcionalmente a penhora do faturamento ou das importâncias depositadas na conta-corrente da executada, desde que presentes, no caso, requisitos específicos que justifiquem a medida, quais sejam: a) realização de infrutíferas tentativas de constrição de outros bens suficientes a garantir a execução, ou, caso encontrados, sejam tais bens de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput*, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; c) manutenção da viabilidade do próprio funcionamento da empresa.

5. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp n. 755.691-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 05.09.2005, p. 312) (grifei)

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução no sentido de prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, via sistema eletrônico denominado Bacen Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens. Cito precedentes:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Penhora *on line*. Sistema Bacen-Jud. Requerimento feito no regime anterior ao art. 655, I, do CPC (redação dada pela Lei n. 11.382/2006) 1. A jurisprudência atual desta Corte firmou-se no sentido de que, após a vigência da Lei n. 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora *on line* não requer mais o esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, sendo admitida hoje a constrição por meio eletrônico sem essa providência.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.194.067-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 1º.07.2010)

Embargos de divergência em recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on-line*. Convênio Bacen Jud. Medida constritiva posterior à Lei n. 11.382/2006. Exaurimento das vias extrajudiciais para a localização de bens passíveis de penhora. Desnecessidade. Embargos acolhidos.

1. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras foram incluídos como bens preferenciais na ordem de penhora e

equiparados a dinheiro em espécie, tornando-se prescindível o exaurimento das vias extrajudiciais dirigidas à localização de bens do devedor para a constrição de ativos financeiros por meio do sistema Bacen Jud, informando a sua utilização nos processos em curso o tempo da decisão relativa à medida constritiva.

2. Embargos de divergência acolhidos.

(REsp n. 1.052.081-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010)

Atualmente, a matéria se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp n. 1.112.943-MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos. Veja-se a informação disponibilizada no Informativo de Jurisprudência n. 447-STJ:

Repetitivo. Penhora. Sistema Bacen-Jud. Lei n. 11.382/2006. A Corte Especial, ao julgar recurso sob o regime do art. 543-C do CPC c.c. a Res. n. 8/2008-STJ, entendeu que a penhora online, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, configura medida excepcional cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha realizado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. Contudo, após o advento da referida lei, o juiz, ao decidir sobre a realização da penhora online, não pode mais exigir do credor prova de exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados. Precedentes citados: AgRg no Ag n. 1.010.872-RS, DJe 15.09.2008; AgRg no REsp n. 1.129.461-SP, DJe 02.02.2010; REsp n. 1.066.091-RS, DJe 25.09.2008; REsp n. 1.009.363-BA, DJe 16.04.2008, e EREsp n. 1.087.839-RS, DJe 18.09.2009. REsp n. 1.112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010.

No caso dos autos, a decisão que indeferiu a utilização do Bacen Jud data de 05.11.2009 (fl. 157, e-STJ), ou seja, na vigência da Lei n. 11.382/2006, o que, em princípio, seria suficiente para ensejar a reforma do acórdão hostilizado.

No entanto, como dito anteriormente, *o tema versado nos autos é peculiar*. Não cuida simplesmente da utilização do Bacen Jud, mas sim do indeferimento da *reiteração* dessa diligência. Transcrevo o seguinte excerto do voto-condutor do acórdão atacado (fl. 184, e-STJ):

Admito a utilização do Sistema Bacen Jud para a realização da penhora *on line*.

No entanto, na situação, trata-se de reiteração de pedido. Deferida a penhora pelo sistema Bacen Jud (f. 98 - TJ), o bloqueio não se efetivou, em razão da inexistência de saldo nas contas correntes.

Tenho entendido que é indevido atribuir-se ao Poder Judiciário o encargo de investigador permanente da existência de bens de executado para a satisfação do interesse patrimonial da Fazenda Pública.

A verdadeira questão debatida nestes autos tem por objeto a seguinte tese fixada pelo Tribunal de origem: a penhora *on-line* de dinheiro, por meio do Bacen Jud, somente pode ser diligenciada uma única vez, sob o argumento de que o Judiciário não pode assumir o encargo de investigador permanente da Fazenda Pública.

O recorrente afirma que a reiteração foi feita depois de transcorrido o prazo de um ano, em que a primeira tentativa resultou negativa.

Há dois pontos a serem considerados.

O primeiro, de que a lei não limitou a utilização do Bacen Jud a uma única vez. Por se tratar de instrumento destinado a promover a satisfação da pretensão creditória, o referido expediente pode ser utilizado da mesma forma que qualquer outra diligência (e.g., expedição de ofício ao Detran ou aos Cartórios de Imóveis), isto é, tantas vezes quanto necessário.

Pode-se aplicar, ao caso, por analogia, a regra do art. 15, II, da Lei 6.830/1980:

Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

(...)

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Eventual necessidade de proteção contra invasão de *hackers*, como cogitado pelo órgão colegiado, não pode servir de pretexto para negar a reiteração da diligência, mesmo porque esse risco, se for o caso, existe igualmente quando da primeira tentativa de bloqueio dos ativos financeiros. A prevalecer o receio acima mencionado, todo o sistema Bacen Jud perderia a razão de ser, assumindo o Poder Judiciário, *in casu*, a posição de liderar verdadeiro retrocesso na utilização das ferramentas criadas para, entre outras finalidades, agilizar a prestação jurisdicional.

Em segundo e último lugar, entendo completamente equivocada a equiparação feita no sentido de que o Poder Judiciário não é órgão investigador

da Fazenda Pública. No atual estágio da legislação processual e material, a utilização do Bacen Jud é privativa do Poder Judiciário, pois os representantes judiciais da Fazenda Pública não possuem autorização legal para, a um só tempo, acessar as informações relativas ao patrimônio dos devedores e, *ex officio*, determinar a respectiva constrição.

Assim sendo, quando a atribuição é privativa de um determinado órgão (na espécie, o jurisdicional), a assertiva de que o pleito fazendário representa tentativa de transformar a autoridade judiciária em mero agente diligenciador da parte processual não procede, por razões lógicas.

Para finalizar, tenho por evidente que a utilização do Bacen Jud, quanto à reiteração da diligência, deve obedecer critério de razoabilidade. Não é o Poder Judiciário obrigado a, diariamente, consultar o referido programa informatizado. Contudo, não vejo abuso na reiteração da medida quando decorrido, por exemplo, o prazo de um ano, sem que tenha havido alteração no processo.

Naturalmente, isso não impede que, antes da renovação da pesquisa via Bacen Jud, a Fazenda Pública credora promova as diligências ao seu alcance, para localização de outros bens. Porém, conduta dessa natureza não pode ser exigida como requisito para fins de exame judicial do pedido de reiteração do sistema Bacen Jud, pois isso seria equiparável a ensejar o retorno da orientação jurisprudencial ultrapassada, conforme anteriormente explicitado.

Com essas considerações, *dou provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.219.061-GO (2010/0183045-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Estado de Goiás

Procurador: Vanessa Paula de Sousa Silva e outro(s)

Recorrido: Cirurgica Mafra Ltda

Advogado: José Rubens Hernandez e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. ICMS. Redução da base de cálculo (Convênio ICMS n. 24/2001). Benefício concedido ao industrial e ao importador. Impossibilidade de se estender ao atacadista.

1. A análise do Convênio ICMS n. 24/2001, em conjunto com a Lei n. 10.147/2000, revela que só haverá direito à redução da base de cálculo do ICMS do valor correspondente ao PIS/Pasep e à Cofins quando houver a efetiva cobrança de tais contribuições. Considerando que a pessoa jurídica não enquadrada na condição de industrial ou de importador, quando realiza a venda dos produtos elencados na Lei n. 10.147/2000 e no Convênio ICMS n. 24/2001, tem reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de tais produtos (art. 2º da Lei n. 10.147/2000), é imperioso concluir, *a contrario sensu*, que o benefício previsto no Convênio n. 24/2001 é limitado ao industrial e ao importador.

2. No caso dos autos, é incontroverso que a recorrida figura na condição de atacadista, ou seja, não se enquadra na condição de industrial ou de importador. Também é incontroverso que, nessa condição, promoveu a venda de produtos constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 24/2001. Contudo, é certo que em relação à receita bruta decorrente da venda desses produtos não houve cobrança de contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins - referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente, na respectiva operação -, em virtude do benefício da alíquota zero, previsto no art. 2º, caput, da Lei n. 10.147/2000. Assim, não há falar em direito à redução da base de cálculo do ICMS, na forma prevista no Convênio ICMS 24/2001.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses 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, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 22.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás de cuja ementa se extrai:

1. Reputando ser abusiva a ação dos agentes públicos, por não ter ocorrido infração fiscal e, diante da ameaça de ser compelido ao pagamento de tributo pretensamente inválido, o manejo do mandado de segurança preventivo é via adequada com a finalidade de obter a anulação do auto de infração apontado como irregular e todos os seus efeitos, tornando-se prescindível a dilação probatória para apuração do montante da multa aplicada, em decorrência da suposta infração.

2. Concedido o benefício fiscal por força do Convênio n. 24/2001, com base na Lei Complementar n. 24/1975, que poderia ter sido ratificado ou rejeitado pelo Estado de Goiás, dentro de 15 (quinze) dias e, não o tendo sido, reputa-se caracterizado direito adquirido do contribuinte à anulação do auto de infração e todos os seus efeitos, por não ter ocorrido infração fiscal, garantindo a prevalência do Convênio n. 24/2001 sobre o Regulamento do Código Tributário Estadual, que foi tardiamente aprovado.

3. Acolhida a questão prejudicial, a multa aplicada pelos agentes fiscais não subsiste.

4. Recurso improvido. Sentença mantida.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base na alínea **a** do permissivo

constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 99, 100 e 111 do CTN, alegando, em síntese, que:

O fato é que tanto o Decreto Estadual quanto o Convênio dizem exatamente o mesmo. O Decreto, ao contrário da interpretação esposada no acórdão, não exorbitou ao Convênio. Ao contrário, o Decreto é estritamente conforme o Convênio, tendo estabelecido aos ditames do arts. 99 e 100 do CTN quando de sua elaboração. A interpretação a ser conferida à dicção do Decreto Estadual n. 5.494/2001 é de ser literal, na forma do artigo 111 do CTN.

(...) Portanto, não se trata de interpretação restritiva ao Convênio, mas da interpretação de sua literalidade, na forma do artigo 111 do Código Tributário Nacional. Compreender de modo diverso os termos do Convênio ICMS n. 24/2001 significaria, aí sim, indevida extensão de seus comandos, para beneficiar quem, de fato, não foi alcançado pela norma.

Em suas contrarrazões, a recorrida pugna pela manutenção do aresto atacado.

Inadmitido o recurso, subiu por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): A pretensão recursal merece acolhimento.

De início, cumpre esclarecer que o presente recurso não trata de matéria de direito local. Além disso, o Tribunal de origem tratou expressamente da matéria contida nos artigos de lei federal tidos por violados (arts. 99, 100 e 111 do CTN), sendo oportuno mencionar que os arts. 99 e 100 foram transcritos no acórdão recorrido. Por tais razões, afastam-se os óbices suscitados nas contrarrazões de recurso especial.

O Tribunal de origem, ao confirmar a sentença do juízo singular, entendeu que a restrição contida no inciso I do § 2º da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 24/2001 - segundo o qual o benefício previsto no *caput* não se aplica às “pessoas jurídicas industrializadoras ou importadores dos mesmos tenham firmado com a União, compromisso de ajustamento de conduta” - não admite interpretação no sentido de que o benefício previsto no *caput* da cláusula referida é destinado apenas ao industrializador e ao importador, sendo que tal impossibilidade surgiu apenas com a vigência do Decreto Estadual

n. 5.494/2001, que alterou o Decreto Estadual n. 4.852/1997, com vigência retroativa a 1º de maio de 2001.

Por outro lado, o Estado de Goiás argumenta que o benefício previsto no Convênio ICMS n. 24/2001 - redução da base de cálculo do ICMS - alcança apenas “os industriais e importadores”, motivo pelo qual não pode ser estendido à recorrida que figuração na condição de atacadista.

Com razão o Estado de Goiás.

O Tribunal de origem, ao interpretar a cláusula primeira do convênio em comento de forma isolada, acabou por ampliar o benefício nele previsto a hipóteses que não foram por ele abrangidas.

Embora a ora recorrida na inicial do *mandamus* invoque o art. 111, II, do CTN - segundo o qual “*interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção*” -, para afirmar que “não se pode restringir aquilo que o legislador não limitou”, ela mesma, para sustentar seu enquadramento no Convênio ICMS n. 24/2001, afirma que, na condição de “empresa atacadista”, pratica atividades que “são equiparadas às dos estabelecimentos industriais”, ou seja, é manifesta a pretensão de se ampliar o benefício contido no convênio referido.

Em sua ementa, estabelece o Convênio ICMS n. 24/2001 que:

Deduz parcela das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, referente às operações subsequentes, da base de cálculo do ICMS nas operações com medicamentos e cosméticos indicados na Lei Federal n. 10.147/2000, de 21.12.2000.

A cláusula segunda do convênio em comento dispõe que:

Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional e terá sua eficácia iniciada na data da produção dos efeitos da Lei Federal n. 10.147, de 21 de dezembro de 2000.

Como se verifica, o Convênio ICMS n. 24/2001 deve ser interpretado de acordo com as disposições contidas na Lei n. 10.147/2000.

A Lei n. 10.147/2000 trata da incidência da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização

ou à importação dos produtos previstos no seu art. 1º, estabelecendo alíquotas diferenciadas incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de tais produtos. No inciso I, a diferenciação decorre da natureza dos produtos, que são classificados, basicamente, em dois grupos: 1) produtos farmacêuticos; 2) produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal. No inciso II, são previstas alíquotas incidentes sobre a receita bruta decorrente das demais atividades.

O art. 2º da lei referida dispõe que: *“São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador”*.

Por seu turno, a cláusula primeira (*caput* e § 1º) do Convênio ICMS n. 24/2001 estabelece que:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os produtos classificados nas posições 3003, 3004, 3303 a 3307 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto n. 2.092, de 10 de dezembro de 1996, destinados à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.

§ 1º. A dedução corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais abaixo indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:

I - com alíquota de 7% - 9,90%;

II - com alíquota de 12% - 10,49%.

Conforme expressamente previsto, “a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação”.

Assim, só haverá direito à redução da base de cálculo do ICMS do valor correspondente ao PIS/Pasep e à Cofins quando houver a efetiva cobrança de tais contribuições.

Considerando que a pessoa jurídica não enquadrada na condição de industrial ou de importador, quando realiza a venda dos produtos elencados na Lei n. 10.147/2000 e no Convênio ICMS n. 24/2001, tem reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre

a receita bruta decorrente da venda de tais produtos, é imperioso concluir, *a contrario sensu*, que o benefício previsto no Convênio n. 24/2001 é limitado ao industrial e ao importador.

No caso dos autos, é incontroverso que a recorrida figura na condição de atacadista, ou seja, não se enquadra na condição de industrial ou de importador. Também é incontroverso que, nessa condição, promoveu a venda de produtos constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 24/2001.

Contudo, é certo que em relação à receita bruta decorrente da venda desses produtos não houve cobrança de contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins - referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente, na respectiva operação -, em virtude do benefício da alíquota zero, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.147/2000. Assim, não há falar em direito à redução da base de cálculo do ICMS, na forma prevista no Convênio ICMS n. 24/2001.

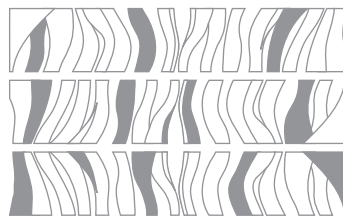
Cumpra registrar que inexistente ilegalidade no Decreto Estadual n. 5.494/2001, que alterando o Decreto Estadual n. 4.852/1997, dispôs que o benefício previsto no Convênio ICMS n. 24/2001 somente se aplica para as operações praticadas pelo industrial ou importador, tendo em vista que tal disposição não constitui reserva (ou exceção) ao Convênio ICMS n. 24/2001.

Por fim, verifica-se que no *mandamus* foram suscitadas outras questões (pedido de redução da multa aplicada ou sua nova apuração), as quais foram tidas por prejudicadas pelas instâncias ordinárias, que concederam a ordem para cancelar o auto de infração.

Assim, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que sejam analisados os demais temas constantes da impetração.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.



Terceira Turma

HABEAS CORPUS N. 181.231-RO (2010/0143236-8)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Impetrante: P N de M

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Paciente: P N de M (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Execução de alimentos. Alimentante advogado. Inadimplência voluntária e inescusável. Prisão civil. Pedido de redução do tempo de cumprimento da medida. Impossibilidade de apreciação. Supressão de instância. Pretensão de transferência para Sala de Estado Maior ou Casa do Albergado ou de conversão em prisão domiciliar. Inadmissibilidade. A segregação civil já é uma prisão especial. Diferenças entre prisão civil e prisão criminal. *Writ* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

1. O STJ, em princípio, não pode apreciar diretamente em *habeas corpus* questão não debatida no tribunal apontado como autoridade coatora, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Inadmissibilidade de exame da pretensão de redução do tempo de cumprimento da medida privativa de liberdade.

2. A prisão civil e a prisão criminal possuem naturezas e fundamentos jurídicos distintos. Não é recomendável, portanto, o devedor de alimentos inadimplente cumprir a medida restritiva da liberdade em sala de Estado Maior ou Casa do Albergado ou, ainda, obter o benefício da prisão domiciliar.

3. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a constitucionalidade do art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto dos Advogados), na parte em que determina o recolhimento à prisão de advogados, antes de sentença transitada em julgado, em sala de Estado Maior e, na sua falta, em prisão domiciliar, tal norma somente se aplica às prisões cautelares penais, não se refletindo nas prisões civis, ainda mais se considerar a hipótese de execução de alimentos

definitivos oriundos de decisão já transitada em julgado ou de acordo homologado judicialmente.

4. O instituto da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia - permitido pelos arts. 5º, LXVII, da CF, 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 18 e 19 da Lei n. 5.478/1968 e 733, § 1º, do CPC - não constitui sanção penal, não ostentando, portanto, índole punitiva ou retributiva, mas, ao revés, é uma medida coercitiva, imposta com a finalidade de compelir o devedor recalcitrante a cumprir a obrigação de manter o sustento dos alimentandos, de modo que são inaplicáveis as normas que regulam o Direito Penal e a Execução Criminal.

5. Em casos excepcionais, como o indivíduo ser portador de moléstia grave, de necessidades especiais ou de idade avançada e o estabelecimento prisional não puder suprir tais necessidades de caráter contínuo, a jurisprudência vem admitindo outras formas de execução da medida restritiva da liberdade, como a prisão domiciliar, mas, mesmo nesses casos, o fundamento utilizado é constitucional, qual seja, a preservação da dignidade da pessoa humana - e não normas de índole penal.

6. A aplicação dos regramentos da execução penal, como forma de abrandar a prisão civil, poderá causar o desvirtuamento do instituto, já que afetará, de modo negativo, sua finalidade coercitiva, esvaziando, por completo, a medida de execução indireta da dívida alimentar, em detrimento do direito fundamental dos alimentandos à uma sobrevivência digna.

7. A prisão civil já é uma forma de prisão especial, pois os presos civis devem ser recolhidos em “estabelecimento adequado” e, na falta deste, “em seção especial da Cadeia Pública” (art. 201 da LEP - Lei n. 7.210/1984). É dizer, a privação da liberdade dos alimentantes inadimplentes deverá ser efetivada em local próprio, diverso do destinado aos presos criminais, o que preserva o devedor dos efeitos deletérios da convivência carcerária.

Observância de tal regramento na espécie, já que o paciente se encontra segregado em uma sala administrativa, reservada, da Penitenciária local, não havendo contato com os presos comuns (aqueles que respondem ou responderam por algum delito).

8. A expressão “sala de Estado Maior” é anacrônica, não devendo o conceito ser restringido a um recinto dentro de quartel. Ao contrário, deve ser entendido como uma sala sem grades, possuidora de adequadas condições de higiene e segurança (comodidades condignas), o que a distingue de cela, cuja finalidade típica é o aprisionamento de alguém.

9. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do *habeas corpus* e, nesta parte, denegar a ordem, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 14.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado por P N DE M, em benefício próprio, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Consta dos autos que a filha do paciente ajuizou Execução de Alimentos pelo rito do art. 733 do CPC, requerendo o pagamento de prestações alimentares devidas pelo executado.

Citado, o devedor aduziu, entre outras alegações, que não possuía condições de pagar a integralidade do valor requerido.

O MM. Juiz singular, todavia, repelindo as arguições apresentadas pelo executado, determinou sua prisão civil pelo prazo de 90 dias (fl. 10).

Impetrado *habeas corpus* perante a Corte de Justiça local, a ordem restou parcialmente concedida, a fim de permitir ao devedor inadimplente se ausentar do presídio durante o dia para trabalhar. O aresto restou assim ementado:

Habeas corpus. Alimentos. Prisão civil. Legalidade. Mudança do regime prisional do fechado ao aberto. Procedente.

Se o decreto de prisão civil decorrente de débito alimentício está de acordo com as formalidades previstas no Código de Processo Civil, inexistente ilegalidade a ser corrigida pela via do *habeas corpus*.

O regime fechado, assim, revela-se inadequado, pois preso não poderá exercer ofício e quitar sua dívida, sendo melhor abrandar-se o cumprimento da pena durante o prazo fixado na sentença, com a obrigação de o paciente apresentar-se no presídio diariamente às 19h30 min e de lá ser liberado pela direção também todos os dias, às 6h00min, inclusive sábados e domingos, desde que comprove de imediato emprego definido. (fl. 17)

Por isso o presente *mandamus*, pugnando o impetrante paciente pela concessão da ordem, a fim de que seja recolhido em Casa do Albergado - estabelecimento destinado ao regime prisional aberto -, ou, ao menos, seja transferido para uma sala de Estado Maior, ao argumento de que, em razão de sua condição de advogado, faz jus à prisão especial, nos termos do art. 7º, V, do Estatuto da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). Pleiteia, ainda, a redução do tempo de encarceramento: de 90 dias para 60 dias, alegando que o tempo de prisão arbitrado é exorbitante (fls. 01-09).

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 58-61.

Informações prestadas às fls. 82-93.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 96-101, opinando pelo conhecimento parcial e pela denegação da ordem na parte conhecida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Em que pesem as alegações ventiladas na inicial, a hipótese é de parcial conhecimento da impetração e de denegação do *writ* na parte conhecida.

De início, com relação à pretensão de redução do tempo de cumprimento da medida privativa da liberdade, cumpre ressaltar que tal matéria não foi objeto

de exame pelo Tribunal de origem, pelo que não pode ser apreciada no presente *writ*, sob pena de indevida supressão de instância. A respeito:

Habeas corpus. Prisão civil. Alimentos. Supressão de instância. Exame aprofundado de provas. Interposição simultânea de agravo de instrumento.

1. *Em princípio, as questões não debatidas pelo Tribunal apontado como autoridade coatora não devem ser objeto de exame diretamente nesta Corte Superior em habeas corpus, sob pena de supressão de instância.* (...)

(HC n. 63.377-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 28.05.2007).

Habeas corpus. Execuções. Cobrança de pensão alimentícia. Rito processual do art. 733 do CPC. Decisões ensejadoras dos decretos de prisão civil devidamente fundamentadas. Condições financeiras do devedor-executado. Impossibilidade de exame na via eleita. Fatos novos. Ausência de análise pelas instâncias ordinárias. Supressão de instância.

1 - Inexiste nulidade nos decretos de prisão civil do devedor de pensão alimentícia, por ausência de fundamentação, se as decisões nas quais os mesmos se basearam encontram-se devidamente fundamentadas.

(...)

3 - Não tendo sido levados ao conhecimento das instâncias ordinárias os fatos novos alegados nesta seara, este Tribunal Superior não pode analisá-los, sob pena de supressão de instância. Se isso não bastasse, tais fatos (modificação do valor do crédito, pedido de alteração do rito processual adotado e necessidade do devedor vir ao Brasil) não afastam a validade dos mandados de prisão expedidos.

4 - Ordem denegada.

(HC n. 36.721-SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 20.06.2005)

No mais, não merece acolhimento o pedido de ser reconhecido o direito do impetrante paciente de ser transferido para a Casa do Albergado ou de, na condição de advogado, ser recolhido à prisão em sala de Estado Maior ou, ainda, na inexistência desta, em prisão domiciliar.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI n. 1.127-DF, red. para o acórdão Min. *Ricardo Lewandowski* (DJe 11.06.2010), julgou ser constitucional o art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto dos Advogados), na parte em que determina o recolhimento à prisão de advogados, *antes de sentença transitada em julgado*, em sala de Estado Maior e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Todavia, tal norma somente se aplica às prisões cautelares penais, não se refletindo nas prisões civis, ainda mais se considerar a hipótese de execução de

alimentos definitivos oriundos de decisão já transitada em julgado ou de acordo homologado judicialmente.

Nesse passo, impende asseverar que o instituto da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia - permitido pelos arts. 5º, LXVII, da CF, 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 18 e 19 da Lei n. 5.478/1968 e 733, § 1º, do CPC - não constitui sanção penal, não ostentando, portanto, índole punitiva ou retributiva, mas, ao revés, é uma medida coercitiva, imposta com a finalidade de compelir o devedor recalcitrante a cumprir a obrigação de manter o sustento dos alimentandos, de modo que são inaplicáveis as normas que regulam o Direito Penal e a Execução Criminal.

Cumpra acentuar, outrossim, que, em casos excepcionais, como o indivíduo ser portador de moléstia grave, de necessidades especiais ou de idade avançada e o estabelecimento prisional não puder suprir tais necessidades de caráter contínuo, a jurisprudência vem admitindo outras formas de execução da medida restritiva da liberdade, como a prisão domiciliar, mas, mesmo nesses casos, o fundamento utilizado é constitucional, qual seja, a preservação da dignidade da pessoa humana - e não normas de índole penal.

Nas palavras de Yussef Said Cahali, "(...) a prisão civil é meio executivo de finalidade econômica; prende-se o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade. Embora o art. 733, § 2º, do CPC fale em 'pena' de prisão, de *pena* não se trata. Decreta-se a prisão civil não como pena, não com o fim de punir o executado pelo fato de não ter pago a prestação alimentícia, mas sim com o fim, muito diverso, de coagi-lo a pagar" (*In: Dos Alimentos*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 741).

Ademais, a aplicação dos regramentos da execução penal, como forma de abrandar a prisão civil, poderá causar o desvirtuamento do instituto, já que afetará, de modo negativo, sua finalidade coercitiva, esvaziando, por completo, a medida de execução indireta da dívida alimentar, em detrimento do direito fundamental dos alimentandos à uma sobrevivência digna (cf. Welter, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*, 1ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 385-392).

Sob esse prisma, a seguinte lição de Araken de Assis:

A prisão prevista no art. 733, § 1º, do CPC, e no art. 19, *caput*, da Lei n. 5.478/1968 ostenta natureza civil. (...)

Na monografia pioneira a propósito do tema, acentuava Mário Guimarães de Souza, sintonizando a problemática dos meios executórios, que a pena “serve de ‘meio indireto’ de execução, porque por via dela, agindo como *vis compulsiva*, o juiz coage o devedor a satisfazer a obrigação, a obedecer o julgado.

A custódia executiva pretende influir de modo positivo no ânimo do executado, compelindo-o ao cumprimento. Não se trata, absolutamente, de sanção penal. A medida refoge à disciplina repressiva. Mais precisamente, “sem visar a retribuição do mal praticado, nem a recuperação do agente, tem essa espécie de custódia caráter meramente compulsivo e não penal, pelo que os benefícios da processualística criminal, no particular, inaplicam-se”. Correto se afigura o julgado da 6ª Câm. Cível do TJRS, em que se repele “as disposições da lei de execuções penais sobre a prisão especial”.

E, com efeito, o deferimento de prisão domiciliar ao executado constitui amarga pilhéria. Dela não resulta nenhum estímulo real sobre a vontade renitente do devedor. O controle do confinamento, ademais, se revela difícil e, na maioria das vezes, improvável; assim, torna-se pífa a ameaça derivada do meio executório. É preciso deixar bem claro ao alimentante relapso que, insatisfeitas as prestações, a pena se concretizará da pior forma e duramente; caso contrário, ensina a experiência, o obrigado não se sensibilizará com a medida judicial. As experiências de colocar o executado em albergue, à margem da lei, em nome de um duvidoso garantismo, revelaram que o devedor, nesta contingência, prefere cumprir a pena em lugar de pagar a dívida. A única exceção admissível, neste ponto, reside na prisão do executado menor de idade - hipótese criada a partir da constatação de que adolescentes procriam com freqüência e, conseqüentemente, assumem o dever de prestar alimentos ao filho -, perante a qual a prisão ocorrerá em “estabelecimento apto a acolher menores ou cela especial destacada para este fim”.

Explicou-se, linhas antes, os pressupostos de aplicação da pena. Ela só atinge o executado em último caso: além de vencido no incidente propiciado à sua defesa, contra ele há de pesar a forte suspeita de sonegar alimentos ao credor. Em outras palavras, a despeito de tudo recalcitrando o devedor e persistindo no inadimplemento, então o juiz aplicará a sanção civil, cuja utilidade dependerá da efetiva privação de liberdade do apenado. Nenhuma especificação do regime da pena se mostra necessária. Em tal sentido, proclamou a 3ª Turma do STJ: “No sistema da prisão civil não se exige que o decreto prisional, além da fundamentação legal quanto à incidência da sanção, proceda à fixação do regime prisional, como ocorre no direito penal”. (*In: Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193-195).

Destarte, não há falar, na espécie, em transferência para a Casa do Albergado ou para a sala de Estado Maior, já que a prisão civil e a prisão criminal possuem naturezas e fundamentos jurídicos distintos.

Convém assinalar também que a prisão civil já é uma forma de prisão especial, pois os presos civis devem ser recolhidos em estabelecimento adequado e, na falta deste, em seção especial da Cadeia Pública; ou seja, a privação da liberdade dos alimentantes inadimplentes deverá ser efetivada em local próprio, diverso do destinado aos presos criminais, a teor do art. 201 da LEP (Lei n. 7.210/1984), o que preserva o devedor dos efeitos deletérios da convivência carcerária.

Sobre o assunto, assim leciona Mirabete:

9.4 PRISÃO CIVIL E ADMINISTRATIVA

Não devem ser confundidos os condenados por infração penal com aqueles submetidos à prisão civil ou à prisão administrativa. (...) Têm elas por finalidade, como medida coercitiva, compelir ao cumprimento de obrigação econômica ou assegurar a execução de medidas administrativas, e não promover a adaptação social do preso. Por isso, o cumprimento da prisão civil ou administrativa não pode dar-se nos estabelecimentos do sistema penal. Entretanto, reconhecendo a inexistência de estabelecimento adequado a seu cumprimento, o legislador permite que o preso seja recolhido em seção especial da Cadeia Pública, estabelecimento destinado aos presos provisórios (itens 4.36 a 4.38). Referindo-se à "seção especial", obriga a lei que, embora recolhidos ao mesmo estabelecimento dos presos provisórios, os submetidos a prisão civil ou administrativa não podem estar em contato com aqueles. A autorização vale até que se construa ou se adapte o estabelecimento adequado a essas espécies de privação da liberdade não criminal, que poderá pertencer ao mesmo conjunto arquitetônico de estabelecimento penal, desde que devidamente isolado (art. 82, § 2º, da LEP).

(In: *Execução Penal* - comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 837-838).

A propósito do tema sob exame, vale colacionar os seguintes trechos do voto proferido pelo e. Min. *Humberto Gomes de Barros*, no HC n. 63.063-SC (3ª T, DJ 30.10.2006):

De outra parte, o impetrante sustenta a possibilidade de cumprimento da prisão em casa de albergue ou em regime domiciliar ou em regime aberto. É que o executado não apresenta risco para a sociedade e precisa trabalhar para sustentar sua família.

A prisão civil, prevista no Art. 733, § 1º do CPC e Art. 19 da Lei n. 5.478/1968, não é sanção penal, mas uma medida coercitiva para compelir o devedor de alimentos a cumprir o avençado.

No sistema da prisão civil, não se exige que o decreto prisional, além da fundamentação legal quanto à incidência da sanção, defina o regime prisional, como ocorre no Direito Penal.

Para a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), no Art. 201, a prisão civil deve ser cumprida em estabelecimento adequado, e na sua falta em seção especial de cadeia pública. Tenho notícia de que no Distrito Federal, os devedores de alimentos cumprem a pena, em regime fechado, mas em ala separada dos condenados comuns.

O cuidado de não misturar o preso civil com o criminoso, evita os efeitos negativos e dessocializadores, próprios da pena de prisão.

Normalmente, não se aplicam as regras da Lei de Execuções Penais à prisão civil, no que diz respeito a progressão de regime. O STJ, no entanto, admite, analisadas as circunstâncias excepcionais do caso concreto, formas alternativas para cumprimento da prisão civil, sem a perda do caráter coercitivo da medida. (...)

(...)

A eficácia da medida dependerá da efetiva privação da liberdade do devedor de alimentos, não se aplicando, em regra, a prisão domiciliar ou a prisão albergue. É que a prisão civil se tornaria inócua sem um mecanismo capaz de forçar o devedor de alimentos ao adimplemento da obrigação. A lei protege o direito a vida do alimentado, que pode ser colocada em risco pela desídia do alimentante.

Verifiquei que o paciente é obrigado a pagar 6 (seis) salários mínimos de pensão para as filhas, mas só deposita mensalmente (um) salário mínimo. Ele já foi preso uma vez, por descumprir a obrigação alimentícia, porque não paga adequadamente desde meados do ano de 2002. A prisão civil se justifica para quem não quer pagar os alimentos, e não para quem não pode pagar.

Não vejo como conceder o benefício de cumprimento da pena em regime aberto, porque as circunstâncias do caso concreto não recomendam.

In casu, verifica-se o cumprimento do art. 201 da LEP, porquanto o impetrante paciente não se encontra recolhido em uma cela, mas, ao contrário, *está em uma sala administrativa*, reservada, da Penitenciária Enio Pinheiro, *bem como se encontra separado dos presos comuns* (aqueles que respondem ou responderam por algum delito) (fls. 26-29).

Por outro lado, ainda que se considerasse admissível a prisão civil de advogado em sala de Estado Maior, em consonância com a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de tais recintos, a irrisignação também não prosperaria.

Deveras, a expressão “sala de Estado Maior”, segundo o Pretório Excelso, equivale a uma dependência em estabelecimento castrense sem grades, com instalações condignas. É dizer: “Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, ‘sala de Estado-Maior’ é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma ‘cela’ tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém -e, por isso, de regra contém grades -, uma ‘sala’ apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. De outro lado, deve o local oferecer ‘instalações e comodidades condignas’, ou seja, condições adequadas de higiene e segurança” (cf. Rcl n. 4.535-ES, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, DJe 15.06.2007 e Rcl n. 4.713-SC, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, DJe 07.03.2008).

Entretanto, em 19.08.2010 tal tema voltou à discussão no Plenário da Corte Suprema, estando o julgamento da Rcl n. 5.826-PR e da Rcl n. 8.853-GO, ambas de relatoria da e. Min. Cármen Lúcia, suspenso em virtude de pedido de vista. Na ocasião, os votos divergentes *ampliaram o conceito da expressão “sala de Estado Maior”, repelindo a restrição feita outrora a um recinto dentro de quartel.*

Nessa esteira, os seguintes excertos extraídos do Informativo de Jurisprudência do STF n. 596, de 16 a 20 de agosto de 2010:

Reclamação e Sala de Estado-Maior - 1

O Tribunal iniciou julgamento de duas reclamações ajuizadas por advogados em que se alega afronta à autoridade da decisão proferida nos autos da ADI n. 1.127-DF (DJe de 11.6.2010), em que reputado constitucional o art. 7º, V, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, na parte em que determina o recolhimento dos advogados, antes de sentença transitada em julgado, em sala de Estado-maior e, na sua falta, em prisão domiciliar. A Min. Cármen Lúcia, relatora, julgou procedentes as reclamações, para assegurar o cumprimento da norma prevista no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994 tal como interpretada pelo Supremo, devendo ser os reclamantes transferidos para uma sala de Estado-maior ou, na ausência dela, para a prisão domiciliar, até o trânsito em julgado da ação penal. Considerou que um dos advogados estaria preso numa cela especial do Centro de Operações Especiais da Capital, no Paraná, a qual, não obstante dotada de condições dignas, não constituiria uma sala com características e finalidades estabelecidas expressamente pela legislação vigente e acentuadas pela jurisprudência deste Tribunal. Citou, no ponto, o que decidido na Rcl n.

4.535-DF (DJU de 15.06.2007) quanto à caracterização de sala de Estado-maior, ou seja, entendendo por Estado-Maior o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar), a sala de Estado-maior seria o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, pudesse por eles ser utilizado para exercer suas funções. Acrescentou que, segundo decidido naquela reclamação, a distinção que se deveria fazer é que, enquanto uma cela teria como finalidade típica o aprisionamento de alguém – e, por isso, de regra conteria grades –, uma sala apenas ocasionalmente seria destinada para esse fim. Além disso, o local deveria oferecer “*instalações e comodidades condignas*”, isto é, condições adequadas de higiene e segurança.

Reclamação e Sala de Estado-Maior - 2

No que se refere ao outro advogado, a favor do qual já fora deferida medida cautelar para garantir-lhe transferência para prisão domiciliar até o julgamento definitivo da reclamação, observou que ele estaria preso numa cela individual, no CIOPS da cidade de Valparaíso de Goiás, não havendo sala de Estado-maior naquela Comarca. Afastou, quanto a este, ademais, óbice à concessão do aludido benefício, pela alegada falta de comprovação de que, à época do fato delituoso, o reclamante não exercia efetivamente a advocacia. Quanto a isso, a relatora disse que verificara, em consulta no sítio da OAB, o nome do reclamante, seu número de inscrição e a situação de normalidade de seu registro. *Em divergência, a Min. Ellen Gracie julgou improcedentes as reclamações. Aduziu que a ADI cuja conclusão se reputaria agredida não poderia ser considerada nessa estreiteza de colocação, qual seja, a de que uma sala de Estado-maior só se localizaria necessariamente dentro de um quartel, haja vista que isso implicaria confusão entre conteúdo e continente. Afirmou que o Estado-maior, que é o conjunto de oficiais, não funcionaria exclusivamente dentro de quartéis, mas se deslocaria junto com a tropa, instalando-se em qualquer local em que houvesse um quadro de operações militares. Destacou que o ponto decisivo de distinção estaria na diferenciação entre o que seria uma cela, fechada por barras e trancas, e aquilo que não corresponderia a uma cela, mas sim a uma sala, onde eventualmente poderiam desenvolver as suas atividades oficiais de Estado-maior, ou seja, salas dotadas de comodidades e conforto, nas quais o advogado tivesse garantida a sua dignidade pessoal.*

Reclamação e Sala de Estado-Maior - 3

O Min. Ayres Britto acompanhou parcialmente a relatora, para assegurar aos advogados sua transferência para uma sala de unidade militar, e asseverou que o estabelecimento militar teria obrigação de cumprir a decisão da Corte. Ressaltou não mais existirem atualmente as salas de Estado-maior, do ponto de vista físico, e que uma sala em unidade castrense, com condições condignas de comodidade, cumpriria, hoje, o desígnio protetor da lei. *O Min. Ricardo Lewandowski, também registrando a inexistência de salas de Estado-maior no Brasil, e julgando a expressão*

“Estado-maior” anacrônica, acompanhou a Min. Ellen Gracie. Após, pediu vista dos autos o Min. Dias Toffoli. Por fim, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus* de ofício em favor do advogado que se encontra preso no Paraná, contra os votos da relatora e do Min. Marco Aurélio.

Por fim, o Ministério Público Federal, perfilhando do mesmo entendimento exposto alhures, assim pontificou em seu parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Henrique Fagundes Filho:

4. Quanto ao pedido de transferência do impetrante/paciente para estabelecimento prisional compatível com o regime aberto, razão não lhe assiste.

É da jurisprudência dessa Augusta Corte de Justiça que a prisão civil do devedor de alimentos, enquanto meio de coação ao pagamento da obrigação alimentar, deve ser cumprida, em regra, em regime fechado. Assim, somente em situações excepcionais devidamente comprovadas pode ser autorizado pela autoridade judicial o cumprimento da constrição em condições especiais.

Nesse diapasão, confirmam-se, *exempli gratia*, os seguintes julgados, *verbis*:

Processual Civil. *Habeas corpus*. Ação de execução. Pensão alimentícia. Cumprimento. Regime semi-aberto. Excepcionalidade.

- É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes.

- Inviável a apreciação de provas na via estreita do HC.

- A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de, considerando que a finalidade da prisão civil é justamente coagir o devedor a honrar a obrigação, determinar o seu cumprimento nos moldes do regime fechado, tão somente admitindo a conversão para forma de cumprimento mais benéfica em hipóteses excepcionais, nas quais não se amolda a presente.

Ordem denegada.

(HC n. 104.454-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *in* DJe de 23.06.2008).

Processo Civil. *Habeas corpus*. Execução. Depositário judicial infiel. Prisão civil. Legalidade do decreto constritivo. Pleito de cumprimento da medida em regime aberto. Inexistência de situação excepcional. Descabimento. Ordem denegada.

1 - É possível a decretação de prisão civil do depositário infiel nos autos de ação de execução, se em seu bojo foi constituído o encargo, sendo desnecessária a propositura de ação de depósito (Súmula n. 619-STF).

2 - Revela-se legítimo o mandado constritivo quando o depositário judicial, apesar de intimado, descumpre, injustificadamente, o dever de guarda e conservação do bem, deixando de entregá-lo em Juízo ou o seu equivalente em dinheiro.

3 - É certo que este Tribunal Superior vem admitindo o cumprimento da prisão civil em outros regimes, menos severos, como o aberto ou a prisão domiciliar; todavia, apenas em caráter excepcional, que dependerá do exame das circunstâncias de cada caso concreto. Isso porque, a par de a prisão civil e a prisão criminal possuírem naturezas e fundamentos jurídicos diversos, as normas da Lei de Execução Penal que disciplinam a progressão de regime prisional são destinadas, precipuamente, ao cumprimento das sanções penais.

4 - A simples alegação de possível agravamento da situação financeira do paciente não se qualifica como situação excepcional autorizadora do cumprimento de sua segregação em regime mais brando.

Deveras, esta Corte de Uniformização somente vem mitigando o regime inerente à prisão civil aos casos em que o devedor/depositário apresenta condições de saúde muito precárias e/ou idade muito avançada.

5 - De mais a mais, o Juízo singular determinou o cumprimento da medida constritiva mediante o recolhimento do executado ao albergue anexo ao presídio local, de forma a mantê-lo apartado da massa carcerária, tendo sido respeitadas, assim, as prescrições legais.

6 - Ordem denegada.

(HC n. 63.786-RS, Rel. Ministro Jorge Scartezini, in DJ de 26.02.2007, p. 590)

Por outro lado, a simples condição de advogado não garante ao devedor de alimentos o cumprimento da prisão civil em condições especiais. Efetivamente, o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que confere aos causídicos a prerrogativa de ser recolhido em sala de Estado Maior ou, à sua falta, em prisão domiciliar, refere-se às prisões penais anteriores ao trânsito em julgado da condenação (prisão temporária e prisão preventiva). Ora, a prisão civil já é por si uma prisão especial, na qual o detido não se reúne aos acusados por infração penal, não havendo sentido algum em conferir melhores condições aos advogados.

De mais a mais, conforme se lê do aresto combatido (fl. 20), o paciente se encontra recolhido em *sala administrativa*, cômodo reservado a presos civis. Verifica-se destarte que, ante a concessão pela Corte local de horário especial para o exercício do trabalho, o alimentante se encontra em melhores condições do que no pleiteado "regime aberto". De fato, se transferido para uma Casa de Albergado, o paciente teria de se recolher nos fins de semana e coabitar com os presos penais. (fls. 98-100)

Ante o exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 846.543-RS (2006/0098282-7)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Mundial S/A Produtos de Consumo
Advogado: Fábio Albuquerque e outro(s)
Recorrido: J A Costa Ltda
Advogado: Luiz Mayer da Silva

EMENTA

Processual Civil e Comercial. Recurso especial. Contrato de representação. Embargos declaratórios. Omissão. Inocorrência. Rescisão imotivada. Exclusividade. Contrato verbal. Possibilidade. Interpretação de cláusulas contratuais e reexame de prova.

1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

2. Possibilidade da demonstração da existência de cláusula de exclusividade mesmo em contratos de representação firmados verbalmente, admitindo-se a respectiva prova por todos os meios em direito admitidos. Aplicação do art. 212 do CC/2002 c.c. os arts. 400 e segs. do CPC. Doutrina e jurisprudência desta Corte acerca do tema.

3. Estabelecida, no caso concreto, pelo acórdão recorrido a premissa de que o ajuste de representação comercial vigorava com cláusula de exclusividade, confirmada por prova testemunhal, inarredável a conclusão de que houve rescisão imotivada do contrato, pela contratação de novo representante para atuar na mesma zona anteriormente conduzida pela recorrida.

4. Inviável a análise da pretensão relativa ao afastamento das conclusões acerca da exclusividade da representação, por óbice das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

5. *Recurso especial conhecido, porém, não provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS).

Dr(a). Fábio Albuquerque, pela parte recorrente: Mundial S/A Produtos de Consumo.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 11.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto pela *Mundial S/A Produtos de Consumo*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Na origem, cuida-se de ação de cobrança e indenização, ajuizada por *JA Costa Ltda*, pretendendo o reconhecimento da rescisão unilateral de contrato de representação por parte da recorrente e o pagamento da respectiva verba indenizatória. Alegou a recorrida, que era representante exclusiva da recorrente no Paraguai, ter sido rescindido o contrato a partir da contratação de um novo representante para a mesma zona.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a recorrente a pagar à recorrida indenização correspondente ao montante de 1/12 sobre o valor de todas as comissões auferidas durante a vigência do contrato e, ainda, aviso prévio, calculado no importe de 1/3 sobre as três últimas comissões percebidas pela representante.

O recurso de apelação interposto pela representada não foi provido, recebendo o julgado a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação de cobrança. Representação comercial. Rescisão imotivada. Sem justa causa. Pretensão a indenização por verbas cabíveis. *Rompimento unilateral do contrato. Indenização e aviso prévio devidos. Possibilidade. Inteligência do art. 27, j c.c. o art. 34, ambos da Lei n. 4.886/1965, alterada pela Lei n. 8.220/1992. Ônus da prova (art. 333, I e II, do CPC).* A impugnação genérica da pretensão feita na contestação é insuficiente para afastar tal condenação, ademais, a parte autora tendo acostado documentos indicadores da veracidade de suas alegações.

A prova da desídia deve ser feita de acordo com a justificativa para a denúncia do contrato. Se a representada alega que a representante teria deixado de efetuar vendas, ou ainda, de dar continuidade a relação negocial, deveria ter apresentado, no mínimo, de forma clara, o plano de metas a serem atingidas e o período, assim, fazendo prova do não-cumprimento dos objetivos traçados. Indenização rescisória devida. Sentença mantida.

Por maioria, negaram provimento ao recurso. (e-STJ, fls. 330-340)

Opostos embargos declaratórios, foram acolhidos em parte apenas para sanar erro material, na parte dispositiva do acórdão embargado.

Irresignada, a recorrente interpôs recurso especial, alegando o seguinte: i) violação ao art. 535, do CPC, por omissão do acórdão recorrido; ii) violação ao art. 333, I e II, do CPC, argumentando que houve indevida inversão do ônus da prova ao determinar-se que à recorrente cumpria provar a inoccorrência de rescisão unilateral imotivada, fato que teria sido alegado pela recorrida; iii) violação ao art. 31, parágrafo único, da Lei n. 4.886/1965, insurgindo-se contra o reconhecimento de alegada exclusividade de representação comercial, o que, segundo o referido dispositivo legal, depende de ajuste expresso não se podendo presumir, conforme decidido pelo Tribunal de origem.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 381-390.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Preliminarmente, no que concerne à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que as

questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente apreciadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.

Amolda-se a espécie, pois, ao entendimento pretoriano consolidado no sentido de que, “quando o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não se configura ofensa ao artigo 535 do CPC.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte” (AgRg no Ag n. 1.265.516-RS, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, Quarta Turma, DJ de 30.06.2010).

Destarte, não se configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

No mérito, o ponto central de discussão devolvida ao conhecimento desta Corte pelo presente recurso especial diz com a alegada rescisão imotivada do contrato verbal de representação comercial, em virtude da contratação de outro representante para atuar na mesma zona em que atuava, com alegada exclusividade, a ora recorrida.

Convém, portanto, sejam feitas algumas ponderações a respeito da característica de exclusividade no contrato de representação comercial.

Estabelece o enunciado normativo do art. 31 da Lei n. 4.886/1965, com redação alterada pela Lei n. 8.420/1992, que, “prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros” E, continua o respectivo parágrafo único: “a exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos.”

Não há dúvida de que a cláusula de exclusividade deve ser expressamente pactuada entre as partes, não se exigindo, porém, que sua formalização ocorra necessariamente por escrito.

Conseqüentemente, a demonstração da existência da cláusula de exclusividade pode ser feita mediante a produção de prova testemunhal, consoante admitiu o acórdão recorrido.

Mais, a prática comercial tem evidenciado que os contratos de representação comercial ou de distribuição mercantil têm sido normalmente celebrados verbalmente, com esparsos documentos escritos produzidos ao longo de sua execução, dificultando a reconstrução de suas cláusulas contratuais quando ocorra litígio entre os contratantes.

Assim, muito embora o enunciado normativo do art. 27 da Lei n. 4.886/1965, alterado pela Lei n. 8.420/1992, enumere os elementos obrigatórios que devem constar do contrato de representação comercial quando realizado por escrito, não há dispositivo legal tampouco entendimento jurisprudencial que imponha uma determinada forma, vedando a celebração de ajuste verbal entre as partes.

Com isso, em se tratando de contrato celebrado verbalmente, admite-se a comprovação das cláusulas pactuadas entre as partes contratantes por todos os meios em direito admitidos, tal como autoriza o art. 212 do CC/2002, combinado com os artigos 400 e segs. do CPC.

Com relação especificamente à cláusula de exclusividade, doutrina e jurisprudência convergem acerca do entendimento de admiti-la mesmo em contratos verbais.

Nesse sentido, a lição de Rubens Edmundo Requião, *verbis*:

A Lei n. 4.886/1965 determina que o contrato de representação comercial, e, por isso, os contrato de agência e distribuição, deve ser celebrado por escrito. Não declara, no entanto, nulo o contrato verbal. Ao contrário, o protege. *Por isso, a exclusividade, que não é presumida no contrato de representação comercial verbal (o é apenas no contrato de representação comercial escrito, omissis quanto à exclusividade e também no contrato de agência e distribuição, verbal ou escrito), pode ser estabelecida, de modo explícito, em favor do representante comercial por qualquer meio indelével.* (in Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma, Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 66)

No julgamento do REsp n. 229.761-ES (3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 09.04.2001), esta Turma já decidiu ser possível que a exclusividade se prove de outras formas, além da escrita. Confira-se o seguinte trecho do julgado:

Portanto, apesar de não haver expressa estipulação contratual quanto à cidade do Rio de Janeiro, a exclusividade foi provada por outros meios, atentando-se para o fato de que o contrato foi celebrado quando da vigência da Lei n. 4.886/1965, cujo artigo 31 não obsta que se tenha por demonstrada a exclusividade de zona em face de provas da realidade de sua existência, notadamente, como no caso concreto teve-se tal exclusividade derivada pela extensão do contrato que a previra inicialmente para Vitória - ES.

Rubens Requião, inclusive, cita posicionamento do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

Como já adiantamos, o Supremo Tribunal Federal admite que a exclusividade não seja expressa, também resultante de prova. Embora nossa opinião seja a de que deve ser ela expressa no contrato, curvamo-nos diante da decisão excelsa, dado seu sentido social e de equidade (*in Do Representante Comercial - Comentários à Lei n. 4.886 de 9 de dezembro de 1965, à Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 216*).

E a tendência interpretativa da jurisprudência e da doutrina à Lei n. 4.886/1965 consolidou-se com a edição do CC/2002, que, no capítulo que trata do “Contrato de Agência e Distribuição”, especificamente em seu art. 711, positivou a regra de que a exclusividade de representação se presume, salvo estipulação em contrário. Mais uma vez, pertinente a lição de Rubens Requião:

O Código Civil, finalmente, veio resolver o problema, introduzindo (art. 711), sem rebuscos, a presunção de exclusividade em favor de ambos os pólos do contrato de representação comercial ou de agência, afastável apenas por regra expressa do contrato. (*in Do Representante Comercial - Comentários à Lei n. 4.886 de 9 de dezembro de 1965, à Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 215*).

No caso em análise, não merece acolhida a irresignação recursal da empresa recorrente.

O acórdão recorrido, confirmando a sentença, reconheceu que o contrato de representação, firmado verbalmente, “era exercido com exclusividade pela autora” (e-STJ, fls. 284), conforme depoimento de todas as testemunhas.

Estabelecida essa premissa, inarredável a conclusão de que houve rescisão imotivada do contrato, diante da contratação de um novo representante para zona onde vigorava ajuste de representação comercial com cláusula de exclusividade.

Importa ressaltar que a alteração do referido entendimento, tal como pretendido pela recorrente, demandaria o interpretação das disposições contratuais e do conjunto de fatos e provas dos autos, o que é vedado a esta Corte em sede de recurso especial, por óbice das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

Por fim, resta prejudicada a análise da alegada violação ao art. 333 I e II, do CPC, pois, uma vez reconhecida rescisão imotivada da avença, despicando discorrer acerca da alegada inversão do ônus da prova.

Ante o exposto, conheço do presente recurso especial, porém, nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 858.270-MS (2006/0120463-6)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: W G Z J

Advogado: Hallysson Rodrigo e Silva Souza e outro(s)

Recorrido: W G Z

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Execução de alimentos. Acordo homologado pelo juiz em audiência. Sentença homologatória sem assinatura. Anuência do Ministério Público no termo de audiência. Interpretação do art. 585, II, do CPC. Eficácia de título executivo extrajudicial.

1. Inocorrência de ofensa ao art. 535 do CPC pelo acórdão que, mesmo não examinando individualmente cada um dos argumentos ou dispositivos invocados pela parte, decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta.

2. Não conhecimento do recurso especial quando o dispositivo invocado, a despeito da oposição de embargos de declaração, não restou prequestionado pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 211-STJ.

3. Impossibilidade de atribuição de eficácia de título executivo judicial à sentença sem assinatura juiz, homologando o acordo de separação consensual, por se tratar de ato inexistente.

4. Possibilidade, porém, de reconhecimento do acordo celebrado pelas partes em audiência, com a anuência do Ministério Público no respectivo termo, da eficácia de título executivo extrajudicial, na forma do art. 585, II, do CPC.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 28.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, nos autos de ação de execução de prestação alimentícia, manteve a decisão que indeferiu a petição inicial, decidindo que (I) a sentença sem assinatura é ato inexistente, incapaz, portanto, de produzir o resultado programado, razão pela qual não se pode conferir a eficácia executiva pretendida pelo exequente; (II) “ainda que tenha havido a participação das partes, representadas por único advogado, e a intervenção do Ministério Público, ao acordo de vontades, sem os predicados de certeza e liquidez, descabe conferir, na forma do art. 585, II, do Código de Processo Civil, a qualidade de título extrajudicial, que deve trazer em si todos os elementos para a identificação do direito ou quantificação do objeto” (fl. 68).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 132-135).

No recurso especial, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (I) art. 535, II, do CPC, pois o acórdão recorrido não prequestionou os dispositivos ventilados nas razões do recurso de apelação; (II) art. 585, II, do CPC, porquanto a sentença homologatória da separação consensual, apesar de não conter a assinatura do juiz, preenche todos os requisitos estabelecidos no CPC para a configuração de um título executivo extrajudicial, já que referendado pelo Ministério Público e pelos advogados das partes; (III) arts. 2º,

244, 458, 467, 471 e 486 do CPC, porque (a) “a tutela que abonou a conduta do recorrido em não pagar os alimentos devidos não foi requerida por ninguém, agindo os julgadores de ofício, vulnerando deste modo o princípio da inércia da jurisdição” (fl. 146); (b) o ato considerado inexistente alcançou a sua finalidade, devendo ser considerado válido para todos os efeitos que dele advirem, sob pena de contrariar o disposto no art. 244 e 458 do CPC; (c) a dita sentença apócrifa serviu para alguns atos importantes como a averbação da separação no cartório de registro, não servindo contudo, para a execução dos alimentos acordados; (d) há “violação à coisa julgada com o novo julgamento do que já estava sob o manto da imutabilidade, não podendo haver dúvida da vontade ali estabelecida, até mesmo porque naquela época o valor da pensão era descontado diretamente do salário do Recorrido e, caso a apócrifa audiência não tivesse sido realizada, o próprio Recorrido teria anulado a separação” (fl. 150); (e) deve-se levar em conta que a sentença foi proferida em audiência; (f) decidiu-se novamente a lide apesar da vedação expressa do art. 471 do CPC; (g) a sentença homologatória, para ser rescindida, depende do ajuizamento de uma ação anulatória própria, nos termos do art. 486 do CPC.

Intimado, o recorrente deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

No parecer de fls. 179-186, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Inicialmente, não ofende à regra do art. 535 do CPC, tampouco configura negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo não examinando individualmente cada um dos argumentos ou dispositivos invocados pela parte, decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta.

Nesse sentido, a jurisprudência tranquila desta Corte: AgRg no Ag n. 1.232.500-SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, DJe 06.09.2010; REsp n. 1.185.562-RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, DJe 10.09.2010; AgRg no REsp n. 1.086.888-RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, DJe 10.05.2010 e AgRg no Ag n. 1.220.111-PE, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 15.03.2010.

No presente caso, entendo que o Tribunal de origem julgou, com fundamentação suficiente, a matéria devolvida à sua apreciação, razão pela qual não há que se falar em nulidade do acórdão recorrido.

O recurso especial não pode ser conhecido no que tange à alegada violação ao art. 486 do CPC em razão da ausência de prequestionamento. O acórdão recorrido, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não emitiu juízo a respeito da referida norma, aplicando-se, ao caso, o óbice da Súmula n. 211-STJ.

Em relação à alegada ofensa ao art. 585, II, do CPC, o recurso merece provimento.

Dispõe o referido dispositivo legal o seguinte, *verbis*:

Art. 585. São títulos extrajudiciais:

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

Se é certo que à sentença que homologou o acordo de separação consensual, no presente caso, não se pode atribuir eficácia de título executivo judicial porquanto ausente a assinatura do juiz, o que torna o ato inexistente, não podendo, portanto, ser executado, não vejo óbice em se reconhecer ao acordo celebrado entre as partes, com a anuência do Ministério Público, a eficácia de título executivo extrajudicial, na forma do supracitado artigo.

Os documentos de fls. 9-13 atestam que as partes acordaram a separação consensual, transacionando acerca da guarda do filho, das visitas, da partilha dos bens e da pensão alimentícia de forma pormenorizada.

O referido acordo teria sido homologado por sentença proferida em audiência, conforme consta do “Termo de Audiência” juntado à fl. 13.

Nesse documento, apesar da ausência de assinatura do juiz, constam as assinaturas do membro do Ministério Público, do separando, da separanda e dos advogados que representavam ambos os cônjuges.

As partes foram diligentes, juntando aos autos o pedido de homologação da separação consensual, especificando que o cônjuge varão “pagará ao filho e à cônjuge varoa a quantia de R\$ 701,71 (setecentos e um reais e setenta e um centavos”, correspondentes a 33% (trinta e três por cento) do salário líquido do cônjuge varão” (fl. 11).

Tal acordo, repito, que deveria ter sido homologado pelo juiz, foi devidamente referendado pelo Ministério Público em audiência.

Trata-se, portanto, de obrigação certa e líquida, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido.

Não se pode esquecer, ainda, que, aqui, estamos diante de uma execução de verba alimentar, destinada a sobrevivência do alimentando, baseada no dever de assistência à pessoa que dela necessita.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido, reconhecendo eficácia de título executivo extrajudicial aos documentos de fls. 9-13, determinando o prosseguimento da execução.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 936.589-SP (2007/0065102-4)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: João Aoki

Advogado: Marcos Antônio Martins e outro(s)

Recorrido: JMB Construtora e Imobiliária Ltda

Advogado: Joani Barbi Brümiller e outro(s)

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Cessão de crédito. Ausência de notificação ao devedor. Consequências.

I - A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada.

II - Isso não significa, porém, que a dívida não possa ser exigida quando faltar a notificação. Não se pode admitir que o devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, oponha resistência fundada na ausência de notificação. Afinal, com a citação, ele toma ciência da cessão de crédito e daquele a quem deve pagar.

III - O objetivo da notificação é informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança (inteligência do artigo 294 do CC/2002).

IV - 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 Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 22.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *João Aoki* interpõe 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 de São Paulo, Relator o Desembargador *Álvaro Torres Júnior*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 136):

Cambial. Cheque prescrito. Ação ordinária de cobrança. Ordem de pagamento à vista. Manutenção dessa natureza ainda que o cheque é dado em garantia, em promessa de pagamento, ou quando é pré-datado. Título circulável. Autora

é terceira na relação negocial. Má-fé da portadora não demonstrada. Cessão de crédito. Irrelevância. Não importa se a cessão de crédito obedeceu ou não o artigo 1.069 do CC/1916, já que em se cuidando de cheque, bastava como basta o endosso no verso. procedência da ação. Recurso provido.

2.- Os embargos de declaração opostos (fls. 141-147) foram rejeitados (fls. 151-153).

3.- *JMB Construtora e Imobiliária Ltda* ajuizou ação ordinária em face de *João Aoki*, visando o recebimento da importância de R\$ 31.887,12, relativa ao cheque n. 341098, emitido em 1º.08.1995 pelo valor nominal de R\$ 20.110,00, sacado contra o Banco do Brasil. Afirma que adquiriu, mediante contrato, o direito de crédito referente a esse cheque.

4.- A sentença, cujos fundamentos se transcreve para ilustrar as relações jurídicas subjacentes à emissão do cheque, negou provimento ao pedido pelos seguintes fundamentos (fls. 109-110):

Segundo a verdade do autor, o mesmo teria adquirido os direitos de crédito sobre o cheque acostado aos autos, de forma que teria acontecido a cessão de crédito do cheque, fato bastante estranho, até porque o cheque, como já mencionado, goza de absoluta autonomia, dispensando qualquer cessão informal, podendo ser transmitido por mero endosso ou aval.

Porém, analisando a verdade do réu, verificados que a estória passa a estar bem melhor apresentada. O credor seria o Sr. Antônio Carlos Gomes, tomateiro da Comarca, que recebeu o cheque de João Aoki, para garantir negócios referentes a tomates. João Aoki teria comprado tomates da empresa Talahiro, cujo vendedor é o Antônio Carlos Gomes, havendo, por intermédio do negócio, garantir o cheque no valor de R\$ 20.000,00. Por ter vencido a dívida, e não ter havido pagamento pelo devedor principal, João exigiu ao vendedor o não depósito do cheque até que a venda se tornasse completa. Porém, Antônio Carlos Gomes resolveu cobrar o cheque, porém ao invés de utilizar cópia da cártula, utilizara a própria cártula. Houve, portanto, depósito em conta, porém sem sucesso. Tanto isso é verdade que o cheque transmitido em 1º.08.1995, só foi depositado um ano e um mês após a sua emissão. Faltam, portanto, relação de causalidade entre o ator e o réu, o que aqui é matéria de mérito e não de preliminar.

Aliás, o cheque jamais foi transferido por aval, não havendo qualquer relação de causalidade material da dívida, o que obviamente é questão de mérito e não de preliminar.

Tanto isso é verdade que o pretense credor José Bueno disse que recebeu o cheque de um intermediário seu, Ademar, de pessoa que teria alguns negócios consigo, inclusive dívidas de empréstimo em torno de R\$ 20.000,00. Porém os

débitos com Ademar não estavam documentados, o que faz sumir qualquer relação de causalidade. (...)

Ademar Barbosa também veio aos autos (fls. 82). Ali disse que era devedor de Bueno e que João teria passado cheque como forma de pagamento, o que não parece correto diante dos elementos já mencionados. Ainda que tomássemos verdadeira tal assertiva, não há comprovação do nexo de causalidade nessa transação também e, como já dissemos, o cheque foi desnaturado. Precisaria haver relação certa de causalidade (fls. 82).

Por fim temos que a estória de Antonio Carlos Gomes, que esclareceu que o cheque era garantia de compra de tomates e que quem teve prejuízo do Antonio Carlos Gomes, e nenhum das outras partes envolvidas. Tanto que a venda de tomate saiu do sítio de Antônio Carlos Gomes.

Aqui ficou bem demonstrado o nexo de causalidade que inexistia para a hipótese.

5.- O Tribunal de origem, conforme se infere da ementa antes reproduzida, deu provimento ao apelo da autora, afirmando que ela poderia cobrar o valor referente ao cheque, porque ela o teria recebido por cessão de crédito. Destacou que no caso concreto seria irrelevante saber essa cessão de crédito teria ou não obedecido o disposto no artigo 1.069 do CC/1916 (notificação da cessão ao devedor), pois, em se tratando de título de crédito, as regras seriam outras.

6.- O Recorrente, nas razões do especial, afirma que o Tribunal de origem teria violado o artigo 535 do Código de Processo Civil ao deixar de se manifestar de forma expressa sobre os temas versados nos embargos de declaração.

7.- Aduz que não estaria obrigado a pagar o valor do cheque porque a cessão de crédito realizada não seria eficaz em relação a ele, devedor, sem a notificação de que trata o artigo 1.069 do Código Civil de 1916.

8.- Destaca que a prescrição do cheque o teria desnaturado como título de crédito, de modo que a sua transmissão só poderia se dar por cessão de crédito e não mais por endosso. O Tribunal de origem admitindo a transmissão por endosso, teria violado os artigos 189 e 196 do Código Civil atual e 59 da Lei n. 7.357/1985.

9.- Afirma, ainda, ofensa ao artigo 294, também do Código Civil, nos termos do qual o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 10.- 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. 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.

11.- Quanto à ausência de notificação da cessão de crédito, observa-se que ela não pode surtir o efeito nulificador pretendido pelo recorrente.

Como se depreende da sentença, não está completamente claro o caminho percorrido pelo cheque desde a sua emissão até a sua apresentação para cobrança. O que é possível afirmar com segurança, porque assim consignou o acórdão, é que a sociedade empresária autora recebeu o cheque por meio de cessão de crédito e na qualidade de cessionária se apresentou para cobrar o valor expresso na cártula.

O recorrente afirma que não está obrigado a pagar a dívida para a autora, porque não foi notificado da cessão. Essa alegação está ancorada no artigo 1.069 do Código Civil de 1916 que assevera:

A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

A ineficácia em relação ao devedor assinalada pelo dispositivo em comento não significa, todavia, que a dívida não poderá ser exigida em face do devedor se não tiver havido notificação.

O objetivo da notificação é basicamente informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que tem em relação ao cedente surgidas em momento posterior à transferência do crédito (inteligência do artigo 294 do CC/2002).

Não se pode imaginar, *data vênia*, que a ausência de notificação, como pretende o recorrente, seja capaz de isentar o devedor da prestação.

De acordo com o raciocínio desenvolvido nas razões do especial o cessionário não poderia se apresentar como credor porque o negócio jurídico por meio do qual ele assumiu a posição de credor seria ineficaz em relação ao devedor, ou seja, o cessionário não teria legitimidade ativa para exigir a dívida do devedor. Por exclusão, restaria imaginar que o cedente (credor original) seria o detentor dessa legitimidade. Mas sucede que, entre o cedente e o cessionário, não há qualquer vício a comprometer a eficácia do negócio jurídico. Isso significa que o cedente não poderia ingressar em juízo para cobrar dívida de outrem. Teríamos, assim, um total paradoxo, pois nem o cessionário nem o cedente poderiam exigir a dívida e o devedor experimentaria, assim, um enriquecimento indevido.

No Direito das Obrigações brasileiro não se reconhece ao devedor a faculdade de escolher a pessoa em face de quem se dará a prestação. Tanto assim que o artigo 1.069 do CC/1916 (correspondente ao artigo 292 do CC/2002) fala apenas em notificação, não em anuência ou autorização. A cessão de crédito é negócio bilateral que diz respeito exclusivamente ao credor cedente e ao cessionário. O devedor, em princípio, não pode interferir.

Nesses termos não se pode admitir que o devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, oponha resistência fundada na ausência de notificação. Afinal de contas, com a citação, ele tomou conhecimento da cessão de crédito e, portanto, daquele a quem deve pagar. Cumpre-lhe, portanto, pagar.

Ainda que não seja com fundamento nessa clara noção de justiça, ainda se poderia arguir, apelando-se para uma construção mais técnica, que a citação serviria como notificação. O próprio dispositivo legal afirma que essa notificação não precisa cumprir exigências de ordem formal, pelo que se poderia afirmar que a citação seria mais do que suficiente para cientificar o devedor da cessão de crédito operada. Não haveria, assim, qualquer razão para ele escusar-se ao cumprimento da obrigação assumida, mesmo em face do cessionário.

12.- Nesses termos assentada a exigibilidade da dívida pela sociedade autora fica prejudicado o recurso especial na parte em que alega ofensa aos artigos 189 e 196 do Código Civil e 59 da Lei n. 7.357/1985.

13.- No que concerne à assertiva de contrariedade ao artigo 294, também do Código Civil, observa-se que as razões do recurso especial não demonstraram de forma clara de que forma teria ocorrido a suposta contrariedade. Incide, assim, quanto ao ponto a Súmula n. 284-STF.

14.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.016.375-RS (2007/0299760-4)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Paula Freitas Carvalho
Advogado: Dinorvan José Parisi
Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogado: Alice Schwambach e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Execução de obrigação de fazer. Antecipação de tutela. Multa cominatória. CPC, art. 461, §§ 3º e 4º. Não cumprimento. Sentença de improcedência superveniente. Inexigibilidade da multa fixada em antecipação de tutela.

I - A antecipação dos efeitos da tutela, conquanto produza efeitos imediatos à época do deferimento, possui a natureza de provimento antecipatório, no aguardo do julgamento definitivo da tutela jurisdicional pleiteada, que se dá na sentença, de modo que, no caso de procedência, a antecipação resta consolidada, produzindo seus efeitos desde o momento de execução da antecipação, mas, sobrevindo a improcedência, transitada em julgado, a tutela antecipada perde eficácia, cancelando-se para todos os efeitos, inclusive quanto a multa aplicada (*astreinte*).

II - O instituto da antecipação da tutela implica risco para autor e réu, indo à conta e risco de ambos as consequências do cumprimento ou do descumprimento, subordinado à procedência do pedido no julgamento definitivo, que se consolida ao trânsito em julgado.

III - A multa diária fixada antecipadamente ou na sentença, consoante CPC, art. 461, §§ 3º e 4º só será exigível após o trânsito em julgado da sentença que julga procedente a ação, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.

IV - 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, 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), 08 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Presidente

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 21.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Paula Freitas Carvalho* interpõe recurso especial com fundamento na alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator o Desembargador Federal *Edgard Antônio Lippmann Júnior*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 190):

Execução de sentença. *Astreintes* por não cumprimento de antecipação de tutela. Sentença que acolheu o pedido reformada.

Não subsistiu a decisão que fixou a multa diária, vez que restou reformada, inclusive tendo reconhecido o direito da CEF de inscrever o nome do autor nos cadastros de inadimplentes.

Não subsistindo a obrigação cujo cumprimento era induzido pela fixação da multa, são inexigíveis os valores fixados a título de *astreintes*, em face da ausência de título a respaldá-lo.

2.- A recorrente ajuizou ação cautelar contra a *Caixa Econômica Federal - CEF* com o objetivo de cancelar/evitar a inscrição do seu nome em cadastros de inadimplentes em razão da emissão de cheques sem provisão de fundos emitidos pela Sra. *Marcia Saldanha Gonçalves*, com quem mantinha conta conjunta naquela instituição financeira (fls. 03-07).

3.- Em seguida, considerando os mesmos fatos, protocolou ação ordinária para cumprimento de obrigação de fazer, cumulada com pedido de danos morais e de antecipação de tutela (fls. 19-27).

4.- Neste feito sobreveio decisão interlocutória com o seguinte conteúdo (fls. 42):

Presentes os pressupostos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, concedo a antecipação de tutela para o efeito de determinar à demandada que proceda à baixa do registro da parte autora nos órgãos de proteção ao crédito o, se motivado pela emissão dos cheques sem fundo pela correntista em conjunto *Marcia Sandanha Gonçalves*, salvo se houver outro fundamento que seja imputável àquela.

5.- Em 27.04.2004 a demandada foi intimada para cumprir a ordem exarada no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (fls. 61-62).

6.- A sentença confirmou a tutela antecipada, deferindo todos os pedidos da autora, com exceção daquele relativo a danos morais, tendo em vista a existência de inscrições anteriores (fls. 65-72).

7.- Em grau de apelação, reformou-se essa sentença para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Entendeu-se que a assinatura aposta pela correntista conjunta obrigava também a autora que não havia emitido o cheque e que tal obrigação se estendia, inclusive, à possibilidade de esta ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito em decorrência dos cheques sem fundos. Na parte final do voto, ainda se cuidou de registrar expressamente (fls. 163):

Autorizo, também, a inscrição do nome do autor novamente no cadastro de inadimplentes.

8.- Depois disso, a autora apresentou pedido de liquidação dos créditos referentes à multa diária fixada liminarmente no despacho que concedeu a antecipação de tutela. Na ocasião indicou que a instituição financeira requerida teria negado cumprimento à decisão judicial por 94 dias, o que representaria uma dívida de R\$ 9.400,00, mais correção monetária.

9.- O juiz de primeiro grau e, em seguida o Tribunal de origem, no segundo grau de Jurisdição, indeferiram a pretensão executória ao argumento de que, não tendo subsistido a sentença interlocutória que fixou as *astreintes*, não poderia, de igual maneira, subsistir a dívida.

10.- Nas razões do recurso especial alega-se que o provimento judicial que deu origem a execução é autônomo, não se subordinando ao resultado do processo em que foi proferido. Aduz-se que a decisão de mérito desfavorável à exequente na ação ordinária interfere apenas com a eficácia temporal da ordem, não com a sua validade. Nesse sentido aponta-se dissídio jurisprudencial, colacionando precedentes inclusive deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 11.- Como se sabe, o sistema processual civil contempla a possibilidade de que, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, seja concedida medida liminar quando presentes os requisitos do “relevante fundamento da demanda” e do “fundado receio de ineficácia do provimento final”.

Ainda existe a possibilidade de que seja fixada, em caráter acessório, uma multa diária para o caso de descumprimento, com o objetivo de coagir o devedor ao cumprimento da liminar expedida.

Confira-se, a propósito, o que dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

12.- Essa multa, que por influência do direito francês, também ficou conhecida como *astreinte*, está inserida entre os meios de execução indireta (ao lado da prisão civil e da *contempt of court*), funcionando como instrumento de

coerção patrimonial. Visa, em suma, a constranger o devedor ao cumprimento espontâneo da obrigação que lhe é imposta (em caráter liminar ou não), sob pena de, assim não o fazendo, ser obrigado a arcar com uma situação ainda mais desfavorável.

13.- Discute-se, no presente processo, qual o destino da multa aplicada ao réu recalcitrante na hipótese de o resultado final do processo lhe ser favorável. Questiona-se se o réu contra quem sobreveio multa cominatória pelo descumprimento da ordem judicial está obrigado a pagá-la se, ao final do processo, ficar reconhecido que a própria obrigação de fazer pleiteada pelo autor era inexigível.

14.- ARAKEN DE ASSIS preleciona que: “(...) logrando êxito o réu no julgamento do mérito, a resistência mostrava-se legítima e, então, a multa desaparecerá retroativamente” (*Manual da Execução*, 12ª ed.: Revista dos Tribunais, 2009, São Paulo, p. 632).

THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 39ª ed.: Saraiva, São Paulo, p. 550) anota que:

Cassada ao final do processo a decisão impositiva da medida coercitiva e reconhecida a inexistência do dever anteriormente imposto ao requerido, desaparece o suporte material para a subsistência da multa.

Na mesma linha, MARINONI e ARENHART (*Curso de Processo Civil*, Vol. 3, 2ª ed.: Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 81), com posicionamento mais bem fundamentado, afirmam que:

Se o nosso sistema confere ao autor o produto da multa, não é racional admitir que o autor possa ser beneficiado quando a própria jurisdição chega à conclusão de que ele não possui o direito que afirmou estar presente ao executar a sentença (provisoriamente) ou a tutela antecipatória. Pelo mesmo motivo que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão.

15.- Nessa mesma linha, já posicionamentos da 3ª Turma desta Corte:

Agravo regimental. Recurso especial. Tutela antecipada. Descumprimento de decisão. Multa diária. Exigibilidade. Trânsito em julgado. Decisão agravada mantida. Improvimento.

I. Esta Corte proclamou que, fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461 do CPC só será exigível após o trânsito

em julgado da sentença (ou acórdão) que confirmar a fixação da referida multa, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.

(AgRg no REsp n. 1.153.033-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15.04.2010, DJe 07.05.2010)

Processual Civil. Antecipação de tutela. *Astreintes*. Exigibilidade. Procedência da demanda. Trânsito em julgado.

1. Coercibilidade das *astreintes* fixadas em antecipação de tutela reside na possibilidade de sua cobrança futura que, só se dará com o trânsito em julgado da sentença de procedência da demanda.

2. Incidência a contar do dia do descumprimento da ordem judicial.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 871.165-RS, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Terceira Turma, DJe 15.09.2010).

16.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.140.107-PR (2009/0162954-9)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Unimed Curitiba Sociedade Cooperativa de Médicos

Advogado: Glauco José Rodrigues e outro(s)

Recorrido: Alfredo Zaze Netto

Advogado: Marcelo de Souza e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Defeito do produto. Legitimidade passiva *ad causam*. Unimed da Federação originalmente contratada pelo segurado. Recurso provido.

1. As Operadoras de Planos de Assistência à Saúde ofereceram um Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), que será prestado por profissionais ou serviços de saúde, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica (prestação de serviço).

2. A não autorização para a realização do exame laboratorial caracteriza o fato do produto, pois, além do vício (não autorização para a realização do exame laboratorial), nos termos do entendimento uníssono desta Corte, o comportamento abusivo por parte da operadora de Plano de Saúde, extrapolando o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, é ensejador do dano moral.

3. Defeituoso o Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), a responsabilidade-legitimidade é da Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado o adquiriu (artigo 12 do CDC).

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 04.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Unimed Curitiba Sociedade Cooperativa de Médicos*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 3º do Código de Processo Civil; 262 do Código Civil e 265, 266 e 267 da Lei n. 6.404/1976 e divergência jurisprudencial.

Historiam os autos que *Alfredo Zaze Netto* ajuizou ação de obrigação de fazer em desfavor da *Unimed*, postulando que a ré fosse compelida a autorizar todos os exames necessários para o seu tratamento, além da sua condenação pelos danos morais causados (fls. 04-21).

Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, o pedido foi julgado procedente (fls. 239-246).

Ambas as partes apelaram (fls. 258-276 e 315-319), tendo a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, negado provimento aos recursos, em acórdão assim ementado:

Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer Cumulada com Indenização por Danos Morais e Pedido de Antecipação de Tutela. Plano de Saúde. Relação de Consumo. Agravos Retidos. Legitimidade Passiva. Denúnciação da Lide Incabível. Danos Morais. Ocorrência. Fixação Correta. Sentença Mantida.

1. Se a empresa de saúde se aproveita de grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato, alegar não ter a unidade que aparenta ter, devendo, pois, responder pela confiança que despertou e transmite ao cliente no sentido de que ele será igualmente atendido em qualquer lugar do país, nos termos do art. 14 do CDC.

2. Responsabilidade do fornecedor de serviços pelos danos causados ao consumidor independente da apuração de culpa, pois o sistema do CDC atende aos postulados da responsabilidade objetiva.

3. A responsabilidade civil, no âmbito das relações de consumo, se pautava pela sanção a qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento de serviços, em defesa do consumidor.

4. Os transtornos e aborrecimentos causados pela indevida negativa da cobertura do Plano de Saúde, justamente no momento em que o Recorrido encontra-se numa situação de emergência médica, agravam, sobremaneira, o abalo emocional do Segurado, restando incontestada a existência do dano moral a ser indenizado.

Apelação Conhecida e Não Provida.

Recurso Adesivo. Indenização por Dano Moral. Plano de Saúde. Negativa de Cobertura. Valor Indenizatório Corretamente Fixado. Sentença Mantida.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade fundamentam a majoração do dano sem olvidar do caráter pedagógico que assumem tais decisões.

Recurso Adesivo Conhecido e Não Provido. (fls. 343-345)

Contra esse julgado a *Unimed Curitiba Sociedade Cooperativa de Médicos* interpôs recurso especial fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 3º do Código de Processo Civil; 262 do Código Civil e 265, 266 e 267 da Lei n. 6.404/1976 e divergência jurisprudencial.

Sustenta a recorrente, em síntese, a sua ilegitimidade *ad causam*, uma vez que o segurado está vinculado à *Unimed Cuiabá*, e que apenas opera os pedidos realizados na sua zona de atuação. Alega, também, que o indeferimento do pedido para a realização de um exame não gera o dever de indenizar; mas, em sendo mantida a condenação, postula a redução do *quantum* arbitrado (fls. 368-387).

Contrarrazões às fls. 415-421, em que alega o ora recorrido, preliminarmente, a ausência de prequestionamento dos dispositivos ditos por violados. No mérito, defende a manutenção do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Admitido o apelo nobre pelo juízo prévio de admissibilidade (fls. 423-425), vieram os autos à conclusão deste Relator (fl. 363).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Excelentíssimos Senhores Ministros, Eminente Ministra Nancy Andrighi.

O recurso especial posto à apreciação cinge-se a duas questões: ilegitimidade passiva *ad causam* e a configuração/quantificação do dano moral.

Antes, porém, de adentrar no mérito recursal, cumpre analisar a preliminar levantada nas contrarrazões do apelo nobre.

Não prospera o argumento do recorrido de que os artigos ditos por violados não estariam prequestionados, pois eles remontam à questão da legitimidade, amplamente debatida pelo Tribunal de origem.

Rejeita-se, assim, a preliminar de ausência de prequestionamento.

Passa-se ao julgamento do mérito recursal.

Quanto à ilegitimidade passiva da *Unimed Curitiba*, o recurso merece prosperar, isso porque, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do

Consumidor - CDC, o fabricante, produtor, construtor e o importador são responsáveis pelo fato do produto.

Com efeito.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que Alfredo Zaze Netto firmou contrato de seguro saúde com a *Unimed* Cuiabá e que, na cidade de Curitiba, ao solicitar autorização para a realização de um exame, ela teria sido negada pela *Unimed* Cuiabá.

Diante dessa negativa, o Segurado ajuizou ação, na cidade de Curitiba-PR, em desfavor da *Unimed* (sem indicar a federação), razão pela qual a *Unimed* Curitiba foi citada para responder a causa em lugar da *Unimed* Cuiabá.

Esse, Eminentes Colegas, é o cerne da questão: a ilegitimidade da *Unimed* Curitiba para responder ação movida pelo segurado, por ter a *Unimed* Cuiabá negado cobertura da assistência saúde contratada.

Inicialmente, importante deixar assente que, ressalvado o convencimento deste Julgador, de que a Lei Consumerista não deve ser aplicada de modo indiscriminado nos contratos de plano de saúde, não se olvida do entendimento pacificado deste Superior no qual “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde” (Súmula n. 469-STJ). Curvando-se, portanto, à jurisprudência majoritária, o julgamento deste recurso especial será realizado à luz da Lei n. 8.078/1990 e da legislação pertinente aos planos de saúde.

A Lei n. 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, disciplina que as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde oferecerão Plano Privado de Assistência à Saúde, que, por sua vez, caracterizam-se pela prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (artigo 1º, incisos I e II).

O que se pode verificar desse excerto é que as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde oferecerão um Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), que será prestado por profissionais ou serviços de saúde, integrantes

ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica (prestação de serviço).

Uma interpretação sistemática da Lei n. 9.656/1998 corrobora essa ilação, senão vejamos:

Art. 1º, § 1º: “Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:”

Art. 9º: “Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei, para as operadoras, e duzentos e quarenta dias, para as administradoras de planos de assistência à saúde, e até que sejam definidas pela ANS, as normas gerais de registro, as pessoas jurídicas que operam os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, e observado o que dispõe o art. 19, só poderão comercializar estes produtos se: (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)”

Art. 10, § 2º: “As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001)”;

Art. 12: “São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:”

Art. 13, parágrafo único: “Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:”

Em especial, o artigo 18 da referida lei, bem diferencia o produto da prestação de serviço:

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:”

Bem de ver, na espécie, que o Segurado, ora recorrido, não se volta quanto à prestação do serviço de saúde, que, diga-se, sequer foi prestado, mas sim quanto à recusa em lhe entregar o produto contratado, qual seja, o exame laboratorial.

Está-se, portanto, diante de um produto (§ 1º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor).

Partindo-se dessa premissa, resta estabelecer se houve fato (defeito ou acidente de consumo) ou vício do produto, para se estabelecer a legitimidade *ad causam*, objeto deste julgamento.

O fato do produto está ligado à idéia de acidente de consumo, ou seja, há um defeito exógeno ou extrínseco, que ultrapassa a matéria física do produto. Já no que se refere ao vício do produto, atenta-se para um prejuízo intrínseco que torna o produto impróprio para o fim a que se destina ou lhe diminua o valor. Assim, o vício pertence ao produto, mas o fato atinge o consumidor; o vício é inerente, é característica intrínseca do produto, enquanto o fato é algo mais, é extrínseco ao produto, causa um dano maior do que um simples mal funcionamento; o fato pressupõem o vício.

Verifica-se que, no caso dos autos, está-se diante do fato do produto, pois, além do vício (não autorização para a realização do exame laboratorial), nos termos do entendimento uníssono desta Corte, o comportamento abusivo por parte da operadora de Plano de Saúde, extrapolando o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, é ensejador do dano moral (*ut* AgRg no Ag n. 913.432-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 14.10.2010; AgRg no REsp n. 1.059.909-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02.09.2010 e REsp 1.037.759-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 05.03.2010), elemento extrínseco ao produto, atingindo a dignidade do consumidor.

Em razão do fato do produto, a responsabilidade-legitimidade deve seguir os ditames do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que indica especificamente o agente (fabricante, produtor, construtor e o importador), ou seja a quem o consumidor deve dirigir o seu pleito.

O insigne Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, hoje componente deste Órgão Julgador, em seu livro “*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*”, distingue o responsável real do responsável aparente: enquanto o primeiro engloba todos aqueles que participaram diretamente na confecção do produto, o segundo é o comerciante, que apenas expõem os produtos em seu estabelecimento.

Leciona, ainda, o eminente Ministro:

Os responsáveis reais são todas as pessoas físicas ou jurídicas que participam direta e ativamente do processo de criação de um produto ou serviço para a sua inclusão no mercado de consumo. São os verdadeiros responsáveis pela defeituosidade do produto ou do serviço.

Na responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC), o conceito de responsável real engloba o fabricante, o produtor e o construtor, nacional ou estrangeiro, pelos danos sofridos pelo consumidor em virtude de acidente de consumo. (...)

(...)

O comerciante atacadista ou varejista aparece como responsável aparente quando vender produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação. Figura como responsável aparente, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando não identificar o fabricante ou o importador no produto vendido.

A responsabilidade do comerciante foi substancialmente restringida em confronto com a dos demais fornecedores. A razão é evidente, já que o seu contato com o produto é restrito, limitando-se à exposição deste em seu estabelecimento comercial e ao fornecimento de explicações ao consumidor, as quais lhes foram repassadas pelo próprio fabricante ou importador. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira; *in* Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor; 2ª ed., ed. Saraiva: 2007; p.170, 176 e 177).

Transmutando-se esses ensinamentos para o caso concreto, é de se observar que a *Unimed* Cuiabá, Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado adquiriu o seu Plano Privado de Assistência à Saúde, figura como “fabricante”, relegando a *Unimed* Curitiba para o papel de “comerciante”, pois, nas palavras de Sua Excelência, o Ministro Paulo de Tarso, anteriormente transcritas, ela age “limitando-se à exposição deste em seu estabelecimento comercial e ao fornecimento de explicações ao consumidor, as quais lhes foram repassadas pelo próprio fabricante ou importador”.

Dessarte, defeituoso o Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), a responsabilidade-legitimidade é da Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado o adquiriu, qual seja, a *Unimed* Cuiabá.

Dá-se, portanto, provimento ao recurso especial para reconhecer a ilegitimidade *ad causam* da *Unimed* Curitiba e, nos termos do 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguir o processo sem resolução de mérito. Fica prejudicada a análise o tópico referente ao *quantum* indenizatório.

Inverte-se os ônus sucumbenciais.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por *Unimed Curitiba - Sociedade Cooperativa de Médicos*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR.

Ação: de “obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, cumulada com indenização por danos morais” ajuizada por *Alfredo Zaze Netto* em face da recorrente. O recorrido relata que é beneficiário de plano de saúde oferecido pela *Unimed* desde meados de dezembro de 1998, sendo que todos os pagamentos devidos em virtude do contrato de assistência médica suplementar celebrado entre as partes foram pontualmente efetuados. Em 2007, contudo, a *Unimed* recusou-lhe a autorização para um exame denominado cineangiocoronariografia, sem apresentar qualquer fundamento para a negativa. Diante desses fatos, requereu a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que o referido exame pudesse ser realizado, bem como a condenação da recorrente ao pagamento de compensação pelos danos morais sofridos em razão da recusa indevida (e-STJ fls. 4-21). O Juízo da 18ª Vara Cível da Comarca de Curitiba - PR deferiu a antecipação de tutela solicitada pelo recorrido (e-STJ fls. 68-69).

Contestação: em sua defesa, a recorrente, *Unimed Curitiba*, sustentou sua ilegitimidade passiva, pois o contrato a que o recorrido se refere foi celebrado exclusivamente com a *Unimed Cuiabá Cooperativa de Trabalho Médico*. Assim, “inexistindo qualquer relação negocial entre Autor e Ré, não pode esta, obviamente, sofrer qualquer ônus decorrente de divergências contratuais originadas exclusivamente do vínculo existente entre àquele [sic] e a Unimed Cuiabá.” No mérito, ressalta que o contrato celebrado entre o recorrido e a Unimed Cuiabá não oferecia cobertura para o procedimento conhecido como Cineangiocoronariografia (e-STJ fls. 108-124).

Sentença: julgou procedente a ação, aduzindo que “a Unimed Cuiabá Cooperativa de Trabalho Médico e a Sociedade Cooperativa de Trabalhos Médicos de Curitiba e região Metropolitana - Unimed Curitiba pertencem ao mesmo grupo econômico, então há que se aplicar a Teoria da Aparência, diante da boa-fé do autor”. Destacou, ainda, a abusividade das cláusulas contidas no contrato de adesão firmado pelo recorrido e a Unimed Cuiabá no que se refere à negativa de cobertura para a Cineangiocoronariografia. Finalmente, condenou a recorrente ao pagamento do valor correspondente a 20 salários mínimos a título de compensação pelos danos morais experimentados pelo recorrido (e-STJ

fls. 239-246). A recorrente interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 258-276) e o recorrido apresentou recurso adesivo, protestando pelo aumento da verba compensatória (e-STJ fls. 315-319).

Acórdão: o TJ-PR negou provimento ao recurso de apelação interposto pela recorrente, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 342-363):

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e pedido de antecipação de tutela. Plano de saúde. Relação de consumo. Agravos retidos. Legitimidade passiva. Denúnciação da lide incabível. Danos morais. Ocorrência. Fixação correta. Sentença mantida.

1. Se a empresa de saúde se aproveita de grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato, alegar não ter a unidade que aparenta ter, devendo, pois, responder pela confiança que despertou e transmite ao cliente no sentido de que ele será igualmente atendido em qualquer lugar do país, nos termos do art. 14 do CDC.

2. A responsabilidade do fornecedor de serviços pelos danos causados ao consumidor independe da apuração de culpa, pois o sistema do CDC atende aos postulados da responsabilidade objetiva.

3. A responsabilidade civil, no âmbito das relações de consumo, se pauta pela sanção a qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento de serviços, em defesa do consumidor.

4. Os transtornos e aborrecimentos causados pela indevida negativa da cobertura do Plano de Saúde, justamente no momento em que o Recorrido encontrava-se numa situação de emergência médica, agravaram, sobremaneira, o abalo emocional do Segurado, restando inconteste a existência do dano moral a ser indenizado.

Apelação conhecida e não provida.

Recurso adesivo. Indenização por dano moral. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Valor indenizatório corretamente fixado. Sentença mantida.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade fundamentam a majoração do dano sem olvidar do caráter pedagógico que assumem tais decisões.

Recurso adesivo conhecido e não provido.

Recurso Especial: alega violação dos arts. 3º do CPC, 262 do CC/2002 e 265, 266 e 267 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/1976), bem como divergência jurisprudencial. Segundo a recorrente, “o só fato da prestação do serviço

assistencial se dar em âmbito nacional – o que decorre do próprio sistema cooperativo adotado e, portanto, absolutamente legítimo sob o vértice legal – não legitima a presunção de solidariedade entre as Unimed, como sustenta o v. acórdão, posto que se tratam de pessoas jurídicas distintas em todo país, que celebram seus contratos, cada qual de forma individualizada, e assim também devem responder perante seus beneficiários, posto que na lei não há qualquer hipótese de solidariedade decorrente da adoção de tal modalidade societária” (e-STJ fls. 368-387).

Exame de admissibilidade: o i. Des. Ruy Fernando de Oliveira, 1º Vice-presidente do TJ-PR, admitiu o recurso especial, determinando a subida dos autos ao STJ (e-STJ fls. 423-425).

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia a determinar se, na espécie, a *Unimed Curitiba* detém legitimidade para compor o polo passivo da ação ajuizada pelo recorrido, não obstante a relação jurídica que originou o litígio tenha sido inicialmente estabelecida entre o consumidor, a quem foi recusada a autorização para a realização de um exame de saúde, e a *Unimed Cuiabá*.

O i. Ministro Relator Massami Uyeda deu provimento ao recurso, sob o argumento de que “a *Unimed Cuiabá*, Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado adquiriu o seu Plano Privado de Assistência à Saúde, figura como ‘fabricante’, relegando a *Unimed Curitiba* para o papel de ‘comerciante’ (...). Destarte, defeituoso o Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), a responsabilidade-legitimidade é da Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado o adquiriu, qual seja, a *Unimed Cuiabá*.”

I - Admissibilidade do recurso

No recurso especial, a recorrente alega que foram violados, pelo acórdão recorrido, os arts. 3º do CPC, 262 do CC/2002 e 265, 266 e 267 da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/1976). O acórdão recorrido, contudo, utilizou somente as normas contidas no CPC e no CDC para o deslinde da questão posta em debate nestes autos, de maneira que o art. 262 do CC/2002 e os arts. 265, 266 e 267 da Lei das S.A. podem ser, de plano, excluídos da discussão, pois não foram abordados pelo TJ-PR. Assim, ausente o requisito do prequestionamento, incide quanto a esses dispositivos o óbice da Súmula n. 211-STJ.

O recorrente colacionou, ainda, acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais foi adotada solução distinta daquela acolhida pela decisão recorrida. A similitude entre os casos é evidente, pois os paradigmas apresentados tratam especificamente da legitimidade passiva de sociedade cooperativa singularmente considerada, distinta daquela que inicialmente celebrou o contrato de assistência à saúde com o consumidor.

Patente a existência de dissenso pretoriano, deve o recurso especial ser conhecido pela alínea **c** do permissivo constitucional. O recurso, quanto à divergência, aborda as mesmas matérias impugnadas no capítulo relativo à violação de lei federal. Assim, a solução dada ao recurso quanto à alínea **c** do permissivo constitucional deve necessariamente ser estendida à impugnação feita com base na alínea **a**. Passo, portanto, à análise de mérito e aplicação do direito à espécie, conforme autoriza o art. 257 do RISTJ.

II - A solução da controvérsia

Segundo a tese que a recorrente pretende ver prevalecer, a responsabilidade pela negativa de cobertura do exame denominado cineangiocoronariografia, solicitado pelo médico do recorrido, é da Unimed Cuiabá, com quem foi celebrado o contrato de assistência à saúde. A manutenção da recorrente, Unimed Curitiba, no polo passivo da ação seria, portanto, absolutamente indevida, pois “a recorrente não detém qualquer ingerência sobre o plano de saúde contratado pelo recorrido junto a Unimed Cuiabá, tratando-se de mera intermediária de informações com a finalidade de possibilitar o atendimento do beneficiário em âmbito nacional, como corolário do sistema cooperativista em que se insere” (e-STJ fl. 264).

O sistema *Unimed*, do qual tanto a recorrente Unimed Curitiba quanto a Unimed Cuiabá fazem parte, está estruturado de acordo com os termos da Lei n. 5.764/1971, de modo que nele várias unidades autônomas atuam em regime de cooperação. Essa cooperação entre as diversas unidades nacionais permite o atendimento do usuário em todo território nacional, numa espécie de intercâmbio entre as cooperativas. A integração do sistema é evidenciada pelo uso do mesmo nome “*Unimed*” e por um logotipo comum, de maneira a dificultar a fixação das responsabilidades e a área de atuação ou abrangência de cobertura de cada uma das unidades, singularmente considerada.

É preciso reconhecer, portanto, que é grande a possibilidade de confusão do consumidor comum no momento da contratação dos planos de saúde oferecidos

pelas cooperativas que compõem o Sistema *Unimed*. Assim, embora a Unimed Curitiba e a Unimed Cuiabá sejam pessoas jurídicas distintas, para o recorrido era razoável admitir que ambas formavam uma única entidade. O consumidor pressupôs, compreensivelmente, que o contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares fora firmado com o sistema *Unimed*, nacionalmente considerado, pois não tinha condições de identificar a entidade que efetivamente se comprometeu a prestar-lhe os serviços de assistência médica.

Essa afirmativa é corroborada pelo conteúdo disponibilizado na página institucional da recorrente na internet. Em seu sítio, a *Unimed* afirma ser “a maior experiência cooperativista na área da saúde em todo o mundo e também a maior rede de assistência médica do Brasil, presente em 83% do território nacional”. O Sistema *Unimed*, por sua vez, “é constituído por todas as Unimeds do país e diversas empresas criadas para oferecer suporte a elas, por meio de serviços desenvolvidos para agilizar e aperfeiçoar ainda mais o nosso atendimento.” Assim, os “Clientes Unimed contam com mais de 109 mil médicos, 3.244 hospitais credenciados, além de pronto-atendimentos, laboratórios, ambulâncias e hospitais próprios e credenciados para garantir qualidade na assistência médica, hospitalar e de diagnóstico complementar” (Disponível em: <http://www.unimed.com.br>. Acesso em 3 de janeiro de 2011).

A propaganda do Sistema *Unimed*, portanto, procura induzir o consumidor à contratação por meio da afirmação de que é uma instituição única, com atuação em âmbito nacional. A independência das cooperativas individuais não é nem mesmo mencionada, o que reforça a ideia de que o Sistema *Unimed* oferece uma maior variedade de serviços e de facilidades aos eventuais usuários. Se a publicidade da *Unimed* lhe traz lucros, já que a área de abrangência é certamente um dos fatores que levam o consumidor a contratar os serviços das cooperativas que compõem o sistema, é certo que a *Unimed* deve também arcar com os prejuízos que porventura advenham dessa propaganda.

Diante dessas evidências, deve ser aplicada à hipótese dos autos a teoria da aparência, que possibilita ao consumidor o ajuizamento de ação em face da recorrente, integrante do Sistema Cooperativo *Unimed*. Conforme bem ressaltou o acórdão recorrido, “se a Unimed se aproveita dessa grande estrutura unificada para captar clientes, não pode, no momento de prestar o serviço ou responder pela quebra do contrato, alegar não ter a unidade que aparenta ter, devendo, pois, responder pela confiança que despertou e transmite ao cliente no sentido de que ele será igualmente atendido em qualquer lugar do país” (e-STJ fl. 351).

A solução da controvérsia trazida a desate nestes autos, no mais, prescinde da análise das cláusulas contidas no contrato celebrado entre as partes, providência que seria vedada pela Súmula n. 5-STJ. De qualquer forma, e somente a título de reforço argumentativo, julgo apropriada a transcrição da Cláusula VII do pacto, segundo a qual “em caso de necessidade de utilização deste plano de saúde em cidades fora da área de atuação da Unimed Cuiabá, ou onde esta não mantiver convênios com os médicos, laboratórios e hospitais – *via outra singular Unimed* – fica acordado que a contratada estará obrigada a arcar com custos semelhantes aos previstos na tabela abaixo (...)” (e-STJ fl. 30 - sem destaques no original). Verifica-se, assim, que a redação desse item igualmente autoriza o consumidor contratante a confiar na possibilidade de prestação do atendimento em outras “singulares Unimed”.

De qualquer maneira, é importante destacar que a cooperação ou intercâmbio entre as diversas cooperativas singulares que compõem o Sistema *Unimed* deve obedecer aos limites contratuais do plano adquirido pelo consumidor no que se refere ao padrão dos hospitais ou clínicas credenciados. Isso porque existem diversas categorias de planos, cada qual com seus serviços específicos, e nem todos contemplam o atendimento em hospitais ou clínicas de alta complexidade e de elevado custo, sendo certo que alguns desses estabelecimentos de saúde prestam serviços equivalentes aos que podem ser encontrados nos melhores centros médicos do mundo.

Ocorre que o custo dessa medicina de ponta é alto, e a ruptura do equilíbrio atuarial poderá levar à insolvência os planos de saúde, prejudicando todos os usuários. Repassar às cooperativas situadas longe dos grandes centros urbanos os gastos efetuados em hospitais de referência credenciados por outras cooperativas fará com que o custo das operadoras aumente consideravelmente, com a consequente transferência dos prejuízos aos usuários, na forma de reajuste das mensalidades.

Assim, o Sistema *Unimed* deverá custear as despesas com o tratamento dos usuários dos serviços prestados pelas diversas cooperativas somente se o consumidor optar por realizar seu tratamento de saúde em estabelecimento equivalente àquele inicialmente previsto em seu contrato – ainda que esteja situado em outro município ou unidade da federação.

III - Danos morais

Finalmente, no que se refere ao valor fixado a título de compensação pelos danos morais sofridos pelo recorrido, destaco que o acórdão recorrido manteve

a condenação da recorrente ao pagamento dessa verba sob o argumento de que “inegável é a existência de dano moral a justificar a indenização a esse título, pois está caracterizada a angústia vivificada pelo Apelante, diante da necessidade de um exame de urgência, negado pela Apelada sem qualquer fundamento jurídico. (...) As especificidades do caso em tela indicam que o Autor, em situação de doença, se viu desamparado pelo seguro de saúde, o qual serve, justamente, para dar tranqüilidade nestes momentos” (e-STJ fls. 357 e 362).

A superação das premissas adotadas pelo TJ-PR, a fim de que fosse eventualmente afastada a condenação da recorrente ao pagamento de compensação por danos morais, somente seria possível se outros fatos alheios ao conjunto probatório reconhecido no acórdão recorrido fossem tomados em consideração. Em outras palavras, para o exame do Recurso Especial, o STJ teria de adentrar no reexame do contexto fático probatório, tomando como certa uma análise que o Tribunal de origem expressamente afastou. Quanto a esse particular, portanto, a reforma do acórdão proferido pelo TJ-PR encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

A recorrente opõe-se, alternativamente, ao valor atribuído a título de compensação pelos danos morais a que o recorrido faz jus (20 salários mínimos), considerando-o exorbitante. Nesse sentido, traz à colação julgado proferido por esta Corte, no qual o valor da indenização foi reduzido com base nos critérios da razoabilidade e nas peculiaridades de cada hipótese concreta.

O Min. Ruy Rosado de Aguiar já teve a oportunidade de afirmar, em voto proferido no julgamento do REsp n. 269.407-RJ, que “a intervenção do Superior Tribunal de Justiça há de se dar quando há o abuso, o absurdo: indenizações de um milhão, de dois milhões, de cinco milhões, como temos visto; não é o caso. (...) Não é, portanto, um caso de abuso na fixação, é uma discrepância na avaliação. Temos que ponderar até que ponto o Superior Tribunal de Justiça deve interferir na fixação de um valor de dano moral, que é matéria de fato, para fazer uma composição mais ou menos adequada. Não sendo abusiva ou iníqua a opção do tribunal local, não se justificaria a intervenção deste Tribunal.” (4ª Turma, Rel. para acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 19.03.2001).

Dessa forma, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (REsp

n. 259.816-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ de 27.11.2000).

Do exposto, verifica-se que o STJ tem afastado o óbice da Súmula 7 somente quando o valor fixado como compensação dos danos morais revela-se irrisório ou exagerado, de forma a não atender os critérios que balizam o seu arbitramento, a saber, assegurar ao lesado a justa reparação pelos danos sofridos, sem, no entanto, incorrer em seu enriquecimento sem causa.

Essa é justamente a hipótese dos presentes autos. O sofrimento experimentado pelo recorrido decorreu não só da doença que apresentou mas também da impossibilidade de realizar exame de saúde que poderia contribuir para sua recuperação. Não vislumbro, portanto, qualquer exagero na fixação do valor dos danos morais.

Pela análise das razões do recurso interposto, portanto, verifica-se que a recorrente não trouxe quaisquer argumentos capazes de ilidir os fundamentos do acórdão proferido pelo TJ-PR.

Face aos fundamentos expostos, pedindo a máxima vênia ao i. Ministro Relator, *nego provimento* ao recurso especial.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Aditamento Ao Voto-Vista.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Sr. Presidente, gostaria de fazer apenas um acréscimo ao meu voto, porque eu o trouxe separadamente, mas ainda vou acrescentar esse parágrafo, para a lisura do conteúdo:

Eu sei, e tenho plena ciência de que não devo, nunca, ir buscar as cláusulas contratuais, porque é vedado a nossa interpretação aqui no Superior Tribunal de Justiça, mas existem momentos em que é preciso que se vá ler – pelo menos ler – para conhecer o conteúdo. E, nesse plano de saúde desse cidadão, existe uma cláusula, a Cláusula 7ª, cujo título é o seguinte: “Atendimento fora da área de atuação” e, aqui, prevê que o plano deve atender.

Então, Sr. Presidente, vou acrescentar ao meu voto que a previsão contratual permite supor – porque aqui ele explica em que circunstâncias e, por isso, coloquei no meu voto...

Presidente o Sr. Ministro Massami Uyeda

Relator o Sr. Ministro Massami Uyeda

Nota Taquigráfica sem revisão do orador

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- O autor, participante de plano de saúde de caráter nacional junto à *Unimed* de Cuiabá, ajuizou, em Curitiba, ação de obrigação de fazer contra *Unimed* de Curitiba, buscando obrigá-la a autorizar a realização de todos os exames que lhe foram prescritos, bem como a condenação por dano moral ante a recusa.

A ação foi julgada procedente por sentença mantida intacta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Rel. *Ana Maria Girardi Fachin*, e-stj, fl. 343-345).

2.- Meu voto vem no sentido da divergência, provendo o Recurso Especial destes autos, sem prejuízo de eventualmente vir a reexaminar a questão de fundo, atinente à responsabilidade recíproca de grupos de entidades de planos de saúde em outro processo em que com segurança se reapresente, com outros contornos, a controvérsia.

3.- No caso, o voto do E. Relator e da E. Ministra divergente, bem como os julgados da origem e a própria petição inicial admitem, sem controvérsia, que, sendo pessoas jurídicas distintas, embora contendo-lhes a denominação o mesmo étimo *Unimed*, o contrato do autor foi firmado com a *Unimed* Cuiabá e não com a *Unimed* Curitiba.

Por isso, qualquer acionamento judicial devia ser realizado contra a *Unimed* Cuiabá, e não contra a *Unimed* Curitiba, como o foi.

Contra a *Unimed* Cuiabá, contratada, é que se estabeleceria a relação jurídica processual, ante a sua legitimidade *ad causam* – entendida, esta, em função da necessária simetria entre os sujeitos da ação e os da lide, sendo esta, como conflito de interesses entre os contratantes, qualificado pela resistência, estabelecida entre o autor e a *Unimed* com quem mantinha contrato, isto é, a de Cuiabá e não a de Curitiba.

Não se trata de mera questão relativa a competência, superável, em prol do consumidor, pela fulminação legal expressa de cláusula abusiva e como se vê, já incontroversamente, no dia-a-dia dos tribunais, mas, sim, de acionamento contra parte legítima, o que não se tem no caso.

4.- A relevante questão atinente à responsabilidade recíproca entre empresas integrantes do mesmo grupo e nominadas com o uso de um mesmo vocábulo – o que se prestaria, sem dúvida, ao efeito positivo de fornecimento aos contratantes, em prol de todas, da imagem de proteção nacional idêntica e inquestionada – não foi jamais posto em discussão nestes autos, não tendo sido nem mesmo escrita na petição inicial, pela qual incoada a pretensão ao recebimento do atendimento, na *Unimed* de Curitiba, de prestação contratada com a *Unimed* de Cuiabá.

Mais que ausência de prequestionamento, tem-se, no caso, ausência de ajuizamento de ação que permitisse o ingresso jurisdicional no exame da matéria.

Não se olvide que não apontado nenhum dispositivo de lei, específico para a exigência de cobertura recíproca de grupos de planos de saúde, nem indicada regra nesse sentido no próprio Direito do Consumidor.

E, afinal de contas, no âmbito do Direito empresarial comum, nunca foi posto em dúvida que as ações devessem dirigir-se contra a pessoa jurídica contratada, ainda que integrante de grupo econômico-empresarial, ainda que as empresas dele participantes tenham denominações contendo um de seus elementos comum, a indicar o grupo.

5.- Como se disse de início, a questão restará em aberto se sobrevier em outro processo, com outra roupagem, sobretudo se essa questão de cobertura recíproca de participantes de grupo de empresas de assistência à saúde vier a ser apresentada, desde a petição inicial, com adequada narração dessa causa de pedir, mas nestes autos não há como amparar a pretensão do autor, em que pese o admirável esforço do voto divergente proferido pela E. Ministra.

6.- Meu voto, pois, no sentido do voto do E. Relator, dá provimento ao Recurso Especial, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade de parte passiva (CPC, art. 267, IV), com os consectários legais, nos termos do voto do E. Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, com a vênua da Sra. Ministra Nancy Andriighi, acompanho Vossa Excelência, pelas mesmas razões apontadas pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti, com fundamento na questão da legitimidade passiva, já que o contrato era com a *Unimed-Cuiabá*, e a ação foi proposta contra a *Unimed-Paraná*.

Com isso, deixo para uma outra oportunidade analisar, exatamente, essa questão relativa à responsabilidade solidária da Rede Unimed, que é o ponto central do voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, que é aliás, excelente.

Neste caso específico, pela questão processual, acompanho Vossa Excelência, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

VOTO

Senhor Presidente, a douta parte que está recorrendo, nos seus memoriais juntou – até para surpresa minha, recordação do passado – uma decisão minha, de 1997 – e já se vão catorze anos –, quando trabalhei no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um caso, em tudo, semelhante a este.

Acompanho o voto do eminente Relator, apenas me permito ler porque já já vem de anos.

Eu dizia o seguinte:

A questão, data vênua, é singela.

Se o autor contratou com a *Unimed* de Itaqui e, necessitando valer-se desse contrato para realizar exames pela *Unimed* de Porto Alegre, teve a autorização negada pela Contratante, conforme demonstram os autos, - ponto este, aliás, sobre o qual não divergem as partes, - é contra a *Unimed* de Itaqui, que a demanda deveria ter sido ajuizada.

Ambas, *Unimeds* de Itaqui e de Porto Alegre, são pessoas jurídicas autônomas, sociedades cooperativas.

A *Unimed* de Porto Alegre, apenas executa, eventualmente, os serviços que a de Itaqui lhe determinar.

Destarte é na *Unimed* de Itaqui que deve o autor buscar as explicações ou direitos, assim como a indenização, em face do alegado contrato, que com ela mantém.

Pelo só fato de ambas possuírem a mesma razão social "*Unimed*", não significa que uma responde pelos contratos firmados pela outra.

Não me convence, ademais, a alegada boa fé do autor, desconhecendo que *Unimeds* de um lugar atendam condicionalmente contratados da *Unimed* de outro, pois, consabidamente tais entidades particulares atuam, de regra, no âmbito de sua localização e o contrato firmado foi com a *Unimed* de Itaqui e não com a de Porto Alegre. Assim, o alegado abuso de que trata o art. 28 do Código do Consumidor não se afigura presente.

No caso, teve-se a *Unimed* de Porto Alegre a exigir lhanamente a autorização da *Unimed* de Itaqui, com a qual estava o Autor contratado e a resposta foi negativa, o que ensejou o comportamento da demandada.

A prova testemunhal melhor ainda esclarece o episódio:

Clarzete Farias:

... No caso em concreto, o autor da ação consultou com um médico cooperado, que solicitou a realização dos exames. Após, dirigiu-se à sede de POA, para que fosse autorizada a realização do exame. Foi feito um contato com a UNIMED de Itaqui, que não autorizou a realização do exame, ... o laudo referido foi exigido porque o beneficiário autor da ação não era beneficiário da UNIMED de POA ... A Unimed de Porto Alegre não pede cópia do contrato de beneficiários do interior, apenas faz contato com as outras UNIMEDs, que autorizam o serviço ou não ... A expressão "não autorizado", corresponde ao "fax" devolvido ou respondido pela UNIMED de Itaqui ... não lembra do caso específico se o autor da ação, através da UNIMED de POA, chegou a fazer contato por telefone com a UNIMED de Itaqui para saber as razões de não autorização para a realização do exame". (fl. 85), (AC n. 597 214 170 J. em 12.11.1997 TJRS).

E, nessa linha, eu estaria então, por ilegitimidade passiva, atendo-me ao voto do eminente Relator, e, no caso, dando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.155.200-DF (2009/0169341-4)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andriighi
Recorrente: Aldenora Borges de Souza
Advogado: Márcia Costa Galdino e outro(s)
Recorrido: Francisco Assis de Araújo e outro
Advogado: Francisco Assis de Araújo (em causa própria) e outros

EMENTA

Direito Civil. Contrato de honorários *quota litis*. Remuneração *ad exitum* fixada em 50% sobre o benefício econômico. Lesão.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.

2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.

3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.

4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.

5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração *ad exitum* em 50% do benefício econômico gerado pela causa.

6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento ao recurso especial. Vencidos os Srs. Ministros Relator Massami Uyeda e Vasco Della Giustina que negavam provimento recurso. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 02.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Aldenora Borges de Souza*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 20 e 535 do Código de Processo Civil; 51, inciso IV, e § 1º, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor e 38 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Historiam os autos que *Aldenora Borges de Souza* ajuizou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com ressarcimento de valores indevidamente pagos em desfavor de *Francisco Assis de Araújo e Fábio Augusto de Souza Araújo*, sob o argumento de que o percentual fixado no contrato de honorários advocatícios seria abusivo e que os causídicos não poderiam ter percebido valores maiores que ela, constituinte (fls. 04-10 e-STJ).

O pedido foi julgado improcedente (fls. 153-158 e-STJ).

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por unanimidade, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Consumidor e Processo Civil. Apelação cível. Contrato de serviços advocatícios. Cláusula *quota litis*. Validade. Estatuto do Consumidor. Aplicabilidade. Agravo retido. Desprovimento. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. Os contratos de serviços advocatícios encontram-se amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, apenas diferindo quanto à teoria da responsabilidade, nos exatos termos do artigo 14, *caput* e § 4º.

2. Os contratos de serviços prestados pelos advogados, conquanto regidos pelo Estatuto do Consumidor, possuem cláusulas livremente pactuadas, oriundas do debate entre os contratantes, distanciados dos típicos pactos de adesão.

3. Válida a cláusula contratual que estabelece o pagamento de honorários *quota litis*, desde que o valor recebido pelo causídico não ultrapasse a quantia auferida pelo constituinte.

4. Afasta-se o pedido de cassação do julgado, por cerceamento ao direito de defesa, pois o convencimento do magistrado dispensa a realização de todas as provas requeridas pelas partes.

Agravo retido desprovido. Recurso não provido. (fl. 194 e-STJ).

Os embargos de declaração assim opostos por *Aldenora Borges de Souza*, autora da ação declaratória, ora recorrente (fls. 209-216 e-STJ), foram rejeitados (fls. 226-233 e-STJ).

Contra esses julgados, *Aldenora Borges de Souza* interpôs recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 20 e 535 do Código de Processo Civil; 51, inciso IV e § 1º, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor e 38 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - CEDOAB.

Sustenta a recorrente, em síntese, omissão no acórdão recorrido, por não ter deduzido, ao apreciar os valores recebidos, o quinhão referente aos honorários sucumbenciais. Alega, também, ser nula a cláusula no contrato de honorários advocatícios que estipula o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do benefício auferido pelo cliente. Por fim, assevera ser defeso aos advogados auferirem vantagens, a título de honorários, superiores à quantia percebida por seus constituídos (fls. 239-251 e-STJ).

Transcorrido *in albis* o prazo para contrarrazões (fl. 257 e-STJ), o apelo nobre foi admitido pelo Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 258-262 e-STJ).

Veio o recurso à conclusão (fl. 238 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

Ementa: Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Contrato para prestação de serviços advocatícios. Honorários. Cláusula *quota litis* de 50% (cinquenta por cento). Abusividade. Não-caracterização. Código de Ética e Disciplina da OAB. Norma não inserida no conceito de lei federal. Impossibilidade de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso improvido.

1. Não se verifica a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, nos casos em que o Tribunal de origem aprecia todas

as questões postas a julgamento de forma clara e coerente, naquilo que lhe pareceu relevante.

2. Não é abusiva a cláusula contratual *quota litis*, no patamar de 50% (cinquenta por cento), uma vez respeitados os princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

3. A competência deste Tribunal Superior se limita a interpretar e uniformizar o direito infraconstitucional federal, a teor do disposto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

4. Recurso improvido.

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O recurso não merece prosperar. Com efeito.

Inicialmente, os embargos de declaração consubstanciam-se no instrumento processual destinado à eliminação, do julgado embargado, de contradição, obscuridade ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado (*ut* REsp n. 726.408-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 18.12.2009; REsp n. 900.534-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 14.12.2009 e REsp n. 1.042.946-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18.12.2009).

In casu, não se verifica a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, porquanto a questão referente à impossibilidade dos causídicos perceberem vantagens superiores aos dos seus constituintes (artigo 38 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - CEDOAB), foi apreciada, de forma clara e coerente, naquilo que pareceu relevante ao Tribunal de origem, *in verbis*:

Ao meu viso, correto o entendimento do ilustre magistrado a quo no que se refere à impossibilidade de o causídico auferir parcela maior daquela destinada ao constituinte, nos termos do artigo 38 do Código de Ética e Disciplina da OAB, mas há um dado a merecer acurada atenção quanto ao cálculo aritmético.

(...)

Na esteira desse raciocínio, entendo que do valor apurado como diferença - R\$68.041,13 (sessenta e oito mil e quarenta e um reais e treze centavos) - a autora ainda deve aos requeridos a metade, ou seja, R\$34.020,56 (trinta e quatro mil e vinte reais e cinquenta e seis centavos), importância que, somada aos R\$498.248,18 (quatrocentos e noventa e oito mil e duzentos e quarenta e oito

reais e dezoito centavos), alcança R\$ 532.268,74 (quinhentos e trinta e dois mil e duzentos e sessenta e oito reais e setenta e quatro centavos), exatamente a parcela que restará à requerente, já deduzida a metade da diferença apurada. (fls. 201-202 e-STJ).

Assim, resultado diferente do pretendido pela parte não implica, necessariamente, em ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

No que se refere à nulidade de cláusula firmada em contrato de honorários advocatícios, inicialmente, cumpre observar, que não se olvida o entendimento pacificado nesta Corte acerca da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC nos contratos de prestação de serviços advocatícios (*ut* REsp n. 1.117.137-RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 30.06.2010).

No entanto, a considerar que a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios apreciou a causa sob o enfoque da Lei Consumerista, e não houve recurso contra esse entendimento, passa-se à análise da questão, também, sob o enfoque dessa legislação.

A pretensão da recorrente está delineada na abusividade da cláusula contratual, que estipulou os honorários advocatícios em 50% (cinquenta por cento) do que ela viesse a receber, causando desproporção entre o trabalho realizado e o preço cobrado, com a consequente incompatibilidade com a boa-fé e a equidade.

A cláusula abusiva, nula de pleno direito, é a desvantajosa, desleal ou leonina para o consumidor, diminuindo seus direitos. Caracteriza a cláusula abusiva, entre outros fatores, a que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor).

O § 1º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, define o que seria a desvantagem exagerada e, da sua interpretação, extrai-se que as cláusulas contratuais devem respeitar os princípios da boa-fé objetiva e da equidade. A boa-fé e o equilíbrio nas relações consumeristas são princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (inciso III do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor) e, por eles, pretende-se minimizar a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Corolário desses princípios é que as partes devem manter um comportamento fiel e leal, na cooperação para atingir o fim colimado no contrato e na harmonização dos interesses, em manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações,

para que a execução não acarrete vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra.

In casu, extrai-se do acórdão recorrido que a ora recorrente, *Aldenora Borges de Souza*, contratou os serviços advocatícios dos ora recorridos, os Drs. *Francisco Assis de Araújo e Fábio Augusto de Souza Araújo*, “sem o traço característico da imposição da vontade de uma das partes em relação à da outra”, obrigando-se a pagar os honorários, correspondente a 50% (cinquenta por cento) sobre o resultado da causa, após a efetivação dos créditos percebidos (fls. 197-198 e-STJ).

Verifica-se que houve, entre as partes, a pactuação de cláusula *quota litis*, ou seja, o constituinte se compromete a pagar ao seu patrono uma porcentagem calculada sobre o resultado do litígio, se vencer a demanda; o risco é inerente à essa cláusula, pois se o constituinte não lograr êxito na demanda, o seu patrono nada receberá. Consequentemente, essa estipulação afasta a determinação do § 3º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994) que assegura ao advogado o direito de perceber um terço dos honorários no início do serviço.

Destarte, o fato de ter sido acordado os honorários em 50% (cinquenta por cento) sobre a quantia a ser recebida pela constituinte não caracteriza a abusividade da cláusula, pois, com espeque nos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, aquele que assume o risco deve, da mesma forma, ter uma retribuição superior à normalmente estipulada nos contratos comutativos.

Escorreita, portanto, a solução do Tribunal de origem.

Por fim, ressalta-se que a competência deste Tribunal Superior se limita a interpretar e uniformizar o direito infraconstitucional federal, a teor do disposto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - CEDOAB, no entanto, foi editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e tem como destinatário os profissionais regularmente inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nestes termos, não enseja a abertura desta Instância especial alegada ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, súmulas, bem como a dispositivos inseridos em Regimentos Internos etc., por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, pelo que não se conhece da mencionada violação do artigo 38 do CEDOAB.

Destarte, o recurso não merece prosperar, seja por ter o Tribunal de origem apreciado todas as questões postas a julgamento, de forma clara e coerente, naquilo que lhe pareceu relevante, ante a não caracterização da abusividade da cláusula contratual referente aos honorários advocatícios, bem como pela impossibilidade desta Corte apreciar, em sede de recurso especial, matérias não enquadráveis às leis federais.

Nega-se, portanto, provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por *Aldenora Borges de Souza* objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJDFT no julgamento de recurso de apelação.

Ação: declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido de restituição de valores indevidamente pagos, ajuizada por *Aldenora Borges de Souza* em face dos advogados *Francisco de Assis Araújo* e *Fábio Augusto de Souza Araújo*.

A autora argumenta que contratou os advogados para ajuizar e acompanhar ação declaratória cumulada com averbação e pagamento de pensão previdenciária. No momento de firmar o contrato de honorários, entretanto, os causídicos teriam se valido da condição humilde da autora e de sua baixa instrução para estipular seus honorários em quantia equivalente a 50% do benefício econômico esperado.

Nessa ação, a autora se sagrou vitoriosa, tendo-se fixado um crédito a seu favor de R\$ 992.485,68, mais R\$ 102.362,28 a título de honorários de sucumbência, cujo respectivo precatório foi expedido diretamente aos advogados. Deduzindo-se os descontos legais, a autora levantou R\$ 962.175,21 e pagou aos advogados R\$ 395.885,90, correspondente a pouco mais de 41% do valor líquido por ela levantado. Conforme argumenta na inicial, esse valor pago pela autora, somado à verba de sucumbência que o advogado levantou diretamente, implicariam o recebimento, pelos causídicos, de quantia correspondente a 51% do benefício econômico da ação. Não obstante, os advogados, entendendo que teriam crédito perante sua cliente, teriam proposto, em face da autora, uma ação objetivando receber R\$ 101.358,01.

A autora argumenta que, se ela tiver de pagar ainda essa diferença de honorários cobrada, os advogados receberão, no total, 62% de todo o benefício econômico gerado com a propositura da ação judicial. Não seria admissível, nesse contexto, que um advogado, pelo patrocínio, receba mais que o titular do direito material. A autora pleiteia o reconhecimento da nulidade da cláusula que estabelece o pagamento de honorários no patamar de 50%, reputando-a abusiva e pleiteando a aplicação do CDC à espécie. Solicita que o percentual seja reduzido a 20% e que os advogados sejam condenados a restituir a diferença recebida.

Sentença: julgou improcedente o pedido, ponderando que “a disposição contratual, livre e conscientemente entabulada entre as partes, no pleno exercício da sua autonomia privada, está amparada na regra do artigo 38 do Código de Ética e Disciplina do Advogado”. O juízo sentenciante observou que a autora “percebeu o montante de R\$ 566.289,31, conforme documento de fl. 26 (...) ao passo que os réus perceberam o valor total de R\$ 498.248,18, resultado da soma dos pagamentos de R\$ 102.362,28 e R\$ 398.885,90 (...). Portanto, confrontando-se os dois valores, conclui-se que não restou desobedecida a regra do artigo 38 do CED-OAB, porquanto ainda é devido aos réus o valor de R\$ 68.041,13” (fls. 153 a 158, e-STJ).

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação interposto por *Aldenora Borges de Souza* (fls. 162 a 177, e-STJ).

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação, nos termos da seguinte ementa:

Consumidor e Processo Civil. Apelação cível. Contrato de serviços advocatícios. Cláusula *quota litis*. Validade. Estatuto do Consumidor. Aplicabilidade. Agravo retido. Desprovimento. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. Os contratos de serviços advocatícios encontram-se amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, apenas diferindo quanto à teoria da responsabilidade, nos exatos termos do artigo 14, caput e § 4º.

2. Os contratos de serviços prestados pelos advogados, conquanto regidos pelo Estatuto do Consumidor, possuem cláusulas livremente pactuadas, oriundas do debate entre os contratantes, distanciados dos típicos pactos de adesão.

3. Válida a cláusula contratual que estabelece o pagamento de honorários *quota litis*, desde que o valor recebido pelo causídico não ultrapasse a quantia auferida pelo constituinte.

4. Afasta-se o pedido de cassação do julgado, por cerceamento ao direito de defesa, pois o convencimento do magistrado dispensa a realização de todas as provas requeridas pelas partes.

Agravo retido desprovido.

Embargos de declaração: interpostos pela autora, foram rejeitados.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional. Alega-se a violação dos arts. 51, IV e § 1º, I, II e III do CDC; 20 do CPC; 38 do CED-OAB; e 157, 187, 421 e 422 do CC/2002 (fls. 239 a 251, e-STJ).

Admissibilidade, na origem: o recurso foi admitido na origem (fls. 258 a 262, e-STJ).

Voto do i. Min. Relator: pelo conhecimento e improvemento do recurso.

Pedi vistas dos autos para melhor análise da controvérsia.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a lide a definir se é legítima cláusula inserida em contrato de honorários *quota litis* na qual se estabelece, para o advogado, remuneração de 50% sobre a parcela auferida por seu cliente em ação judicial. São peculiaridades da espécie a baixa instrução da requerente, sua condição de necessidade econômica no momento da contratação e o alto valor de seu crédito, reconhecido em montante de aproximadamente um milhão de reais ao final do processo.

I - Violação do art. 535 do CPC

Como bem observado pelo i. Min. Relator, não há violação do art. 535 do CPC. O tema central tratado neste processo foi suficientemente apreciado pelo TJDF/T e a jurisprudência desta Corte é pacífica em considerar que o Tribunal não está obrigado a se pronunciar sobre todos artigos de lei suscitados pelas partes, bastando que aborde aspectos jurídicos suficientes à solução da lide.

II - Prequestionamento

Este recurso não poderá ser admitido pela alegada violação ao art. 38 do CED-OAB. Como ponderou o relator, “não enseja a abertura desta Instância especial alegada ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas, bem como a dispositivos inseridos em Regimentos Internos etc., por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal”.

Contudo, conforme consta do preâmbulo do referido Código, ele se destina a orientar a atividade do advogado, sumariando alguns parâmetros que devem pautar sua conduta, do que é exemplo o dever de “exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho”. Assim, para além de uma norma cuja aplicação deva ser controlada por esta Corte, o CED-OAB é especialmente um guia passível de ser utilizado para iluminar a interpretação de outras regras jurídicas, civis ou processuais, que podem eventualmente ser objeto de apreciação em sede de recurso especial. Assim, nada impede que, na interpretação dessas leis, o CED-OAB seja invocado como norma de apoio.

Para o processo sob julgamento, assumem relevo as normas dos arts. 157, 187, 421 e 422 do CC/2002. O primeiro desses artigos trata da lesão. O segundo, do abuso do direito como ato ilícito. O terceiro, regula a função social do contrato. E o quarto, a boa-fé objetiva. Todas essas normas, conquanto não citadas expressamente, foram tomadas em consideração pelo acórdão recorrido, na medida em que, rejeitando os argumentos da recorrente no sentido do abuso nos honorários contratualmente fixados, o Tribunal naturalmente considerou (e rejeitou) os argumentos que fundamentavam essa impugnação, que justamente se prendiam a essas normas.

Também está prequestionado o art. 51, IV e §1º, I, II e III do CDC. O Tribunal reputou de maneira expressa que os serviços advocatícios prestados se inserem numa relação de consumo. Mas esses artigos, especificamente, como se verá adiante, não serão relevantes para este julgamento.

Por fim, o art. 20 do CPC não tem pertinência alguma nesta causa, já que regula honorários de sucumbência e não honorários contratuais. Sua relevância, portanto, limita-se a de uma norma de apoio.

Passa-se, assim, à análise do mérito do recurso especial.

III - Violação do art. 51, IV e § 1º, I, II e III do CDC

O i. Min. Relator bem observou que a jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de não considerar possível invocar as normas do CDC para a regulação de contratos de prestação de serviços advocatícios. Nesse sentido, por todos, podem-se citar os seguintes precedentes: REsp n. 1.117.137-ES, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe 30.06.2010; REsp n. 757.867-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.10.2006; REsp n. 539.077-MS,

Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 30.05.2005; REsp n. 914.105-GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe 22.09.2008; REsp n. 1.134.889-PE, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, 4ª Turma, DJe 08.04.2010.

O TJDFDT, contudo, aplicou esse diploma legal na solução deste processo. Entendo que, não obstante inexistir impugnação da recorrida à aplicação do CDC à espécie (não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial), a incontrovérsia quanto à matéria não pode levar a que se considere incidente uma norma não aplicável. Tendo se pacificado a jurisprudência do STJ acerca da inaptidão do CDC para regular a celebração de contratos advocatícios, a causa deverá ser julgada com base nos dispositivos do Código Civil.

IV - Violação dos arts. 157, 187, 421 e 422 do CC/2002

Desde a petição inicial, a recorrente vem afirmando que os recorridos, “aproveitando-se da situação vexatória do ponto de vista econômico-financeiro da ora requerente, da fragilidade decorrente dos problemas enfrentados à época com a dependência química de seu único filho (que vieram a causar, inclusive, a interdição deste) e da ausência de conhecimentos legais de sua parte, eis que possui somente o curso primário” (...) “apresentaram contrato de prestação de serviços onde ficou estipulado o pagamento da quantia equivalente a 50% (cinquenta por cento) sobre todas as vantagens e diferenças salariais que adviessem em seu benefício” (fl. 5, e-STJ). Ou seja, desenvolve argumentos que claramente indicam a ocorrência de *lesão* na assinatura do contrato discutido.

Gustavo Tepedino define a lesão como “a desproporção existente entre as prestações de um contrato, verificada no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte” (*Código Civil Interpretado*. Vol. I, Parte Geral e Obrigações, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 295). Segundo Humberto Theodoro Júnior,

há na base da lesão um perigo de dano que o contratante deseja afastar, mas esse perigo não é o risco pessoal de que fala o art. 156; é a iminência de qualquer perigo de ordem patrimonial, desde que sério e grave. O contrato afetado pela lesão é justamente o que se mostra, no momento e na ótica do agente, capaz de fornecer-lhe os meios necessários ao afastamento do perigo, embora a um custo exagerado e iníquo.

(*Comentários ao Código Civil*, vol. III, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 225).

Para ilustrar sua definição, esse autor dá um exemplo bastante significativo:

Típico exemplo de premência dessa natureza, embora não o único, é o do devedor insolvente, que, para obter meios de pagamento, vende seus bens a preços irrisórios ou muito abaixo dos preços de mercado. Para considerar-se em estado de necessidade, ou sob premente necessidade, não é necessário que a parte se sinta reduzida à indigência ou à total incapacidade patrimonial, bastando que seu estado seja de dificuldades econômicas ou de falta de disponibilidades líquidas para honrar seus compromissos.

(Humberto Theodoro Júnior, *op. loc. cit*)

A interpretação do instituto da lesão deve ser sempre promovida em conjunto, no Código Civil, com todas as normas legais que estabelecem cânones de conduta, como a do art. 421 (função social do contrato), 422 (boa-fé objetiva) e 187 (vedação ao abuso de direito). Na hipótese dos autos, a necessidade da recorrente era clara. Ela pode ser constatada, tanto pelos termos de sua petição inicial, na qual descreve situação de penúria, notadamente em função do vício de seu filho em entorpecentes, como na inicial da ação de execução ajuizada pelos advogados em face da recorrente (fls. 31 a 37, e-STJ), na qual pode se destacar a seguinte passagem:

Na época, encontrava-se a Contratante, ora executada, em periclitante e vexatória situação econômico-financeira, com ameaças do seu senhorio de ajuizamento de ação de despejo, pois não vinha honrando, há vários meses, o pagamento dos alugueis relativos ao imóvel locado. Aos prantos, confessou que seu filho *Rêmison* (agora interditado judicialmente) mantinha a deplorável condição de dependente químico (maconha e merla), o que também lhe forçava a contribuir diretamente para a aquisição daquelas drogas, pena de sofrer espancamentos e sevícias (...) do viciado.

Disso decorre que, do ponto de vista *subjetivo*, o estado de necessidade da recorrente era claro e, portanto, o ambiente para que contra ela fosse perpetrada lesão estaria, em princípio, preparado. Resta saber apenas se o requisito *objetivo* desse instituto jurídico, qual seja, o *desequilíbrio contratual* também se encontra presente e se há, outrossim, o indispensável nexo causal.

Nesse ponto, a primeira observação a ser feita é a de que, nas palavras de Tepedino (*op. cit.*, pág. 296), citando Ana Luiza Maia Nevares,

não se deve excluir de plano a possibilidade de incidência da lesão nos contratos aleatórios. Este poderá ser lesivo se, 'ao se valorarem os riscos, estes

forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante pelo outro, beneficiado no momento da celebração do negócio.

Assim, o fato de se estar, aqui, diante de um acordo *quota litis*, mediante o qual o advogado apenas receberá sua remuneração na hipótese de *êxito* na demanda, não impede que se aprecie a causa sob a ótica da lesão.

Estabelecida essa premissa, deve ser ressaltado, como bem observou o TJDF/T, que o CED-OAB possibilita, em princípio, a cobrança de honorários condicionados ao êxito da ação, em montante equivalente a até 50% do benefício auferido pelo cliente. Esse permissivo se encontra em seu art. 38, com as seguintes palavras:

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos honorários de sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito.

Foi nesse fato que o TJDF/T se baseou para considerar regular o contrato de honorários questionado neste recurso. Vale dizer: se o código de ética permite a cobrança de honorários até o patamar de 50%, não se pode considerar existente a desproporção de prestações necessária a caracterizar a lesão, abuso de direito ou ofensa ao princípio da boa-fé objetiva na cobrança do percentual permitido.

Contudo, é necessário considerar que a norma do art. 38 do Código de Ética, como norte a ser seguido para a aplicação dos demais institutos do código civil, sugere um *limite*, não um percentual que deva obrigatoriamente aplicado. Assim, as partes podem fixar, dentro desse limite, os mais variados percentuais no momento da contratação dos serviços advocatícios. E para descobrir qual o montante razoável para a cobrança aqui discutida, é necessária a apreciação de outras questões.

O CED-OAB traz, em seu corpo, diversos princípios cuja observação é importantíssima. Logo no preâmbulo menciona que o advogado deve “exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve

à finalidade social do seu trabalho”. Em seu art. 1º, reza que “o exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os *demais princípios da moral individual, social e profissional*”. Seu art. 36 diz que “os honorários profissionais devem ser fixados *com moderação*” (sem destaques no original), atendidas a relevância, vulto e dificuldade da causa, o tempo e o trabalho necessários, a possibilidade de impedimento superveniente do advogado para outros processos, o valor da causa, *a condição econômica do cliente*, o proveito econômico da ação, o caráter da intervenção, o local da prestação de serviços, o renome do profissional e a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Os serviços contratados no processo aqui discutido, conquanto não possam ser considerados propriamente simples, também não apresentam um grau tão elevado de dificuldade. Trata-se de uma única ação a ser proposta para que se reconhecesse o direito da recorrente, perante o INSS, ao recebimento da pensão deixada por seu falecido marido. Referida ação tramitou perante a 22ª Vara da Justiça Federal de Brasília, DF, domicílio dos advogados. O tempo de trabalho foi prolongado, mais de dez anos, mas o valor em causa também é elevado, de modo que um percentual mais baixo sobre o proveito econômico da ação poderia perfeitamente remunerar de modo condigno os causídicos. Não há impedimentos significativos que onerem os advogados para causas futuras. Enfim, há poucos elementos que justifiquem a elevação do percentual fixado no contrato *quota litis* ao montante máximo recomendado pelo CEA-OAB.

De fato, honorários em montante de mais de R\$ 500.000,00, equivalentes a 50% do benefício econômico total do processo, para a propositura de uma única ação judicial, cobrados de uma pessoa em situação de penúria financeira, não pode ser considerada uma medida razoável. Há claro exagero na fixação dos honorários e, portanto, também o requisito objetivo da lesão se encontra presente. Como bem observado no recurso especial, ainda que seja direito dos advogados, em princípio, celebrar um contrato *quota litis* nesse percentual, para a hipótese dos autos há abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC/2002).

A aceitação de referido contrato, tendo em vista as circunstâncias pessoais da recorrente, premida por um lado pela falta de recursos e pela ameaça de despejo que então sofria, e, por outro, pela necessidade de lidar com a dependência química de seu filho, conforme os próprios recorridos mencionaram na petição inicial da ação de execução que propuseram contra sua ex-cliente (fls. 31 a 37, e-STJ), deu-se sem dúvida de maneira viciada. As circunstâncias da causa

permitem aferir o nexo causal necessário para a caracterização da lesão. Uma pessoa que tem apenas instrução primária não teria condições de compreender o exagero da contraprestação a que se obrigara, notadamente porque os operadores do direito têm conhecimento de que a exigência de contrato *quota litis* mediante pagamento de 50% do benefício econômico da parte é algo absolutamente incomum. A desconexão entre a postura manifestada pelos recorridos e os usos e costumes quanto à matéria também indicam a existência de clara lesão à boa-fé objetiva que deve permear as negociações preliminares, à celebração e à execução do contrato.

Reconheço, portanto, tomando o princípio da boa-fé objetiva como cânone de interpretação do contrato ora discutido, a ocorrência de abuso de direito (art. 187 do CC/2002) e de lesão (art. 157 do CC/2002).

V - O montante razoável para a cobrança de honorários

Reconhecida a lesão, torna-se necessária a aplicação do direito à espécie para a definição da consequência jurídica de tal fato. Em princípio, a lesão conduz à anulabilidade do negócio jurídico. Contudo, a doutrina majoritária tem entendido que, na esteira da faculdade disciplinada para o devedor no art. 157, § 2º do CC/2002, é possível também reconhecer também à vítima a opção pelo requerimento de mera revisão do contrato, em lugar de sua anulação.

Na hipótese dos autos, a recorrente havia requerido que os honorários contratuais fossem reduzidos a 20% sobre o proveito econômico da causa. Esse percentual, entretanto, é baixo. Não se pode esquecer, nesse ponto, que os advogados requeridos patrocinaram os interesses da recorrente por mais de dez anos, mediante a celebração de um contrato de risco cuja remuneração só adviria em caso de êxito. Esse risco assumido pelos advogados também deve ter expressão econômica.

Reputo, assim, razoável que a cláusula de honorários seja revisada, reduzindo-se seu montante, de 50%, para 30% sobre o benefício econômico aferido pela recorrente. Contudo, em observância à orientação contida no art. 35, § 1º do CED-OAB, determino que a base de cálculo desses 30% seja o total da condenação imposta ao réu, somados o benefício econômico reconhecido à recorrente e os honorários sucumbenciais fixados em favor do recorrido.

Forte nessas razões, rogando vênias ao i. Min. Relator, *conheço e dou provimento* ao recurso especial, para revisar a fixação dos honorários advocatícios contratuais, fixando-os em 30% sobre a condenação total obtida, invertendo-se os ônus da sucumbência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- O fulcro da questão situa-se na validade, ou não, de cláusula de contratos de honorários advocatícios – honorários, portanto, contratuais, não se cogitando de sucumbenciais, pertencentes aos Advogados e objeto até mesmo de precatório por eles diretamente processado.

2.- Meu voto, com o maior respeito pelo entendimento do E. Relator, acompanha a divergência, decotando o valor de honorários contratuais por cláusula nula, no percentual, por abusividade, e fixando o valor desses honorários em 30% sobre o valor total da condenação, resultante do patrocínio.

Sem dúvida o valor dos honorários restou objetivamente excessivo, ainda que se tratando de contrato “*ad exitum*” e “*quota litis*”.

Não se põe em dúvida a acertada observação do voto do E. Relator, no sentido de que, ante o risco corrido pelo Advogado, “com espeque nos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, aquele que assume o risco deve, da mesma forma, ter uma retribuição superior à normalmente estipulada nos contratos comutativos”.

Mas a correspondência da prestação de serviços, ainda que o risco, somado a esta, não é razoável que monte à metade do valor da indenização recebida pela autora – a qual, relembre-se, teve a indenização fixada em R\$ 992.485,68, levantando R\$ 962.175,21, pagando aos Advogados R\$ 395.885,90 (pouco mais de 41% do valor líquido levantado pela Autora), vindo, agora, a cobrança de mais R\$ 101.358,01 de honorários (sem falar da titularidade de honorários sucumbenciais, de R\$ 102.362,28, objeto de precatório de honorários em separado).

3.- O voto divergente conseguiu construir a solução à margem do Direito do Consumidor, que esta Corte já vem de há muito proclamando inaplicável aos contratos advocatícios, e considerou institutos exclusivamente de Direito Civil aplicáveis ao caso, dos quais resulta a consequência da adequação do valor, mediante o decote ao percentual de 30% razoável para o caso (além do valor da sucumbência, totalmente cabente ao patrocínio advocatício).

4.- Reiterado o respeito pelo voto do E. Relator, meu voto acompanha a divergência, instaurada pelo voto da E. Min. *Nancy Andrigli*, dando provimento ao Recurso Especial.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, é a questão do limite da cláusula de êxito, o controle dessa cláusula. O voto da eminente Ministra Nancy Andrichi estabelece uma fórmula para esse controle, bastante razoável, exatamente com base no princípio da boa-fé objetiva.

Pedindo vênua a Vossa Excelência, acompanho a Sra. Ministra Nancy Andrichi, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.166.498-RJ (2009/0224319-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: Unilever Brasil Ltda e outro

Advogados: Patricia Guimarães Hernandez

Luiz Carlos Galvão

João Vieira da Cunha

Recorrido: Comércio de Cosméticos Guanza Ltda

Advogado: Luis Antonio Nascimento Curi e outro(s)

EMENTA

Propriedade industrial. Ação de nulidade de registro de marca comercial. Marca fraca ou evocativa. Possibilidade de convivência com outras marcas. Impossibilidade de conferir exclusividade à utilização de expressão de pouca originalidade ou fraco potencial criativo.

1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente. É descabida, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo.

2. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo

empresarial, devendo o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Aplicação da doutrina do *patent misuse*.

Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 30.03.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por *Unilever Brasil Ltda.* e *Unilever N.V.*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2ª Região).

Ação: ordinária de nulidade de registro de marca, com pedido de liminar específica da Lei n. 9.279/1996, proposta por *Unilever Brasil Ltda.* e *Unilever N. V.* em face de *Comércio de Cosméticos Guanza Ltda.* e *Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI*. Na inicial, as autoras relatam que há aproximadamente 22 anos são as titulares do registro da marca nominativa “*Ebony*”, utilizada pela linha de desodorantes “*Rexona*”, de sua fabricação. Contudo, em meados de 2004 a ré *Comércio de Cosméticos Guanza Ltda* obteve o registro da marca “*Ébano & Marfim*” junto ao INPI, circunstância que caracterizaria a utilização indevida da marca “*Ebony*”, de titularidade das

autoras. Nesse sentido, “ao se deparar com um produto de higiene pessoal identificado pela marca *Ébano & Marfim*, o consumidor, automaticamente, fará uma associação direta com a marca da 2ª Autora, pensando se tratar de produtos da mesma origem.” Requerem, por fim, a concessão de liminar para a imediata suspensão dos efeitos do registro do termo “*Ébano & Marfim*”, bem como a posterior declaração de sua nulidade (fls. 4-18 e-STJ).

Ambos os réus ofereceram contestação. O INPI reconheceu a procedência do pedido formulado pelas autoras, pois a marca “*Ébano & Marfim*” realmente não estaria dotada da necessária distintividade em relação a “*Ebony*” (fls. 249-297 e 386-389).

Sentença: julgou procedente a pretensão das autoras, aduzindo que “a marca registrada a favor da segunda Ré *Ébano & Marfim* é nula por infração ao artigo 124, XIX da LPI e deve ser desconstituída sob pena de concorrência desleal” (fls. 519-524 e-STJ).

Acórdão: a ré *Comercial de Cosméticos Guanza Ltda.* interpôs recurso de apelação (fls. 530-534 e-STJ), ao qual o TRF da 2ª Região deu provimento, por maioria de votos. A decisão colegiada recebeu a seguinte ementa (fls. 567-578 e-STJ):

Apelação. Propriedade industrial. Marca. Colidência. Expressões de uso corrente. Recurso provido.

I - O uso generalizado das expressões “*Ébano*” (português) e “*Ebony*” (inglês) culminou por engendrar culturalmente mais uma forma de cor, a cor de ébano, associada hoje no imaginário popular à raça negra.

II - De forma que não se pode conferir o uso exclusivo de tal expressão no mercado, à semelhança do que ocorre com os vocábulos, branco, negro, amarelo, pardo, ruivo, alvo, mulato e tantos outros, por serem de uso corrente em nossa língua, não podendo o INPI, com base em anterioridade impeditiva, indeferir novas solicitações de terceiros, igualmente interessados, impondo-se, destarte, o ônus da convivência pacífica.

III - Apelação e Remessa Necessária providas.

Embargos infringentes: interpostos pelas autoras (fls. 583-596), foram rejeitados, conforme atesta a ementa abaixo transcrita (fls. 671-676 e-STJ):

Propriedade industrial. Processual Civil. Embargos infringentes. Ação de nulidade de registro marcário. *Ebony* e *Ébano*. Expressões relacionadas aos afrodescendentes.

A expressão *Ébano*, em português ou *Ebony*, em inglês, é frequentemente empregada para identificar os afrodescendentes, invocando, pois, no caso concreto, uma qualidade especial de um produto, merecendo, portanto, receber proteção de marca fraca, ou seja, ter de suportar o ônus da convivência pacífica.

Embargos Infringentes conhecidos e improvidos.

Recurso especial: interposto pelas sociedades *Unilever Brasil Ltda. e Unilever N. V.* com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. As autoras sustentam a necessidade de reforma do acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região pelas razões a seguir, dentre outras (fls. 679-695 e-STJ):

I. O termo “*Ebony*” não pode ser considerado de uso comum para o segmento de mercado no qual é utilizado pelas recorrentes. Assim, para que “seja considerada irregistrável com base no artigo 124, VI, da LPI, a marca deve ter relação direta e imediata com o produto ou serviço que deseja assinalar, o que, definitivamente, não é o caso dos autos, já que o termo *Ebony* (ou *Ébano*, em português) é uma palavra que não tem qualquer relação com produtos de higiene pessoal” (fl. 690 e-STJ);

II. O registro da marca “*Ébano & Marfim*” é absolutamente nulo em razão da preexistência do registro do termo “*Ebony*”, nos termos do art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996;

III. O entendimento defendido pelo acórdão recorrido vai de encontro ao adotado em diversos julgados paradigmas proferidos por esta Corte, em flagrante divergência aos padrões e critérios já estabelecidos pelo STJ para o exame de situações idênticas à presente.

Juízo Prévio de Admissibilidade: o TRF da 2ª Região admitiu o recurso especial, determinando a remessa dos autos ao STJ (fls. 785-786 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Cinge-se a lide a determinar se o registro da marca “*Ébano & Marfim*” ocorreu em desacordo com os dispositivos da Lei n. 9.279/1996, em especial porque a expressão “*Ebony*” já havia sido anteriormente registrada pelas recorrentes junto ao INPI.

I - Violação do art. 124, VI, da Lei n. 9.279/1996

A partir da análise das expressões controvertidas (“*Ebony*” e “*Ébano & Marfim*”), o TRF da 2ª Região chegou à conclusão de que o termo “*Ebony*” não

pode ser considerado de uso exclusivo das recorrentes, pois é um adjetivo comum e integrado à linguagem corrente, desprovido de proteção. Nesse sentido, “a expressão ‘Ébano’ é atualmente empregada para identificar os afrodescendentes, tanto que as marcas das empresas autoras e ré destinam-se ao referido público” (fl. 671 e-STJ). Assim, a recorrente pretenderia “se beneficiar apenas pela precedência do registro de sua marca, quando se trata, de fato, de expressão ou nome inapropriável, que não pode ser monopolizado, ou seja, gozar de exclusividade” (fl. 673 e-STJ).

De fato, o art. 124, VI, da Lei n. 9.279/1996 não autoriza o registro como marca de sinais com caráter genérico ou comum, normalmente empregados para designar uma característica do produto ou serviço quanto à sua natureza, nacionalidade, peso, qualidade etc. Determinadas marcas, no entanto, são perfeitamente registráveis, embora não contem com um alto grau de criatividade: são as chamadas marcas fracas ou evocativas. O exame de colidência desses sinais é menos rigoroso do que o normalmente efetuado na análise de marcas dotadas de mais engenhosidade. Nesse sentido é a lição de DENIS BORGES BARBOSA:

Reservadas em muitos países a um registro secundário, certas marcas sem maior distintividade são aceitas, embora tenham relação com o produto ou serviço a ser designado. Tal relação não pode ser direta (denotativa), por exemplo, ‘impressora’ para impressoras, mas indireta ou conotativa, como por exemplo, as que evoquem o elemento marcado. A jurisprudência tem sido bastante variada neste contexto, tanto aqui como no exterior, e quase qualquer resultado pode ser obtido numa discussão nesta área. De outro lado, a marca fraca é muito mais sujeita à presença de competidores e menos defensável num caso de contrafação, exceto nas hipóteses em que, por longo uso, o signo tenha conseguido uma “significação secundária”. Este fenômeno, notado pela legislação ou jurisprudência em vários países, com amparo na CUP. art. 6 quinquies, é o contrário da vulgarização - uma marca essencialmente fraca se desvulgariza, se tal expressão é possível, pelo emprego contínuo e enfático por parte de um certo produtor ou prestador de serviços.

(Barbosa, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 817)

O critério de análise das marcas fracas exige menos rigidez do que o dos sinais considerados criativos e fortes. Não cabe, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo.

A partir da análise dos diversos significados da palavra “ébanó”, o acórdão recorrido deduziu que o termo “*Ebony*” não é passível de uso exclusivo pelas recorrentes, pois se trata de expressão de uso comum, evocativa, de pouca originalidade ou forte atividade criativa. Esses atributos, em especial o fato de que “a expressão ‘*ébanó*’ (...) é muito empregada em ambas as línguas (inglês e português) para identificar os afro-descendentes” (fl. 672 e-STJ), concedem à marca “*Ebony*” proteção limitada e restrita, sendo possível admitir sua convivência harmônica com outros sinais igualmente registráveis, que utilizam o mesmo vocábulo.

Embora a expressão “*Ébano & Marfim*” possa ser considerada uma marca fraca ou evocativa, isso não significa que exista qualquer impeditivo legal ao seu registro. Isso porque o signo distintivo registrado pela recorrida relaciona-se apenas indiretamente com a linha de maquiagem que produz, ao contrário da notória representação da linha de desodorantes “*Rexona*”, de titularidade da recorrente, criada arbitrariamente e sem qualquer relação com os produtos ou artigos manufaturados pela recorrida.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal de origem decretou a improcedência da pretensão da recorrente com base na possibilidade de coexistência harmônica das marcas “*Ebony*” e “*Ébano & Marfim*”, sendo descabida a afirmação de que “o acórdão recorrido viola o art. 124, VI, da LPI, ao conferir-lhe interpretação mais ampla [frise-se, ilegal] que a pretendida pelo legislador” (fl. 692 e-STJ). A decisão recorrida apenas salientou que “marcas que invocam uma qualidade especial de um produto, devem receber proteção de marca fraca” (fl. 671 e-STJ).

II - Negativa de vigência ao art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996

Em suas razões de recurso especial, sustentam as recorrentes a nulidade do registro da marca “*Ébano & Marfim*”, principalmente “em razão da preexistência do registro da marca “*Ebony*” (fl. 693 e-STJ). A semelhança fonética entre os termos e o fato de que ambos designam produtos do mesmo segmento de mercado (produtos de higiene pessoal), além do mais, favoreceriam a concorrência desleal e a induziriam o consumidor a erro. Assim, quando recusou a exclusividade da recorrente para o uso da expressão “*Ebony*”, o acórdão recorrido teria negado vigência ao art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996, que assenta a impossibilidade de “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia.”

A partir do exame dos documentos acostados aos autos e da análise semiológica da palavra “ébano”, o TRF da 2ª Região concluiu que a marca “*Ebony*” deve tolerar certa margem de proximidade com a expressão “*Ébano & Marfim*”, pois é individualmente incapaz de obter a proteção conferida pelo registro às ditas marcas fortes e criativas. Em outras palavras, a recorrente não conseguiu comprovar que as semelhanças entre as marcas registradas são notáveis a ponto de justificar a intervenção judicial no ato de registro efetuado pelo INPI.

A questão proposta encontra-se bem solucionada. A decisão recorrida asseverou ainda que “não se pode conferir uso exclusivo de tal expressão [*Ebony*], à semelhança do que ocorre com os vocábulos branco, negro, amarelo, pardo, ruivo, alvo, mulato e tantos outros, por serem de uso corrente em nossa língua (...). O consumidor é levado a preferir os produtos por sua própria qualidade, não sendo guiado apenas por uma sub-marca ou marca secundária (no caso *Rexona Ebony*), como é o caso dos autos” (fl. 673 e-STJ).

De fato, não vejo como o uso concomitante das marcas possa induzir o consumidor a erro ou confusão, principalmente porque todos os produtos da recorrente trazem com destaque sua principal marca - “*Rexona*” - esta sim, de notoriedade e criatividade indiscutíveis. Também os produtos manufaturados pelas partes são distintos: enquanto a recorrente utiliza o termo “*Ebony*” para designar uma linha de desodorantes destinada aos consumidores afrodescendentes, a recorrida emprega a expressão “*Ébano & Marfim*” para nomear uma linha de maquiagem voltada ao público de pele negra.

Nos termos do acórdão recorrido, a convivência entre a marca registrada pela recorrente e aquela de titularidade da recorrida não é somente possível, mas também inevitável, pois “não é possível ao Judiciário reconhecer a uma sociedade empresarial a indicação mercadológica de todo um segmento econômico – aliás, até então marcado pela desconsideração e desprestígio – ao permitir que surja o objeto de um monopólio, agora que emerge uma classe média negra no Brasil. Afigura-se abuso do direito de propriedade intelectual e atitude de puro oportunismo a iniciativa de obter monopólio de uma marca que identifica metade do público consumidor do Brasil. (...) Não é para isso a que se destina o tão desenvolvido e evoluído direito marcário em nosso país” (fl. 672 e-STJ).

Portanto, também por esse fundamento deve ser afastada a pretensão da recorrente. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial. Trata-se da conhecida

doutrina do *patent misuse*, derivada do Direito norte-americano, segundo a qual deve o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Assim, “tudo que restringir a concorrência mais além do estritamente necessário para estimular a invenção, excede ao fim imediato da patente – é abuso” (BARBOSA, DENIS BORGES. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 275).

III - Divergência Jurisprudencial

A divergência jurisprudencial alegada pelas recorrentes para justificar a reforma do acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região fundamenta-se em decisões proferidas no julgamento dos Recursos Especiais autuados sob n. 60.090-SP e 325.128-SP, este último de minha relatoria.

O primeiro acórdão, contudo, não apresenta a similitude fática que autoriza o provimento do recurso especial com base no art. 105, c, da CF/1988. Isso porque nele não se encontram as peculiaridades fáticas da hipótese em exame. Tanto é assim que o i. Min. Eduardo Ribeiro, em seu voto, consignou que “a infração, pelo uso de expressão semelhante, vincula-se à possibilidade de confusão, circunstância que diz com os fatos e que foi negada nas instâncias ordinárias.” Esse julgamento, além disso, teve por base legal a Lei n. 5.772/1971, já revogada.

O segundo acórdão colacionado pela recorrente, por sua vez, diz respeito à validade da declaração *incidental* de nulidade do registro realizado junto ao INPI. Em meu voto, resaltei que “a apropriação dessas marcas, com exclusividade, favoreceria a detenção e exercício do comércio de forma única, com prejuízo à concorrência empresarial, impedidos que estariam os demais industriais do ramo em divulgar a fabricação de produtos similares através de expressões de conhecimento comum, obrigadas à busca de nomes alternativos estranhos ao domínio público.” Fiz questão, além do mais, de salientar que na hipótese analisada estava “ausente no caso dos autos qualquer particularidade capaz de excepcionar essa orientação.” Tem-se, portanto, que a base fática desse precedente é diferente da que foi utilizada no julgamento do presente recurso especial.

Nesse contexto, o TRF da 2ª Região, ao confirmar a tese de que não é possível conferir exclusividade ao titular de registro de marca fraca ou evocativa,

não discrepa da jurisprudência desta Corte sobre a matéria, valendo ressaltar que o reconhecimento de violação a literal disposição de lei somente se dá quando dela se extrai interpretação desarrazoada, o que, como visto, não é o caso dos autos.

Forte nestas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Inicialmente, anota-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Terceira Turma em 21.10.2010, ocasião em que, após a prolação do voto da ilustre Ministra-Relatora, negando provimento ao recurso especial, pediu-se vista para melhor análise dos autos.

Compulsando-se os autos, verifica-se que os recorrentes *Unilever Brasil Ltda e outro* (ora denominados *Unilever e outro*) ajuizaram ação de nulidade de registro de marca, com pedido de liminar, em face da recorrida *Comércio de Cosméticos Guanza Ltda* (ora denominada *Guanza*), e do INPI, alegando serem titulares da marca de desodorantes “*Ebony*”, destinada ao público afro-descendente.

Aduziram, outrossim, que a recorrida *Guanza*, que também atua no comércio de produtos de higiene pessoal, teria registrado perante o INPI a marca “*Ébano & Marfim*”, o que, segundo os autores/recorrentes, poderia levar os consumidores a erro, no sentido de pensarem tratar-se de produtos da mesma origem.

Requereram, pois, a concessão da liminar, para o fim de determinar-se a imediata suspensão dos efeitos do registro da marca “*Ébano & Marfim*”, e, ao final, a declaração de nulidade do registro (inicial de fls. 4-18, e-STJ).

Apresentada contestação pela recorrente *Guanza* e manifestando-se o INPI no sentido do reconhecimento da procedência do pedido (fls. 249-297 e 386-289), o r. Juízo Federal julgou procedente a ação, para reconhecer a nulidade do registro da marca “*Ébano & Marfim*” perante o INPI (fls. 519-524).

Interposto recurso de apelação pela *Guanza*, o e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região conferiu provimento ao apelo, por maioria de votos, sob o fundamento, em suma, de que não se pode conferir o uso exclusivo da expressão “*Ébano*” (português) ou “*Ebony*” (inglês) no mercado, à semelhança do que ocorre com outros vocábulos, tais como “branco”, “negro”, “amarelo”, “pardo”,

“ruivo”, “mulato” e outros, por serem de uso corrente na língua portuguesa, não podendo o INPI, com base em anterioridade impeditiva, indeferir novas solicitações de terceiros, igualmente interessados (fls. 567-578).

Opostos embargos infringentes por *Unilever e outro*, foram eles rejeitados (fls. 671-676).

No presente recurso especial, interposto por *Unilever e outro*, fundamentado no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, alega-se negativa de vigência dos arts. 124, VI e XIX, da Lei n. 9.279/1996, além de dissídio jurisprudencial.

Buscam os recorrentes a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, que o termo “*Ebony*” não pode ser considerado de uso comum na língua portuguesa para o seguimento de mercado relacionado a produtos de higiene pessoal, não se tratando, pois, de marca não-registrável. Asseveram, outrossim, que o registro da marca “*Ebony & Marfim*” é nulo, tendo em vista o anterior registro do termo “*Ebony*” pelas recorrentes para o mesmo seguimento de mercado (higiene pessoal). Por fim, alegam a existência de dissídio jurisprudencial sobre os temas (fls. 679-695).

O e. Tribunal *a quo* conferiu juízo positivo de admissibilidade ao recurso especial (fls. 785-786).

De fato, o desfecho conferido pela eminente Relatora, Ministra Nancy Andrighi, revela-se irretorquível.

De início, cumpre analisar a alegação dos recorrentes de ofensa ao art. 124, VI, da Lei n. 9.279/1996.

Nos termos do referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 124: Não são registráveis como marca: (...) VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva.

Na realidade, nos termos da lei, para que um sinal de caráter comum, vulgar ou genérico possa ser considerado como adjetivo não registrável, é necessário que faça referência, ao menos reflexamente, a algum produto em especial, seja natureza, nacionalidade, peso, valor, entre outros.

In casu, não se vislumbra qualquer óbice ao registro da marca *Ebony*, porquanto, embora seja uma expressão considerada comum tanto no Brasil quanto no estrangeiro, não faz, nem mesmo reflexamente, alusão a algum produto em específico, tampouco produtos de higiene pessoal, como na espécie.

Assim, o fato de a marca ser de uso comum, não impede, só por isso, o registro no INPI, sendo apenas afastada a exclusividade.

Tomando-se por base as premissas assentadas acima, é certo que o acórdão recorrido não violou o art. 124, VI, da Lei n. 9.279/1996, uma vez que não criou impeditivo ao registro da marca “*Ebony*”, de titularidade das recorrentes, mas simplesmente entendeu que a referida marca poderia coexistir de forma harmônica com a marca “*Ébano & Marfim*”, de titularidade da recorrida.

Passa-se, a seguir, à apreciação da alegada ofensa ao art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996. Na espécie, dispõe o referido dispositivo de lei:

Art. 124. Não são registráveis como marca: (...) XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia.

Nesse contexto, veja-se que é correto o entendimento do acórdão no sentido de ser possível a convivência entre as marcas registradas pelas recorrentes e pela recorrida, pois, embora parcialmente semelhantes, não são capazes de levar o consumidor a erro ao ponto de confundir a origem dos produtos, mormente considerando-se o fato de que, conforme aferido pelas instâncias ordinárias:

- i) O termo “*Ebony*” constitui, na realidade, uma sub-marca ou marca acessória da marca principal “*Rexona*”, também de titularidade das recorrentes; e
- ii) Enquanto o termo “*Ebony*” designa linha de desodorantes voltada ao público afro-descendente, a recorrida utiliza a expressão “*Ébano & Marfim*” para designar uma linha de maquiagem destinada ao mesmo público.

Desse modo, não há falar em ofensa ao art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/1996.

Por fim, relativamente ao alegado dissídio jurisprudencial, de fato, não restou demonstrada a perfeita similitude fática entre o acórdão impugnado e os paradigmas colacionados.

Assim sendo, acompanha-se a eminente Ministra Relatora, no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.172.634-SP (2010/0000860-6)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Ricardo Manuel Castro
Advogada: Sílvia Ferreira Lopes Peixoto e outro(s)
Recorrido: Ordem dos Advogados do Brasil Seccção de São Paulo
Advogado: Valtecio Ferreira e outro(s)
Interessado: Luís Antônio Nascimento Curi

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Intervenção de terceiros. Ordem dos Advogados do Brasil. Assistência simples. Requisito. Interesse jurídico. Repercussão do fato sobre eventual direito do assistente. Ausência, na espécie. Interesse individual e não institucional. Recurso especial provido.

I - A assistência é uma hipótese de intervenção em que terceiro adentra na relação jurídico processual para auxiliar uma das partes, eis que possui interesse jurídico para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 50, do Código de Processo Civil;

II - Na espécie, eventual sentença de procedência do pedido indenizatório não irá repercutir na esfera jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccção de São Paulo, porque o deslinde da causa concerne a apenas um de seus associados, afastando-se, portanto, o interesse jurídico apto a justificar a assistência simples;

III - A discussão, nos termos em que foi proposta, tem caráter eminentemente individual e não institucional, o que afasta, nesta esteira, a possibilidade de intervenção da seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil;

IV - As condutas de Advogados que, em razão do exercício de seu *múnus* venham a ser incluídos em pólo passivo de ações cíveis, não estão a significar, diretamente, que a OAB seja afetada, porque, admitida tal possibilidade, qualquer advogado que cause dano material ou moral a outrem, poderia suscitar intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa, o que contraria a razoabilidade;

V - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 29.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Ricardo Manuel Castro*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, do permissivo constitucional, em que se alega violação dos artigos 50 do Código de Processo Civil; 44, inciso II, e 49 da Lei n. 8.906/1994, doravante denominado Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os elementos existentes nos presentes autos noticiam que o ora recorrente, *Ricardo Manuel Castro*, membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, ajuizou, em face do ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*, Advogado, ação indenizatória por danos morais, ao fundamento de que o réu formulou, no bojo de representação ajuizada perante a Corregedoria do Ministério Público Paulista, diversas acusações, especialmente atinentes ao crime de prevaricação, o que, na sua compreensão, enseja ato ilícito passível de reparação. (fls. 17-63)

Devidamente citado, o ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*, apresentou defesa, por meio de contestação (fls. 70-83). Disse, em linhas gerais, que qualquer pessoa pode reclamar ao Corregedor Geral do Ministério Público eventuais abusos, omissões ou mesmo conduta incompatível em relação aos Membros do Ministério Público. Apontou, ainda, que sua conduta é compatível com o exercício da profissão de Advogado, com as prerrogativas a ela inerentes.

Ato contínuo, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, pleiteou, com fundamento no art. 50, do Código de Processo Civil, ao r. Juízo

da 2ª Vara Cível da Comarca de Santos-SP, atuação no feito como assistente simples do ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*. Sustentou, na oportunidade, que a demanda indenizatória é derivada de exercício profissional e, sendo assim, possibilita à Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, o ingresso na lide, em razão de interesse jurídico, por meio do instituto processual da assistência simples. (fls. 85-93)

Contudo, o r. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Santos-SP, Dr. Cláudio Teixeira Villar, indeferiu o pedido de assistência simples. Em resumo, apontou o r. Juízo *a quo* que “(...) Não se discute, nos limites desta lide, qualquer interesse institucional, que justifique a atuação da OAB. Trata-se de ação de indenização por danos morais, cuja decisão a ser proferida não traz qualquer prejuízo para tal terceira.” (fls. 94-95)

Irresignada, ora recorrida, *Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo*, interpôs Agravo de Instrumento (fls. 2-14), em que sustentou, resumidamente, a existência de interesse jurídico e institucional na solução da controvérsia porque, segundo alegou, cuida-se da discussão acerca das prerrogativas do exercício profissional de Advogado.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado de Paulo, na oportunidade de julgamento do Agravo de Instrumento deu-lhe, por maioria de votos, provimento. A ementa está assim redigida:

Agravo de Instrumento. Ação indenizatória proposta por promotor de justiça contra advogado. Pleito da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo para sua admissão como assistente do réu. Admissibilidade. Defesa de direito individual que diz respeito às prerrogativas do exercício profissional. Existência de interesse jurídico que não se confunde com interesse econômico. Aplicabilidade do art. 44, II, da Lei n. 8.906/1994. Eventual excesso no exercício profissional e direito indenizatório são questões que dizem respeito ao mérito e devem ser objeto de decisão na ação principal. Recurso provido.

Os embargos de declaração de fls. 144-146, foram rejeitados às fls. 148-153.

Nas razões do especial, o ora recorrente, *Ricardo Manuel Castro*, sustenta, em resumo, que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, não tem interesse jurídico no deslinde da demanda que possibilite seu ingresso como assistente simples. Assevera, também, que “(...) não se está a questionar as prerrogativas do demandado enquanto advogado, mas sim se os ataques pessoais que o mesmo desferiu contra a pessoa do autor configuram ou não danos

de ordem extrapatrimonial suficientemente relevantes para ensejar direito a indenização.” (fls. 167). Aponta, finalmente, que a “legitimidade ativa *ad causam* é do Presidente do Conselho e das Subseções da OAB e não da entidade em si.” (fls. 170).

Devidamente intimado, o ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*, apresentou contrarrazões (fls. 177-179), oportunidade em pugnou, em síntese, pela manutenção integral do v. acórdão recorrido.

Às fls. 181-183, sobreveio juízo negativo de admissibilidade recursal, oportunidade em que, por meio do Agravo de Instrumento n. 1.153.220-SP, esta Relatoria determinou a subida dos autos principais, para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: A irresignação merece prosperar.

Com efeito.

A celeuma aqui instaurada diz respeito à possibilidade ou não, de ingresso no presente feito, como assistente simples, da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, em demanda indenizatória ajuizada em face de Advogado.

Antes, porém, é mister um breve esboço fático acerca das razões que motivaram a presente demanda.

Resumidamente, consta dos presentes autos que, *Ricardo Manuel Castro*, ora recorrente, propôs ação indenizatória por danos morais em face de *Luís Antônio Nascimento Curi*, ora interessado, porque, segundo alegou, foi atingindo em sua moral em razão de representação noticiada pelo réu, perante a Corregedoria do Ministério Público do Estado de São Paulo, que denunciava conduta incompatível do autor, Promotor de Justiça, inclusive a ocorrência de crime de prevaricação. Chamado a se defender, o réu, ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*, apresentou contestação em que refutou as alegações da petição inicial. Apontou, em linhas gerais, que atuou no exercício regular da profissão e que, além disso, a qualquer cidadão é dado o direito de representar, em face dos Membros do Ministério Público, contra eventuais abusos no exercício de suas funções. A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, nesse contexto, requereu a intervenção no feito, por meio da assistência simples. O r.

Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Santos-SP, indeferiu o pedido. Por sua vez, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de Agravo de Instrumento, entendeu, por maioria de votos, que há interesse institucional da OAB na presente demanda, justificando-se, portanto, sua intervenção como assistente simples.

Sendo esse o contexto, examina-se, doravante, a controvérsia.

Inicialmente é importante registrar que a assistência é uma hipótese de intervenção em que terceiro adentra na relação jurídico processual para auxiliar uma das partes, eis que possui interesse jurídico para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 50, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “(...) Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.”

Não se desconhece, por certo, do abalizado entendimento no sentido de que “Há casos, porém, em que a situação resultante da sentença para uma das partes tem conseqüências ou reflexos sobre outras relações jurídicas existentes entre a parte e terceiros. Embora essas relações não sejam objeto de discussão no processo, o terceiro tem interesse em que a solução seja no sentido que favoreça e não prejudique sua posição jurídica frente a uma das partes.” Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Forense, 47 ed., Vol. L. 2007, p. 162.

É bem verdade, também, que esta modalidade não é admitida em todos os casos, eis que é necessária a verificação de interesse jurídico apto a legitimar o instituto da assistência, o que, *data venia*, não ocorre na hipótese dos autos.

Isso porque, na espécie, cuida-se de discussão acerca de alegadas ofensas perpetradas pelo ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*, Advogado, em face do ora recorrente, *Ricardo Manuel Castro*, Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, por ocasião de representação apresentada por aquele perante a Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, em que foram suscitadas diversas acusações, notadamente, acerca de eventual crime de prevaricação. Consta, ainda, dos presentes autos (fl. 19), que tal representação foi arquivada.

E, dentro de tal contexto, registra-se que eventual sentença de procedência do pedido indenizatório não irá, *data venia*, repercutir na esfera jurídica da entidade ora recorrida, no caso, a nobre Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, porque o deslinde da causa concerne a apenas um de

seus associados, afastando-se, portanto, o interesse jurídico apto a justificar a assistência simples pleiteada.

Repita-se, porque oportuno, que a esfera jurídica da ora recorrida, a *Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo*, não será atingida pela decisão que vier a ser proferida na presente demanda indenizatória. Não será, *data venia*, a própria OAB que se responsabilizará por qualquer determinação oriunda do Poder Judiciário. Daí porque o requisito específico do interesse jurídico, apto a justificar a intervenção, por meio da assistência simples, não se faz presente, na espécie.

É certo que o deslinde da controvérsia, pelas Instâncias ordinárias, irá definir se a atuação do Advogado, ora interessado, *Luís Antônio Nascimento Curi*, extrapolou ou não, suas prerrogativas profissionais que, registra-se, apesar de não terem caráter absoluto (*ut* REsp n. 1.022.103-RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 16.05.2008; HC n. 94.398-RJ, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 04.05.2010), devem ser observadas em cumprimento ao mandamento disposto no art. 133 do Texto Constitucional. Até porque o respeito a tais prerrogativas constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, tendo em conta que o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

Contudo, no caso, como visto, o cerne da questão refere-se ao exame da ocorrência de eventual ofensa cometida contra a moral de Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, no exercício de suas atividades. Portanto, tal discussão, nos termos em que foi proposta, tem caráter eminentemente individual e não institucional, o que afasta, nesta esteira, a possibilidade de intervenção da seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de assistente simples do réu, ora recorrido, *Luís Antônio Nascimento Curi*.

Além disso, dispõe o art. 44 do Estatuto da Ordem que, *in verbis*: “(...) Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: (...) II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.” Observa-se, pois, que tal dispositivo não ampara, igualmente, a pretensão da ora recorrida, *Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo*, porque a assistência não pode ser confundida com a representação dos interesses a que se refere seu inciso II, supramencionado.

De qualquer sorte, a exegese do parágrafo único do art. 49 do Estatuto da Ordem, *in verbis*: “(...) Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processo em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.”, não leva à conclusão, *data venia*, de que tal preceito possa ser elástico para abarcar intervenções em processos cíveis, tal como na espécie, até sob enfoque de que, em tese, haveria interesse da Instituição em todos os feitos em que Advogados constassem no pólo passivo da demanda.

Quer isso dizer que, condutas individuais de Advogados que, em razão do exercício de seu *múnus* venham a ser incluídos em pólo passivo de ações cíveis, não estão a significar, diretamente, que a Ordem seja afetada ou vítima de menoscabo. Fosse assim, qualquer advogado que, por exemplo, cause dano material ou moral a outrem, poderia suscitar intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa, o que contraria a razoabilidade.

Por fim, admitir a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, como assistente simples, em demandas deste jaez, levaria, doravante, a ocorrência de situações, em si, contraditórias. Vejamos: caso a presente ação fosse ajuizada por um advogado em face de outro advogado, com as mesmas alegações, ou seja, ocorrência de danos morais, realizadas em determinado processo, nessa hipótese, a OAB haveria de intervir, como assistente, em favor de qual dos causídicos? Sem dúvida, a resposta deve levar em consideração a defesa institucional da Ordem, mas, para tanto, há que se ter, pelo menos na compreensão desta Relatoria, interesse jurídico por meio de eventual repercussão em sua esfera jurídica, inexistente no caso *sub judice*.

Assim sendo, dá-se provimento ao recurso especial para não admitir a assistência simples da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, e, por conseguinte, exclui-la do presente feito, em razão da ausência de interesse jurídico.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.202.077-MS (2010/0134382-4)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Recorrente: Eletro Uehara Ltda e outro

Advogado: Otoni Cesar Coelho de Sousa e outro(s)
Recorrido: Marcílio Reis de Oliveira e outro
Advogado: Edecio Fernandes Coiado

EMENTA

Recurso especial. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Contrato de locação. Art. 13 da Lei n. 8.245/1991. Aplicação à locação comercial. Consentimento do locador. Requisito essencial. Recurso provido.

1. Transferência do fundo de comércio. Trespasse. Efeitos: continuidade do processo produtivo; manutenção dos postos de trabalho; circulação de ativos econômicos.

2. Contrato de locação. Locador. Avaliação de características individuais do futuro inquilino. Capacidade financeira e idoneidade moral. Inspeção extensível, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória. Natureza pessoal do contrato de locação.

3. Desenvolvimento econômico. Aspectos necessários: proteção ao direito de propriedade e a segurança jurídica.

4. Afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao alvedrio do inquilino, já que segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que não raras vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para o cumprir o avençado.

5. Liberdade de contratar. As pessoas em geral possuem plena liberdade na escolha da parte com quem irão assumir obrigações e, em contrapartida, gozar de direitos, sendo vedado qualquer disposição que obrigue o sujeito a contratar contra a sua vontade.

6. Aluguéis. Fonte de renda única ou complementar para inúmeros cidadãos. Necessidade de proteção especial pelo ordenamento jurídico.

7. Art. 13 da Lei n. 8.245/1991 aplicável às locações comerciais.

8. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 10.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Eletro Uehara Ltda e outro*, com arrimo nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Apelação cível. Ação de despejo c.c. cobrança de aluguel. Cessão do contrato de locação comercial. Livre circulação do fundo de comércio. Possibilidade. Extinção da garantia fidejussória em razão da extinção do contrato principal. Honorários. Arbitramento conforme previsto na lei. Recurso não provido.

O comerciante pode ceder ao comprador a locação sem necessidade de anuência do senhorio. Por se tratar de hipótese em que a cessão da locação integra também a cessão do próprio fundo de comércio, resta claro que a restrição inviabilizaria a transferência do ponto comercial, ferindo sua livre circulação.

Em razão da cessão da locação, ocorreu também a extinção da garantia fidejussória, não podendo o locador exigir a obrigação pecuniária do garante em face da extinção do contrato principal.

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, respeitando o previsto da legislação. (fl. 288)

Sustentam os recorrentes violação do art. 13 da Lei do Inquilinato, pois este dispositivo legal, ao contrário do que foi afirmado pela Corte originária, é aplicado aos contratos de locação comercial.

Alegam que a transferência do fundo de comércio deve-se submeter ao regramento do art. 13 da Lei n. 8.245/1991, ou seja, a transferência da titularidade do contrato de locação deve ser aprovada pelo locador.

Defendem que a prevalência do entendimento *a quo* dá ensejo a fraude, pois impede o locador de receber eventuais aluguéis ou direitos decorrentes do contrato locatício.

Enfatizam que o contrato de locação se encontra hígido, motivo pelo qual os ora recorridos tem legitimidade passiva para responder pelo débito, bem como pelas garantias contratuais.

Aduzem que, atendido o pedido principal, os honorários advocatícios devem ser majorados.

Contrarrazões não apresentadas (fl. 323).

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Busca-se afastar o entendimento de que a aplicação do art. 13 da Lei do Inquilinato restringe-se às locações residenciais, uma vez que a alteração do locatário só pode ser realizada com a anuência do locador, pois o dispositivo legal não faz restrição quanto à sua aplicabilidade.

Antes de adentrar ao mérito recursal, necessário se faz um esboço sobre algumas circunstâncias dos autos.

Cuida-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com ação de cobrança de aluguéis, movida por *Eletro Uehara Ltda* - locadora - contra *Marcílio Reis de Oliveira* - locatário - e seu fiador *Lauro Xavier de Oliveira*.

Requeru a locadora, na exordial, o pagamento de aluguéis e demais verbas decorrentes do contrato de locação celebrado em 10 de maio de 1997, tendo em vista que foram quitados somente alguns encargos locatícios até o mês de dezembro de 1997, remanescendo, até a data da propositura da inicial (10.06.1999), em aberto, outras obrigações contratuais.

Analisando a controvérsia, o Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande julgou parcialmente o pedido para determinar que os ora recorridos se responsabilizassem pelos encargos locatícios, apenas, até o mês de

novembro de 1997, pois, em razão de contrato de trespasse, realizado em 18 de dezembro de 1997, o ponto comercial fora transferido a terceiro.

O édito de piso perfilhou o entendimento de que a cessão do fundo de comércio integrou também a cessão do contrato de locação, motivo pelo qual o terceiro comprador do estabelecimento comercial substituiu o vendedor na relação locatícia originária, impedindo que este (locador primitivo) fosse responsabilizado por ulteriores débitos locatícios, estribando seu convencimento na inaplicabilidade do art. 13 da Lei do Inquilinado à espécie.

Irresignada a proprietária do imóvel rogou ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul a reforma da sentença de primeiro grau. Contudo, não logrou êxito em seu desiderato, tendo em vista que a Corte originária considerou que o art. 13 da Lei n. 8.245/1991 não é aplicável às locações comerciais, uma vez que o consentimento do locador é prescindível para o aperfeiçoamento do trespasse. Entendimento diverso, acrescentou o Tribunal *a quo*, tornaria inviável a transferência do ponto comercial, *verbis*:

[...]

Consta dos autos que a empresa Eletro Uehara locou a Marcílio de Oliveira as dependências 09 e 10 da quadra "H", pavimento térreo, do Centro Comercial Condomínio Terminal Oeste, pelo prazo de 12 meses - tendo início em 10.05.1997 e término previsto para 10.05.1998 - mediante pagamento mensal de R\$ 770,00, além de outros encargos estabelecidos no contrato, certo que Lauro Xavier ficou com fiador.

A partir de 18.12.1997 a titularidade da locação passou a Hermenegildo Benites, por força de contrato de venda e compra do ponto e fundo de comércio conforme contrato de fls. 52.

O magistrado julgou parcialmente procedente o pedido inicial para tão-somente condenar os apelados ao pagamento das taxas condominiais, contas de energia elétrica e IPTU vencidos até novembro de 1997 porquanto entendeu que "na ocasião em que se realizou a compra e venda do fundo de comércio, o réu expressamente se comprometeu a quitar as parcelas referentes aos meses 09-10 e 11/97, além das onze parcelas do condomínio. E, na mesma oportunidade, o cedido - Sr. Hermenegildo assumiu todas as responsabilidades decorrentes do contrato originalmente firmando entre o autor e os réus, fatos que os liberam de cumprir toda a obrigação pecuniária aqui pleiteada." f. 204.

[...]

Isso porque não se aplica o artigo 13 da Lei de Locações ao caso *sub examine* visto que constituiria abstenção ao direito do locatário de dispor do fundo de comércio, inviabilizando a transferência do ponto comercial. Portanto, na venda

de estabelecimento comercial, o comerciante pode ceder ao comprador a locação sem necessidade de anuência do senhorio, desde que respeitadas as cláusulas e condições do contrato, certo que, tal exigência foi respeitada.

[...]

Ademais, o locador não pode exigir a obrigação pecuniária - garantia fidejussória - face a extinção do contrato principal. [...] (fls. 289 e 290)

Do contexto da lide, verifica-se que o acórdão objurgado merece ser reformado.

Observa-se que a alteração da titularidade do fundo de comércio é uma engrenagem corriqueira no desenvolvimento das relações econômicas. Considerando a importância deste fenômeno sócio-econômico, o ordenamento jurídico o disciplina e alça-lhe à categoria de instituto jurídico, a saber: *trespasse*.

Por meio do *trespasse* os bens materiais e imateriais que envolvem determinado empreendimento econômico mudam de titularidade, permitindo a continuidade do processo produtivo, a manutenção dos postos de trabalho, bem como a circulação de ativos econômicos.

Sobre os contornos desse instituto jurídico, sobreleva mencionar a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

O estabelecimento empresarial pode ser vendido pelo empresário que o titulariza. O contrato de compra e venda de estabelecimento denomina-se *trespasse*, e é muitas vezes proposto, no meio empresarial, pro meio das expressões “passa-se o ponto”. O *trespasse* não se confunde com a cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou a alienação de controle de sociedade anônima. São institutos jurídicos bastante distintos, embora com efeitos econômicos idênticos, na medida em que são meios de transferência da empresa. No *trespasse*, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. Tanto antes como após a transação, ele pertencia e continua a pertencer a sociedade empresária. Essa, contudo, tem a sua composição de sócios alterada. Na cessão de quotas ou alienação de controle, o objeto da venda é a participação societária. As repercussões da distinção jurídica são significativas, em especial no que diz respeito à sucessão empresarial, que pode ou não existir no *trespasse*, mas não existe na transferência da participação societária. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito da empresa*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 118 e 119)

Não se descarta da relevância do trespasse para o fomento dos processos produtivos, mas a sua utilização como agente facilitador destes ou, ainda, como instrumento para a realização do *jus abutendi* (poder de dispor do estabelecimento comercial) está adstrita a certos limites, pois a transferência do fundo de comércio envolve um plexo de interesses a serem conjugados.

In casu, impõe-se a análise do direito do locador em manter o contrato de locação com a parte originária (inquilino primitivo) ou continuar submisso à avença, mas jungido, agora, a pessoa diversa, em razão do trespasse.

Nessa senda, constata-se ser iniludível que, ao se firmar um contrato locatício, o proprietário do imóvel, a fim de proteger seu patrimônio, sopesa as características individuais do futuro inquilino, avaliando sua capacidade financeira e a sua idoneidade moral, inspeção extensível, também, ao eventual prestador da garantia fidejussória.

Desse modo, não é demasiado afirmar que o contrato de locação se reveste de pessoalidade, motivo pelo qual a alteração do locatário ou do fiador não pode ser realizada sem o consentimento do proprietário do imóvel.

A par dessas circunstâncias, destaca-se que o florescimento econômico, dentre outros requisitos, exige que o direito de propriedade seja garantido, bem como a segurança jurídica reverenciada.

Assim, afigura-se destemperado o entendimento de que o art. 13 da Lei do Inquilinato não tenha aplicação às locações comerciais, pois, prevalecendo este posicionamento, o proprietário do imóvel estaria ao alvedrio do inquilino, já que segundo a conveniência deste, o locador se veria compelido a honrar o ajustado com pessoa diversa daquela constante do instrumento, que não raras vezes, não possuirá as qualidades essenciais exigidas pelo dono do bem locado (capacidade financeira e idoneidade moral) para o cumprir o avençado.

Por outro lado, facilitar o mecanismo de transferência do estabelecimento comercial significa estimular o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, mas, diante do arcabouço jurídico posto, a alteração, de per se, de um dos polos do contrato de aluguel, pela cessão do fundo de comércio, avilta o direito de propriedade do locador.

Portanto, o *jus fruendi* do proprietário do imóvel (direito de perceber os frutos e produtos da coisa) não pode ser vilipendiado, em nome do fomento da atividade econômica, pois não há se falar em desenvolvimento econômico à custa do direito de propriedade alheio.

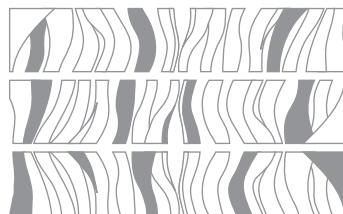
Ademais, a tese adotada pelas instâncias ordinárias fere um dos pilares do direito contratual: a liberdade de contratar. Segundo este princípio, as pessoas em geral possuem plena liberdade na escolha da parte com quem irão assumir obrigações e, em contrapartida, gozar de direitos, sendo vedado qualquer disposição que obrigue o sujeito a contratar contra a sua vontade.

Além do mais, não se olvide que os frutos civis oriundos dos imóveis são importante fonte de renda para inúmeros cidadãos que, desprovidos de qualquer outro recurso econômico, utilizam-se dos aluguéis para promoverem a sua subsistência ou complementar o parco orçamento doméstico, motivo pelo qual o direito ao preço locatício merece, também, especial proteção pelo ordenamento jurídico.

Destarte, a interpretação dada pelo Tribunal de origem não deve prosperar, sob pena de se romper a expectativa contratual do locador, pois cercandose dos cuidados ordinários, aceitou contratar com pessoa que julgava apta a cumprir o convencionado, mas, em face de ato unilateral do inquilino, se verá obrigado a suportar eventual prejuízo, em razão do inadimplemento por parte do cessionário do fundo de comércio.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para determinar que o Juízo de Direito de primeiro grau reaprecie o pleito da exordial, considerando o art. 13 da Lei n. 8.245/1991 aplicável ao contrato de locação comercial.

É como voto.



Quarta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.089.067-RS
(2008/0214218-0)**

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Agravante: Santander Brasil Seguros S/A

Advogados: Everton Madeira Gusmão Ruano e outro(s)

Sabela Braga Pompilio e outro(s)

Sirlei Maria Rama Vieira Silveira

Agravado: Maria Alcina Castro Rodrigues

Advogado: João Moreno Pomar e outro(s)

Interessados: Associação Recreativa Cultural e Esportiva - ADESBAM

Advogado: Milton Bozano Pereira Fagundes e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial. Ação de exibição de documentos. Multa cominatória.

1. Reconsideração da decisão anterior, porque prequestionados implicitamente os dispositivos apontados no recurso especial e caracterizado o dissídio jurisprudencial, não havendo necessidade de reexame de matéria de fato.

2. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula n. 372) e nem a presunção de veracidade contida no art. 359, do CPC (REsp n. 1.094.846-MS, rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, submetido ao rito dos recursos repetitivos). Poderá, em tese, haver busca e apreensão, se comprovado que o réu injustificadamente não atendeu à ordem judicial de exibição, deixando de apresentar documentos que efetivamente estejam em seu poder (cf. REsp n. 887.332-RS, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros), providência esta que, todavia, não está em questão no presente recurso, havendo também a possibilidade, aventada no voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, no citado REsp n. 1.094.846-MS, de o Juiz cuja ordem está sendo descumprida determinar a extração de peças para análise

do Ministério Público acerca de possível conduta criminal, do que também não se cogita nos presentes autos.

3. Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 14 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 03.05.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de agravo regimental contra decisão singular (e-STJ fls. 190-193), proferida pelo Ministro Honildo Castro - Desembargador Convocado, que negou provimento ao recurso especial aplicando as Súmulas n. 282-STF e n. 7-STJ, considerando, ainda, não configurado o dissídio jurisprudencial.

Requer o agravante, em síntese, a reforma da decisão agravada, pois os dispositivos indicados no especial foram prequestionados implicitamente no acórdão recorrido. Além disso, afirma que não pretende o reexame do contexto fático e probatório dos autos, porque a tese defendida no recurso é matéria unicamente de direito, em relação à qual ficou devidamente caracterizado o dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado agravo de instrumento interposto de

decisão interlocutória proferida em ação de exibição de documentos, decidiu em acórdão assim ementado:

Agravo interno em agravo de instrumento. Seguros. Exibição de documentos. Insurgência contra a determinação de juntada dos documentos postulados na inicial. Preclusão. Ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada. Recurso não conhecimento no ponto. Multa diária por descumprimento da ordem judicial. Cabimento. Manutenção da decisão.

Agravo interno conhecido em parte e, nesta, desprovido, por maioria, vencido o presidente.

No especial, interposto pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, alega Santander Seguros S.A. que o acórdão recorrido contrariou os arts. 355, 359, I, e 845 do CPC.

Afirma, inicialmente, que o procedimento regular da exibição de documento não prevê expressamente a concessão de liminar, pois sua execução levaria à perda de objeto da ação, já que a referida liminar se confunde com o mérito da demanda.

Sustenta, em síntese, que o não cumprimento da ordem de exibição dos documentos levaria à presunção de veracidade prevista no art. 359, I, do CPC, não podendo ser aplicada a multa cominatória, fixada em R\$ 180,00 (cento e oitenta reais).

Sustenta, ainda, que a apólice (certificado) do seguro em estudo está juntada à fl. 56 dos autos, bem como as cláusulas gerais de contratação, havendo, pois, perda de objeto quanto à pretensão inicial da autora, apresentando-se, assim, incabível a incidência da multa diária.

Cita precedentes desta Corte quanto ao não cabimento da multa cominatória na ação de exibição de documentos e sobre a incidência do art. 359, I, do CPC em hipótese dos autos.

Assim delimitada a controvérsia, verifico que, efetivamente, os dispositivos indicados no especial foram prequestionados implicitamente no acórdão recorrido e que o dissídio jurisprudencial foi caracterizado, motivo pelo qual reconsidero a decisão agravada e passo a reexaminar o feito.

Preliminarmente, não conheço do especial quanto às teses relativas à concessão de liminar na ação de exibição de documentos e à juntada dos documentos, porque não foram elas prequestionadas no acórdão recorrido, incidindo, neste ponto, a Súmula n. 282-STF.

Ultrapassado este ponto, verifico que a pretensão do recorrente quanto ao afastamento da multa cominatória encontra ressonância nesta Corte, que editou sobre o tema a Súmula n. 372: *na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória.*

Destaco, por outro lado, que em ação cautelar preparatória, na ausência de exibição dos documentos reivindicados pelo autor do feito, não é possível admitir-se por verdadeiros os fatos que este pretende provar, pois a Segunda Seção desta Corte, no recente julgamento do REsp n. 1.094.846-MS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, entendeu indevida a aplicação da presunção ficta prevista no art. 359 do CPC, por não ser possível vincular, em ação cautelar preparatória, o convencimento judicial a ser formado na ação principal. Confira-se:

Ação cautelar de exibição de documentos. Art. 359 do CPC. Presunção de veracidade. Não aplicabilidade. Recurso especial repetitivo. Lei n. 11.672/2008. Resolução-STJ n. 8, de 07.08.2008. Aplicação.

1. A presunção de veracidade contida no art. 359 do Código de Processo Civil não se aplica às ações cautelares de exibição de documentos. Precedentes.

2. Na ação cautelar de exibição, não cabe aplicar a cominação prevista no art. 359 do CPC, respeitante à confissão ficta quanto aos fatos afirmados, uma vez que ainda não há ação principal em curso e não se revela admissível, nesta hipótese, vincular o respectivo órgão judiciário, a quem compete a avaliação da prova, com o presumido teor do documento.

3. Julgamento afetado à 2ª. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução-STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 1.094.846-MS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Seção, julgado em 11.03.2009, DJe 03.06.2009).

Dessa forma, segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula n. 372) e nem a presunção de veracidade contida no art. 359, do CPC (REsp n. 1.094.846-MS, rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, submetido ao rito dos recursos repetitivos).

Poderá, em tese, caber busca e apreensão, se comprovado que o réu injustificadamente não atendeu à ordem judicial de exibição, deixando de apresentar documentos que efetivamente estejam em seu poder (cf. REsp n. 887.332-RS, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros), providência esta

que, todavia, não está em questão no presente recurso. Acrescento, ainda, que adiro à possibilidade, aventada no voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, no já citado REsp n. 1.094.846-MS, de o Juiz cuja ordem está sendo descumprida determinar a extração de peças para análise do Ministério Público acerca de possível conduta criminal, do que também não se cogita nos presentes autos até o momento.

Em face do exposto, dou provimento ao agravo regimental para reconsiderar a decisão agravada e, em novo exame, conhecer em parte e dar parcial provimento ao recurso especial para excluir a multa cominatória na ação de exibição de documentos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 970.143-SC (2007/0169534-8)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: C L A

Advogado: Jackson de Domenico e outro(s)

Recorrido: A F

Advogado: Emerson Wellington Goetten

Interessados: E A F

EMENTA

Civil. Acordo de separação consensual. Condição potestiva não caracterizada. Obrigação pecuniária ilíquida.

1. É pressuposto da condição a subordinação do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

2. A obrigação assumida pelo ex-marido, no acordo de separação consensual, de custear a diferença de preço entre o imóvel em que residia a família e outro imóvel a ser adquirido pela sua ex-mulher em cidade especificada no acordo não está subordinada a condição puramente potestativa.

3. A incerteza quanto ao objeto da obrigação não traduz arbítrio de uma das partes. Obrigação pecuniária ilíquida, cuja execução depende de prévia determinação do imóvel a ser adquirido, o qual, embora da escolha da credora, deve observar critério médio (nem o melhor e nem o pior imóvel da cidade de destino), compatível com a moradia em que residia anteriormente a família. Aplicação analógica dos critérios legais aplicáveis às obrigações de entrega de coisa incerta.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 22.02.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recurso especial contra acórdão que, diante da existência de condição puramente potestativa, reconheceu a nulidade da cláusula do acordo de separação judicial consensual que deixava ao exclusivo arbítrio da recorrente o valor da diferença entre o preço do imóvel residencial que lhe tocou na separação conjugal, situado na cidade de Santa Cecília, e o preço do apartamento a ser adquirido em substituição, na cidade Balneário Camburiú, o qual deveria ser pago pelo ora recorrido.

Nas suas razões de recurso, alegou a recorrente a) violação ao art. 460 do Código de Processo Civil, sob o fundamento de julgamento *ultra petita*; b) ofensa ao art. 122 do Código Civil, ao argumento de que a condição estipulada no acordo é meramente potestativa e não puramente potestativa; c) violação ao art. 184 do Código Civil, sob a alegação de que, mesmo se tratando de condição puramente potestativa, jamais poderia ter sido prejudicada a parte válida da cláusula, “concernente ao pagamento de uma diferença”; d) ofensa ao art. 104 do

Código Civil, ao fundamento de que o acordo realizado preenche os “requisitos necessários para a validade do negócio jurídico”.

Não foram oferecidas contra-razões (cf. fl. 174).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial e não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Inicialmente, cumpre esclarecer que os arts. 104 e 184 do Código Civil não foram prequestionados sequer implicitamente, apesar da oposição dos embargos de declaração. Neste caso, não tendo sido alegado violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, aplicável a Súmula n. 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Discute-se a validade de cláusula constante de acordo de separação judicial, mediante a qual se obrigou o ex-marido ao pagamento da diferença entre o preço do imóvel residencial situado na cidade de Santa Cecília-SC e o preço do apartamento a ser adquirido pela ex-mulher em substituição, na cidade Balneário Camburiú, onde passou a residir.

Após a venda do imóvel em Santa Cecília, a recorrente ajuizou “execução de obrigação de fazer” contra o ex-marido, postulando o pagamento de R\$ 115.000,00, correspondente à diferença entre o valor obtido com a venda e o preço do imóvel pretendido, na qual foi proferida decisão determinando a citação do devedor para que “faça/realize” esses recursos em até dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Interpôs o executado o agravo de instrumento, alegando ser excessivo o valor postulado e exíguo o prazo para pagamento. O agravo foi provido e extinta de ofício a execução, pelos seguintes fundamentos (fls. 131-132):

Está claro que o valor exigido decorre do puro arbítrio da agravada, sem qualquer interferência de fator externo. A cláusula do acordo que determinou ao agravante arcar com o valor entre diferença da venda da casa e da compra do apartamento, deu à agravada poder unilateral de decisão quanto ao preço.

(...)

Na hipótese, a cláusula que deixa ao exclusivo arbítrio da agravada o valor da diferença entre o preço dos imóveis, agasalha, indubitavelmente, condição puramente potestativa, sendo, portanto, inválida.

Segundo o disposto no art. 121 do Código Civil, “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Em seguida, estabelece o art. 122 que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

É pressuposto da condição, portanto, a subordinação do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

No caso ora em exame, a obrigação assumida pelo ex-marido não se subordina a evento futuro e incerto. Não se trata, portanto, de negócio jurídico sujeito à condição potestativa ou à condição puramente potestativa. O acórdão recorrido ao vislumbrar condição puramente potestativa onde não há condição alguma ofendeu o art. 122 do Código Civil.

Na realidade, cuida-se de obrigação pecuniária ilíquida, pois seu objeto depende de prévia apuração, a qual somente poderá ser feita após a escolha do imóvel a ser adquirido pela recorrente. A obrigação assumida pelo recorrido - e por ele não impugnada no agravo de instrumento - guarda semelhança com a obrigação de dar coisa incerta (Código Civil, arts. 243 e 244), na qual as partes podem validamente convencionar, como prestação, a entrega de coisa incerta, à escolha do credor ou do devedor, sem que se trate de condição puramente potestativa.

A incerteza quanto ao objeto da obrigação não traduz arbítrio de uma das partes.

A propósito da obrigação de dar coisa incerta, leciona CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA:

Pode a obrigação recair sobre a coisa incerta (dívida de gênero), desde que seja indicada ao menos pelo gênero e pela quantidade (Código Civil de 2002, art. 243). Não é possível que seja alguém devedor de coisas genericamente mencionadas, pois que isso tiraria à *obligatio* toda objetividade. Mas se as coisas são indicadas pelo gênero e pela quantidade, a obrigação é útil e eficaz, embora falte a individualização da *res debita*. O *Gênero* é o agrupamento de bens (coisas) que apresentam caracteres comuns, e a quantidade se mede por números, pesos,

medidas, ou seja, grandezas. É que a sua determinação far-se-á por circunstâncias ou elementos de fato, como ainda por outras eventuais, intrínsecas ou extrínsecas. O estado de indeterminação é transitório, sob pena de faltar objeto à obrigação. O devedor não pode ser compelido à prestação genérica. Até o momento da execução, a obrigação de gênero deverá converter-se em entrega de coisa certa. Cessará, pois, com a escolha, ou concentração do débito, a qual se verifica e se reputa consumada, tanto no momento em que o devedor efetiva a entrega real da coisa, como ainda quando diligencia praticar o necessário à prestação.

O estado de indeterminação cessa com a escolha. Como a individualização é que caracteriza o objeto, e sendo o devedor sujeito à prestação, o Código lhe defere a faculdade de escolher, dentre as do mesmo gênero, aquela a ser entregue, na quantidade estabelecida. O título estabelece a quem compete a escolha. Também esta poderá resultar das circunstâncias que envolvem a obrigação. No silêncio do primeiro, e na falta de indicação oriunda das outras, cabe ao devedor fazê-la. O Código Civil de 2002, com redação dada pelo art. 245, optou pelo critério objetivo da ciência da escolha da prestação pelo credor, propiciando que ele seja constituído em mora. Em qualquer hipótese, salvo estipulação expressa, a prestação versará objeto que não será o pior nem o melhor dentre as coisas de seu gênero. O título poderia especificar um ou outro. No seu silêncio, presume-se que as partes tiveram em vista coisas que se situem no meio termo (Código Civil de 2002, art. 244). Nem se diga que o credor presumir-se-ia optando pela melhor, porque, ao constituir-se a obrigação, poderia ter assim fixado a prestação. Cumpre-se, portanto, a obrigação de dar coisa incerta mediante prestação cujo objeto guarde as qualidades médias das coisas de seu gênero, concretizando a cláusula geral de boa-fé objetiva. Pelo fato da indeterminação do objeto se não segue que o devedor possa entregar o pior ou o credor optar pelo melhor, pois a isto se opõe o princípio da boa-fé, que é a alma dos negócios, como fez com a regra *Treu und Glauben* o BGB e o nosso Projeto de Código das Obrigações. O Código Civil brasileiro adotou o princípio da boa-fé objetiva conforme se depreende dos arts. 113, 187 e 422, diversamente da omissão a seu respeito no Código Civil de 1916. (Instituições de Direito Civil, Forense, 23ª edição, Volume II, p. 54-56).

No caso, segundo se depreende das alegações do próprio devedor nas razões de agravo e da natureza da obrigação - compra de imóvel para a residência da ex-mulher - a escolha do imóvel em Balneário Camboriú cabe à credora, à qual, todavia, não assiste o direito de escolher qualquer imóvel, devendo situar sua escolha em imóvel de tamanho e características compatíveis com aquele em que residia, justificando-se a diferença de preço apenas pelo maior valor vigente no mercado imobiliário da cidade em que as partes convencionaram seria comprado o novo apartamento.

Assim, antes de iniciados os atos materiais executivos, deve ser individualizada a coisa cuja diferença de preço incumbe ao ex-marido, sob pena de execução por quantia certa e não de execução pelo rito da obrigação de fazer, como pretendido pela autora e deferido pela decisão de primeiro grau. Esclarece o Ministro *Luiz Fux*, em sua obra “O Novo Processo de Execução”, a propósito da execução para entrega de coisa incerta, a necessidade de um diminuto contraditório a respeito da especialização do objeto da obrigação (Forense, Rio de Janeiro, p. 317).

No caso, não se cuida, é certo, propriamente de obrigação para a entrega de coisa incerta, mas o conteúdo da obrigação pecuniária assumida pelo recorrido no acordo de separação não é líquido, havendo necessidade de prévia individualização do imóvel cuja diferença de preço deverá ser por ele custeada.

Em face do exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso especial, para restaurar a cláusula contratual, determinando o prosseguimento dos atos necessários à liquidação do valor da obrigação pecuniária.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.046.497-RJ (2008/0075967-4)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Manoel Vicente da Costa - espólio e outros

Representado por: Regina Marietta Junqueira Ortiz Monteiro - inventariante e outros

Advogado: Luiz Nogueira e outro(s)

Recorrido: Roberto Marinho - espólio

Representado por: João Roberto Marinho - inventariante e outros

Advogado: Antônio de Azevedo Dias Rebelo e outro(s)

Recorrido: TV Globo Ltda.

Advogados: José Perdiz de Jesus e outro(s)

Flávio Zveiter e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Omissão e contradição. Não ocorrência. Fundamentação suficiente. Princípios *jura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*. Prequestionamento. Produção de prova mediante reprodução mecânica. Possibilidade. Realização de perícia. Exibição de documentos. Dever de guarda sujeito ao prazo prescricional. Existência de ato ou negócio jurídico. Súmula n. 7-STJ. Ação declaratória e pretensão condenatória ou constitutiva. Prescrição. Inexistência ou nulidade. Não contaminação de atos separáveis, concomitantes ou subsequentes. Divergência jurisprudencial. Ausência de similitude.

1. Inexiste violação dos arts. 458 e 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ratificando a sentença, examina as questões havidas como necessárias ao desate da lide, com a exposição dos elementos e premissas jurídicas que ensejaram as conclusões ali firmadas.

2. Com base nos fatos narrados pela parte na peça preambular, cabe ao magistrado atribuir a qualificação jurídica que tenha correspondência à solução do litígio diante do princípio *jura novit curia*, pelo qual se pressupõe o seu conhecimento do direito, cuja relevância reflete postulado de igual matiz: da *mihi factum dabo tibi jus*. Não há ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC se a qualificação jurídica dos fatos difere daquela apontada pelos autores recorrentes.

3. A lei processual admite a produção de prova por meio de fotocópias de documentos particulares ou por outros tipos de reprodução mecânica. Suscitado incidente de falsidade documental das cópias reprográficas e realizado exame pericial dos documentos impugnados, não há ofensa ao art. 383, *caput* e parágrafo único, do CPC, mas seu estrito cumprimento.

4. A falta de exibição que dá ensejo à sanção do *caput* do art. 359 do CPC - admitir como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar por meio do documento - é a que decorre de recusa "havida por ilegítima".

5. Ocorrida a prescrição, não mais sobrevive o dever de guarda de documentos, sendo legítima a recusa fundada no transcurso do prazo prescricional. Pensar diferente seria impor à parte obrigação juridicamente impossível. Ausência de ofensa aos arts. 358 e 359 do

CPC. Aplicação, por analogia, do revogado art. 10, n. 03, do Código Comercial de 1850 e do atual art. 1.194 do Código Civil de 2002.

6. Os atos tidos por inexistentes admitem prova pericial. Atos que, tidos como inexistentes pela parte autora, foram considerados existentes nas vias ordinárias. O reexame dessa conclusão demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é impossível nesta esfera decisória (Súmula n. 7-STJ).

7. A ação declaratória pura é imprescritível, mas as pretensões condenatórias ou constitutivas resultantes do ato nulo sujeitam-se ao fenômeno da prescrição. Caso em que a prescrição vintenária consumou-se antes da propositura da ação e antes da publicação do atual Código Civil.

8. A teoria das nulidades de Direito comum não se aplica, de ordinário, em matéria de sociedades anônimas, de modo que os atos societários nulos prescrevem nos prazos previstos na lei societária.

9. A eventual nulidade ou inexistência de um ato não contamina os atos e negócios jurídicos dele separáveis, concomitantes ou subsequentes.

10. A não demonstração da existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado no acórdão recorrido e nos arestos paradigmas implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial, a teor dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ.

11. Recurso especial conhecido e desprovido.

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 negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Afirmou suspeição o Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dr(a). Luiz Nogueira, pela parte Recorrente: Manoel Vicente da Costa

Dr(a). José Perdiz de Jesus, pela parte Recorrida: TV Globo Ltda.
Brasília (DF), 24 de agosto de 2010 (data do julgamento).
Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 09.11.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ - nos autos de demanda em que se controverte, fundamentalmente, acerca da existência de negócio jurídico de transferência de ações da então Rádio Televisão Paulista S.A. (sociedade).

Em 24.10.2001, os espólios de Manoel Vicente da Costa, de Hernani Junqueira Ortiz Monteiro, de Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro e de Regina Bertelega da Cunha Mendes Junqueira Ortiz Monteiro, Regina Marietta Junqueira Ortiz Monteiro (em nome próprio e como inventariante dos espólios) e Alexandra Georgia Junqueira Ortiz Monteiro Barbosa (recorrentes) promoveram (petição inicial fls. 02-30, anexos 31-181; v. 1), em desfavor de Roberto Marinho (hoje espólio), Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho, José Roberto Marinho e TV Globo Ltda. (recorridos), ação declaratória de inexistência de ato jurídico:

14. [...] objetivando a declaração de inexistência dos negócios realizados em 05 de dezembro de 1964 e 23 de julho de 1975, envolvendo a transferência de ações de *Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, Hernani Junqueira Ortiz Monteiro, Manoel Vicente da Costa e Manoel Bento da Costa* para *Roberto Marinho*, o seu capital controlador, diretamente ou por intermédio de interposta pessoa, e cujo contrato tinha o valor de Cr\$ 60.396,00 [...]. [sic]

Outrossim e em decorrência da continuidade dos negócios da sociedade, *que igualmente sejam considerados inexistentes, por vício de origem*, todos os atos posteriores praticados, com ações ou quotas de capital social, por quem se tornou titular de direitos ou simples procurador em vista das transações inexistentes e que se pensou tivessem sido praticadas em 05 de dezembro de 1964 e 23 de julho de 1975.

Em síntese, que venha a ser declarada a inexistência de todos os negócios realizados, fazendo com que a situação societária da ré, pessoa jurídica, venha a retroagir à data de 05 de dezembro de 1964, assegurando aos acionistas de então

todos os direitos, vantagens e benefícios que a participação societária de que eram detentores teria ensejado-lhes. (fls. 26-27; v. 1.)

Valendo-me do relatório constante do acórdão proferido pelo TJRJ na apelação, verifico que:

Alegam os autores [ora recorrentes] que, em 05.12.1964, o festejado jornalista e empresário Roberto Marinho teria adquirido 15.099 ações ordinárias e preferenciais que pertenciam aos fundadores-controladores da Rádio Televisão Paulista S/A, equivalentes a 52% do capital social inicial.

Afirmam, ainda: que a antecipada transação estaria retratada em diversos documentos mal redigidos, imprecisos e sem qualquer registro nos órgãos competentes; que houve falhas nas respectivas procurações, haja vista que um dos cedentes, Hernani Junqueira Ortiz Monteiro, já seria falecido na época da transferência das cotas; que o cessionário Roberto Marinho subscreveu o aumento de capital social de forma estranha e irregular; que houve a participação de pessoas que não poderiam se fazer representar; que em 23.07.1975 foi realizado novo negócio similar àquele datado de 05.12.1964, onde o Sr. Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, por si e na qualidade de procurador, firmou contrato referente a transferência das ações da TV Paulista para o mesmo comprador, com o fim de sanar eventuais irregularidades presentes no negócio jurídico anterior.

Narram, ainda, que houve a posterior transferência das ações remanescentes ao primeiro réu, por preço vil. (fls. 3.584-3.585, v. 19.)

Os recorridos apresentaram contestação separadamente: Roberto Marinho e outros (fls. 219-247, anexos 248-411; v. 02 e 03); e TV Globo Ltda. (fls. 413-438, anexos 439-544; v. 03), esta aqui designada de sociedade recorrida.

Em réplica, os recorrentes arguiram falsidade de documentos apresentados pelos recorridos e pediram a instauração do respectivo incidente de falsidade. Houve tentativa de acordo, durante a qual o processo ficou suspenso por cerca de dois meses, mas, infrutífero, foi retomado com a realização da segunda audiência e posterior instauração do incidente de falsidade.

Nesse ínterim, os recorrentes seguiram requerendo a juntada de documentos - como cópia do processo administrativo relativo à cessão do controle acionário da sociedade ao Sr. Roberto Marinho e cópia do procedimento administrativo MPFPR-RJ 1.30.012.0000726/2002-99 (o qual acabou sendo arquivado em virtude de prescrição) - e formulando outras petições, tratando, p.ex., (i) de conversa telefônica, por eles gravada, entre os advogados das partes, (ii) de manifestações de deputado estadual paulista, (iii) de ofício encaminhado ao

Ministério Público Federal pelo mesmo deputado estadual e de (iv) notícias veiculadas na imprensa sobre o caso, estas em volume considerável. A propósito, os recorridos arguíram a ocorrência de prescrição e, alegando que os recorrentes carreavam para os autos documentos repetidos e “matérias veiculadas pela Imprensa, sem a menor precisão técnica”, contendo “noticiário desairoso acerca da tramitação” do feito e atingindo inclusive o Poder Judiciário, requereram seu desentranhamento (fls. 2.125-2.127; v. 11). Em 1º.07.2003, foi proferido o seguinte despacho:

1. Desentranhem-se os documentos repetidos, conforme especificados à fls. 2.165, devolvendo-os à parte que os ofereceu;
2. Desentranhem-se todos os periódicos oferecidos pelos Autores, eis que impertinentes e sem valor probante, devolvendo-os aos autores;
3. De tudo, certifique-se;
4. A objeção de prescrição é matéria de mérito e será decidida na sentença;
5. Venham os originais dos documentos impugnados, em 10 dias;
6. Nomeio Perita Denize Gonçalves de Moraes Rivera. Venham quesitos e assistentes técnicos em 10 dias. Com isso, intime-se a Perita para a solicitação de honorários. (fls. 2.168-2.168v; v.11.)

A sociedade recorrida, no que tange à prescrição, pediu que o despacho fosse reconsiderado ou que o seu requerimento fosse recebido como agravo retido (fls. 2.181-2.183; v. 11), o que ocorreu. Já as pessoas físicas recorridas informaram que não localizaram os documentos originais relativos aos atos jurídicos de que se trata, já que decorridos mais de vinte anos de sua lavratura (fls. 2.185-2.187).

A perita solicitou providências (como juntada dos documentos originais das cópias reprográficas e em carbono) e apresentou proposta de honorários (fl. 2.321, v. 12). Seguiu-se celeuma quanto aos honorários periciais, que resumo: os recorrentes opuseram-se ao valor pretendido pela perita, formulando agravo de instrumento e pedido de reconsideração; os honorários foram, inicialmente, reduzidos em juízo de reconsideração à vista das alegações dos recorrentes, que desistiram do agravo de instrumento então interposto; entretanto, a perita, justificando haver necessidade de determinar a “idade” dos documentos, requereu aumento do valor dos honorários (mas em patamar inferior à sua proposta inicial), o que foi deferido; contra esse despacho novamente se insurgiram os recorrentes mediante outro agravo de instrumento e pedido de

reconsideração; nessa ocasião, o juiz manteve os honorários então fixados; a celeuma foi solucionada com o julgamento do agravo de instrumento pelo TJRJ, que, tendo reduzido os honorários liminarmente, manteve essa decisão ao final (fls. 3.861-3.864; v. 20).

No mais, de relevante, as partes apresentaram quesitos e nomearam assistentes técnicos, e o juízo singular solicitou esclarecimentos à perita sobre a “possibilidade de realização do trabalho com os documentos existentes nos autos” (fls. 2.422; v. 13), ao que esta informou que “os documentos juntados pela parte autora às fls. 2.337-2.351 permitem a realização dos exames determinados” (fl. 2.448).

O laudo pericial foi apresentado em 05.07.2004 (fls. 2.545-2.586; v. 13) e dele foram dadas vistas aos interessados. Os recorrentes impugnam o laudo pericial, desferindo ataques contra a perita e juntando o de seu assistente técnico (fls. 2.590-2.613, anexos 2.614-2.632; e fls. 2.634-2.639, anexos 2.640-2.719; v. 14). Já a sociedade recorrida colacionou parecer de seu assistente técnico, que ratificou as conclusões da perícia (fls. 2.721-2.726, anexos 2.727-2.732), enquanto que os recorridos pessoas físicas, além de ratificarem o contido no laudo pericial, aduziram que, ainda que fossem desconsiderados os negócios jurídicos havidos, teria ocorrido a prescrição aquisitiva (usucapião) das ações que deles foram objeto. Em face da impugnação, foi ouvida a perita, que ratificou seu laudo integralmente, oferecendo informações complementares (fls. 2.747-2.750), sobre as quais as partes se manifestaram: os recorrentes, acusando a perita de “omissão, negligência e oferecido colaboracionismo”, disseram que o laudo complementar da perita não respondeu às suas indagações (fls. 2.758-2.778, anexos 2.779-2.806; v. 15); os recorridos, ratificando o acerto do laudo pericial (fls. 2.808-2.809; e 2.811-2.815).

Apresentadas as alegações finais (fls. 2.824-2.850 e anexos; 2.860-2.893; e 2.895-2.920; v. 15), foi proferida sentença em 23.05.2005, e o feito extinto com análise de mérito, em decorrência do reconhecimento da prescrição, com base no art. 269, IV, do CPC (fls. 2.922-2.946).

À sentença os recorrentes opuseram embargos de declaração (fls. 2.950-2.968; anexos 2.969-2.986; v. 16), aos quais se negou provimento (fls. 2.988-2.991), e apelação (fls. 2.994-3.026, anexos fls. 3.027-3.442; v. 16, 17 e 18), que, contra-arrazoada (fls. 3.451-3.491 e 3.493-3.512; v. 18), subiu ao TJRJ.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Estadual do Estado do Rio de Janeiro (MPE-RJ) emitiu parecer (fls. 3.518-3.525; v. 19) pela correção da sentença consoante a seguinte ementa:

Pretensão de declaração de nulidade de negócio jurídico de aquisição de empresa concessionária de serviço de rádio e televisão. Prescrição da pretensão para atacá-lo. Relevância da boa-fé no direito brasileiro, assegurando ao agente os efeitos do negócio jurídico, se não ilidida essa presunção. Fato não demonstrado nos autos. Manutenção da decisão.

Logo em seguida, os recorrentes voltaram a se manifestar, juntando, além de cópias de acórdãos proferidos por esta Corte, outras notícias de jornal (fls. 3.527-3.532, anexos 3.533-3.567; v. 19).

Em 16.05.2006, o TJRJ julgou a apelação, proferindo acórdão (fls. 3.583-3.590; v. 19) com a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de ato jurídico. Nulidade de ato de aquisição de cotas de concessão de serviço público. Sentença *a quo* que julgou extinto o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC. Acolhimento da preliminar de prescrição. Apelo ofertado pelos autores. *In casu*, observa-se que os atos de aquisição da sociedade foram praticados nos idos de 1964 e 1975, sendo certo que o prazo prescricional para propor a demanda é de 20 anos. Se a ação indenizatória foi distribuída somente em 2001, prescrito está o direito de ação do demandante. Manutenção do *decisum*.

Recurso conhecido e improvido.

Os recorrentes opuseram embargos de declaração (fls. 3.602-3.610; v. 19), que foram por eles aditado em seguida (fls. 3.612-3.621, anexos 3.622-3.678). O julgamento deu-se em 11.07.2006, e o acórdão (fls. 3.681-3.683) recebeu a ementa a seguir:

Apelação cível. Embargos de declaração. Acórdão que não contém contradição, omissão ou obscuridade. Inocorrência das hipóteses elencadas no art. 535 da Lei Processual Civil, que ensejam a declaração pretendida. Os argumentos trazidos à baila demonstram-se absolutamente inconsistentes, haja vista que tentam rediscutir matéria exaustivamente debatida nos presentes autos, não havendo qualquer defeito no v. acórdão recorrido a ensejar maiores esclarecimentos. Com efeito, os embargos constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento, mas não à sua modificação que, só muito excepcionalmente, é admitida.

Embargos rejeitados.

Os recorrentes interpuseram, então, recurso especial (fls. 3.685-3.735, anexos 3.741-3.797, v. 19 e 20), requerendo a nulificação do acórdão recorrido ou sua reforma para afastar a prescrição lá afirmada e julgar a ação procedente, com base nas alegações de:

Ofensa ao art. 535, I e II, do CPC (fls. 3.691-3.696), afirmando que haveria omissão no acórdão, caracterizada por “ausência de resposta e adequado enfrentamento de questões relevantes suscitadas nos autos”, envolvendo inclusive matéria de ordem pública. Invocaram, além de outros, os acórdãos proferidos por esta Corte nos seguintes julgados: REsp n. 45.955-MG, REsp n. 28.871-RJ, AgRg no Ag n. 67.820-SP, AgRg no Ag n. 63.757-SP, REsp n. 120.240-SP e REsp n. 133.169-SP.

Ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC (fls. 3.696-3.704), dizendo que a decisão seria *extra petita*, na medida em que o voto teria feito menção a “ação objetivando à invalidade de atos jurídicos” (e, por isso, considerado ter havido a consumação da prescrição vintenária), enquanto que o pedido dos recorrentes diria respeito à imprescritibilidade da “ação declaratória de inexistência de ato jurídico” (que assim teria sido mencionada no relatório do acórdão), por carência da declaração de vontade dos vendedores falecidos.

Ofensa ao caput do art. 177 do CCIV1916 e do art. 269, IV do CPC (fls. 3.705-3.711), pois o pedido inicial dos recorrentes diria respeito à declaração de *inexistência* de ato jurídico, mas o acórdão teria entendido que a ação objetivando a *invalidade* de atos jurídicos está prescrita. Em vista disso, pleitearam a reforma do acórdão para afastar a prescrição e determinar a apreciação das demais questões por eles invocadas. Aludem, também, ao disposto no art. 1.316, II, do CCiv1916 e no art. 682, II, do CCiv2002, que prevêem que o mandato cessa com a morte de qualquer das partes, valendo-se de lições de Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira.

Ofensa ao art. 458, II, do CPC (fls. 3.711-3.716), porquanto o “acórdão não analisou as questões de fato e de direito relativas à inexistência dos atos, alegadas em todo o processo, inclusive nos embargos de declaração, para fins de prequestionamento”. Invocam lições de Moacyr Amaral Santos acerca da ausência de motivação ou fundamentação da sentença e trazem o acórdão deste Tribunal sobre “negativa de exibição” de documentos, prolatado no REsp n. 433.711-MS.

Ofensa aos arts. 383, parágrafo único, 358 e 359 do CPC (fls. 3.716-3.722), afirmando que a sentença e o acórdão “deram validade à prova pericial impugnada e a documento apócrifo validade de original, além do que a perícia foi realizada sem documento original”, isso à vista do incidente de falsidade documental suscitado pelos recorrentes. Buscam apoio em lições de Moacyr Amaral Santos e no acórdão deste Tribunal prolatado no REsp n. 45.730-SP.

Divergência jurisprudencial (fls. 3.722-3.735) entre o acórdão recorrido e acórdãos desta Corte e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), no que tange à prescrição da ação declaratória de inexistência de ato jurídico.

O REsp foi contra-arrazoado pela sociedade recorrida (fls. 3.799-3.827; v. 20), que alegou, em preliminar, deficiência de fundamentação (óbice da Súmula n. 284-STF), descabimento do especial por ser inevitável o reexame da matéria fático-probatória (óbice da Súmula n. 7-STJ) e, no mérito: (i) inexistência de violação dos artigos invocados pelos recorrentes, (ii) aplicação do prazo prescricional do art. 256 do Decreto-Lei n. 2.627, de 26.09.1940, sucedido pelo art. 286 da Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (LSA), (iii) adequada realização da perícia, cujas conclusões foram ratificadas pelo assistente técnico indicado pelos recorridos, e (iv) ausência de comprovação da divergência por falta de “demonstração das circunstâncias que identificam e assemelham os casos confrontados” e dissídio inespecífico. À guisa de precedente, invocou o acórdão prolatado no REsp n. 35.230-SP, requerendo o não conhecimento do especial ou seu não provimento.

Também apresentaram contrarrazões os recorridos pessoas físicas (fls. 3.828-3.848; v. 20), nas quais alegaram que não houve violação dos artigos tidos como ofendidos pelos recorrentes e ausência de divergência jurisprudencial, em sintonia com a sociedade recorrida, aduzindo que os mandatos outorgados a Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro foram em causa própria e, por isso, não se extinguem com a morte das partes, nos termos do art. 1.317, I e II, do CCiv1916. Requereram o não provimento do especial.

Enviados os autos ao Ministério Público estadual, este se manifestou, informando não ver interesse que indique sua intervenção no feito (fls. 3.850-3.851; v. 20).

Passou-se ao exame de admissibilidade do recurso especial, o qual foi negativo (fls. 3.853-3.856). Nada obstante, por meio do Agravo de Instrumento n. 862.252-RJ, determinei a subida dos autos do recurso especial para melhor exame da matéria suscitada.

Registro ainda que os recorrentes, após isso, apresentaram outras petições nos autos, solicitando preferência e reiterando termos das anteriores, além de juntarem outras cópias de acórdãos.

Apensos ao presente, encontram-se impugnação ao valor da causa e agravo de instrumento nela interposto, contando-se sete volumes.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A lide objetivou a declaração de inexistência de negócios realizados nas décadas de 60 e 70 do século findo, mais precisamente de “dois contratos-recibos de venda de ações, de 05 de dezembro de 1964 e 23 de julho de 1975”, correspondendo a 52% “do capital social inicial” da Rádio Televisão Paulista S.A. ao Sr. Roberto Marinho.

Esses contratos-recibos teriam sido emitidos por procurador, e as ações vendidas eram de titularidade dos Srs. Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, Hernani Junqueira Ortiz Monteiro, Manoel Vicente da Costa e Manoel Bento da Costa. Contudo, na data dos negócios, em 23.07.1975, alguns dos mandantes já haviam falecido.

A ação objetivou também que fossem considerados “inexistentes, por vício de origem, todos os atos posteriores praticados, com ações ou quotas de capital social, por quem se tornou titular de direitos ou simples procurador”, de modo que “a situação societária da ré, pessoa jurídica, venha a retroagir à data de 05 de dezembro de 1964, assegurando aos acionistas de então todos os direitos, vantagens e benefícios que a participação societária de que eram detentores teria ensejado-lhes”.

Digno de nota é o fato de que a ação declaratória foi proposta somente em 24 de outubro de 2001, pelos *espólios* de Manoel Vicente da Costa, de Hernani Junqueira Ortiz Monteiro, de Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro e de Regina Bertelega da Cunha Mendes Junqueira Ortiz Monteiro, todos representados pela inventariante Regina Marietta Junqueira Ortiz Monteiro, e, além dos espólios, são autoras da ação (ora recorrentes) a própria inventariante e sua irmã Alexandra Georgia Junqueira Ortiz Monteiro Barbosa (filhas do Sr. Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro). A ação foi movida em desfavor de Roberto Marinho (hoje falecido), Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho, José Roberto Marinho e TV Globo Ltda. (recorridos), sucessora da Rádio Televisão Paulista S.A. (sociedade).

Contestando a ação, os recorridos pessoas físicas alegaram que, em 1964, o Sr. Roberto Marinho teria adquirido as ações do filho do Sr. Victor Costa Petraglia Geraldine, que, por sua vez, as teria comprado, em 1955, dos titulares antes listados. O negócio, porém, somente teria sido concretizado posteriormente, em 1975, “reiterando” aquele de 1964, quando, então, foram lavrados os contratos-recibos.

Com as contestações, foram juntadas cópias de documentos que comprovariam a existência e validade dos negócios jurídicos (os ditos “contratos-recibos”), a respeito das quais os recorrentes arguiram falsidade. Instaurado o incidente de falsidade documental, foram solicitados os documentos originais, mas os recorridos informaram não mais possuí-los, pois passados mais de vinte anos de sua lavratura. Os recorrentes, contudo, juntaram cópias dos referidos contratos-recibos, em papel de seda (“folha fina de papel rosa”) produzidas em máquina de datilografia por meio de papel-carbono, contendo sinais manuscritos (datas). Malgrado a oposição dos recorrentes, a perita entendeu possível a realização da perícia por meio dos documentos juntados pelos autores (ora recorrentes), mesmo em face da falta dos originais. O laudo pericial conclui que as cópias foram feitas a partir dos originais, não havendo sinais de montagem. Além disso, pelos manuscritos lançados nas segundas vias, a perita concluiu que as datas e firmas lançadas nas cópias dos contratos-recibos provieram do punho de Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, que os assinara por si e representando os demais vendedores. Os recorrentes contestaram a validade do laudo pericial, apresentando parecer de seu assistente técnico, enquanto que os recorridos ratificaram as conclusões lá contidas, também com base em parecer de assistente técnico. O laudo complementar ratificou as conclusões anteriores do laudo pericial.

Convém mencionar ainda que, na década de 1970, houve dois eventos societários de importância: (i) de um lado, foi promovido aumento de capital da sociedade, o qual fora subscrito pelo Sr. Roberto Marinho; (ii) de outro lado, para regularizar exigência dos órgãos públicos (prova da nacionalidade brasileira), todos os acionistas da Rádio e Televisão Paulista foram convocados para regularizar sua situação para com a sociedade, mas, diante do não atendimento da convocação por alguns deles, a assembléia geral realizada em 1976 decidiu que as ações dos faltosos poderiam ser adquiridas pelos demais, entre os quais o Sr. Roberto Marinho. Lide que contestava a validade dessa assembléia de 1976 já foi apreciada nesta Quarta Turma, por meio do REsp n. 35.230-SP, do qual foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo e cujo acórdão será adiante referido.

Essa é, em resumo, a moldura fático-jurídica posta no presente recurso especial.

I - Omissões e contradições - Fundamentação da decisão - Prequestionamento

Alegam os recorrentes que foi violado o art. 535, I e II, do CPC, pois, no seu entender, haveria omissão no acórdão, caracterizada por “ausência de resposta e adequado enfrentamento de questões relevantes suscitadas nos autos”, em especial: (i) imprescritibilidade da ação declaratória de inexistência de atos jurídicos e (ii) validade de prova pericial realizada sem apresentação de documentos originais. Referiram os arts. 177, *caput*, do Código Civil de 1916 (CCiv1916) e 269, IV, do CPC (base da decisão recorrida) e, além desses, os arts. 128, 383, parágrafo único, 358, 359, 458, II, e 460 do CPC.

Pouco à frente, nas razões do especial, alegam que também o art. 458, II, do CPC teria sido violado, pois o acórdão não teria analisado “as questões de fato e de direito relativas à inexistência dos atos, alegadas em todo o processo, inclusive nos embargos de declaração, para fins de prequestionamento, tais como: (i) “conclusões de que não pode haver locupletamento de quem perpetrou a fraude, após afirmar que o suposto signatário-recorrente compactuou com o teor dos documentos apócrifos”, sendo que o “acórdão não poderia ter ignorado tal questão”; (ii) “o enriquecimento existiu, sim, mas nunca foi dos supostos cedentes, mas do cessionário que construiu parte de seu império pelos singelos trinta e cinco dólares”; (iii) a “sentença, corroborada pelo v. acórdão, subverteu a posição das partes, vendo enriquecimento de um dos parceiros da transação, *mas, estranhamente, daquele cujos sucessores postulam o reconhecimento da inexistência, quando a realidade, com foros de notoriedade, revela exatamente o contrário*”; (iv) a “alegada anterior aquisição do mesmo canal, por parte dos Recorridos” não teria se consumado, “uma vez que não homologada a transferência do controle acionário da emissora pela Presidência da República”; e (v) se um dos recorridos já havia adquirido as ações anteriormente, não precisaria adquiri-las novamente dos recorrentes. Assim, não haveria indicação no acórdão recorrido “das questões de fato e de direito relativas à inexistência dos atos, alegadas no curso do processo”.

Afasto, porém, as alegadas ofensas aos arts. 535, I e II, e 458, II, do CPC, porquanto a Corte de origem examinou e decidiu de modo claro e objetivo as questões que delimitam a controvérsia, não se verificando nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido, que fez suas razões de decidir do juízo de primeiro grau, afirmando, expressamente, que “a r. sentença *a quo* apresenta-se acertada, pois deu à lide a mais adequada solução”.

Esclareça-se que o órgão colegiado não se obriga a repelir todas as alegações expendidas em sede recursal, pois basta que se atenha aos pontos relevantes e

necessários ao deslinde do litígio e adote fundamentos que se mostrem cabíveis à prolação do julgado, ainda que suas conclusões não mereçam a concordância das partes.

A propósito, esta Quarta Turma já decidiu que:

Processo Civil e falimentar. [...].

1. Inexiste violação dos arts. 458 e 535 do CPC se o acórdão recorrido, não obstante conciso, examina as questões havidas como necessárias ao desate da lide, com a exposição dos elementos e premissas jurídicas que ensejaram as conclusões ali firmadas.

[...]. (REsp n. 538.815-SP, por mim relatado; j. em 19.05.2009; DJe 1º.06.2009.)

Agravo regimental. [...].

1 - Refoge à competência deste STJ, a quem a Carta Política (art. 105, III) confia a tarefa de unificação do direito federal, apreciar violação de dispositivo constitucional.

2 - Consoante entendimento pacificado desta Corte, o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado e exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

[...]. (AgRg no Ag n. 1.032.297-PB, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves; j. em 02.04.2009; DJe 20.04.2009.)

No mesmo sentido, vem o recente acórdão da Primeira Seção desta Corte:

Processo Civil. [...].

1. O acórdão suficientemente fundamentado que não aborda todas as teses jurídicas e artigos de lei invocados pela parte não viola o disposto nos artigos 458 e 535, do CPC.

[...]. (REsp n. 1.102.575-MG, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 23.09.2009, DJe 1º.10.2009).

Não vejo, pois, nem omissão, nem contradição na decisão recorrida, que está suficientemente fundamentada, e tenho por afastadas as alegadas ofensas aos artigos citados.

Aduzo, neste passo, que as normas impugnadas no recurso especial estão, todas, prequestionadas, de modo que, neste feito, não se impõe o óbice das

Súmulas n. 282 e n. 356 do STF, o que me permite dar continuidade ao julgamento das outras alegadas ofensas a leis federais.

II - Qualificação jurídica dos fatos - *Jura novit curia - Da mihi facto dabo tibi jus*

Dizem os recorrentes que teria havido decisão *extra petita*, uma vez que, a seu ver, a decisão recorrida deu tratamento de *nulidade* a atos em relação aos quais pretendiam a declaração de *inexistência*, invocando o disposto nos arts. 128 e 460 do CPC, que a seguir transcrevo:

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. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

A inexistência ou nulidade dos atos impugnados pelos recorrentes, assim como sua imprescritibilidade ou prescritibilidade são matérias de fundo do recurso especial e delas me ocuparei à frente. Aqui, a questão é saber se o julgamento, por ter apreciado a questão sob o enfoque da nulidade, teria sido *extra petita* e, neste ponto, não tenho dúvida em afirmar que tal não se dá quando a qualificação jurídica adotada na sentença e confirmada no acórdão difere daquela apontada pelos autores recorrentes.

Essa questão não é nova e já o e. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmara que, “segundo o princípio consagrado nos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes adequado enquadramento legal” (REsp n. 148.894-MG, Quarta Turma, j. em 02.09.1999, DJ de 18.10.1999).

Nesse sentido, tive a oportunidade de proferir voto nesta Turma, no julgamento do REsp que abaixo indico:

Processual Civil. Divergência jurisprudencial. Pressupostos. Arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ. Decisão *extra petita*. Não-ocorrência. Art. 128 do CPC. Ausência de ofensa. Princípios *jura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*.

1. A não-demonstração, mediante o devido cotejo analítico, da existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicados no acórdão recorrido e nos arestos paradigmas implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial, a teor dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ.

2. É inexeqüível o alcance da divergência sob o enfoque de contrariedade ao art. 128 do CPC, porquanto aferir a ocorrência ou não de sobreposição aos limites fixados no referido preceito envolve juízo que, justamente por depender das especificidades inerentes a cada conflito de interesses, deve se restringir ao caso concreto.

3. Dirimidas, fundamentadamente, as questões suscitadas pelas partes e nos limites em que circunscrita a demanda, não há por que cogitar de julgamento *extra petita* nem de ofensa ao art. 128 do Código de Processo Civil.

4. Com base nos fatos narrados pela parte na peça preambular, *cabe ao magistrado atribuir a qualificação jurídica que tenha correspondência à solução do litígio diante do princípio jura novit curia, pelo qual se pressupõe o seu conhecimento do direito, cuja relevância reflete postulado de igual matiz: da mihi factum dabo tibi jus (exponha o fato e direi o direito).*

5. Recurso especial não-conhecido.

VOTO

[...]

Evidenciado, pois, que o Tribunal *a quo* dirimiu, fundamentadamente, as questões suscitadas pela parte autora e nos limites em que circunscrita a demanda, não há por que cogitar de julgamento *extra petita* nem de ofensa ao art. 128 do Código de Processo Civil, como implicitamente sugerido nesta via recursal.

Ora, uma coisa é extrapolar as balizas objetivas e o pedido formulado na peça preambular; coisa diversa, entretanto, é visualizar a pretensão autoral e, ao recepcioná-la, conferir aos litigantes a requerida prestação jurisdicional, motivando o ato decisório em normas que apresentam idoneidade bastante para dar solução ao litígio.

Não é novidade dizer que, tanto nas lições doutrinárias quanto nas diretrizes jurisprudenciais, cabe ao magistrado, com base nos fatos narrados pela parte, atribuir a qualificação jurídica que a eles tenha correspondência diante do princípio *jura novit cura*, pelo qual se pressupõe o seu conhecimento do direito, cuja relevância reflete postulado de igual matiz: *da mihi factum dabo tibi jus* (exponha o fato e direi o direito).

A propósito da matéria, dou destaque ao precedente desta Corte abaixo:

Processo Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Não indicação expressa do enquadramento legal dos motivos da rescisão. Aplicação dos princípios do “*jura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi jus*”- art. 485, V, do CPC.

1 - *In casu*, o autor não indicou precisamente na exordial qual inciso estava fundamentada a rescisória, contudo deixou claro que a razão para rescindir a decisão de mérito fundou-se em violação literal de disposição de lei, ou seja, no inciso V do art. 485, do CPC.

2 - Não se pode deixar que um rigor processual implique na supressão de um direito. Aplica-se ao caso *sub judice*, os conceitos do “*jura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, sendo certo que a não indicação pelo autor do dispositivo aplicável, não obsta ao bom êxito da ação, desde que os fatos narrados mostrem-se claros à aplicação dos fundamentos jurídicos.

3 - Recurso conhecido e provido para, anulando o v. acórdão *a quo*, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que este aprecie o mérito da ação rescisória. (REsp n. 352.838-SE, Quinta Turma, relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 16.06.2003).

Ante o exposto, *não conheço do recurso especial*. (REsp n. 972.849-RN, j. em 28.10.2008, DJe 10.11.2008; sublinhei).

No mesmo sentido, encontro muitos outros acórdãos proferidos por esta Quarta Turma (p.ex.: AgRg no REsp n. 1.003.411-RS, rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, j. em 17.02.2009, DJe 06.04.2009; e AgRg no REsp n. 968.097-SP, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. em 26.08.2008, DJe 13.0.2008) e por outras Turmas deste Tribunal (p.ex.: AgRg no Ag n. 1.065.602-MG, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 30.10.2008, DJe 19.12.2008; AgRg no REsp n. 972.349-MG, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 06.03.2008, DJe 18.03.2008; REsp n. 642.094-RS, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 04.09.2007, DJ 24.09.2007), podendo-se afirmar que se trata de orientação pacífica da Corte.

Não vejo, dessa feita, ofensa aos indigitados arts. 128 e 460 do CPC.

III - Reprodução mecânica e exibição de documento particular

Para esgotar as questões de índole processual, inverto a ordem dos dispositivos tidos por ofendidos pelos recorrentes e passo a analisar a arguição de violação dos arts. 383, 358 e 359 do CPC. Afirmam eles que a sentença e o acórdão “deram validade à prova pericial impugnada e a documento apócrifo validade de original, além do que a perícia foi realizada sem documento

original”, isso à vista do incidente de falsidade documental por eles suscitado. Aduziram que “a inexistência de negócio jurídico não poderia ser provada por prova pericial, pois não se trata de algo físico, material. A inexistência de ato jurídico revela-se por ter faltado a *vontade*, que é da essência do negócio e, pois, requisito fundamental, sem a qual o negócio juridicamente não existe”. Ademais, tratar-se-ia de “documento cuja existência foi questionada, tanto com relação às assinaturas, como à montagem que teria sofrido”, e a prova pericial deveria ter sido realizada “sobre documento original que os Recorridos alegam ter perdido, e não em meras cópias”. Repetem que “as cópias reprográficas não são cópias dos originais e nem cópias fiéis dos documentos apresentados pelos Autores Recorrentes, razão pela qual não resta dúvida que houve sim montagem na produção dos documentos apresentados pelos Recorridos”, sendo que, em ao menos uma cópia apresentada pelos recorrentes “há vírgula datilografada”, diferentemente do documento apresentado pelos recorridos, em que há “uma vírgula manuscrita”.

Dito isso, começo verificando que a tese defendida pelos recorrentes, neste ponto, funda-se, primordialmente, (i) no fato, repetidamente referido, de que a perícia realizou-se em fotocópias de documentos originais, (ii) sendo que estes não foram apresentados pelos recorridos. Esses fatos são incontestes, mas os recorrentes lhes deram interpretação toda própria, buscando extrair consequências que, em verdade, não correspondem à realidade processual. Adianto, pois, que não localizo violação alguma dos dispositivos citados neste tópico, mas passo a analisar seus diversos desdobramentos.

III. a) Produção de prova mediante reprodução mecânica de documentos particulares - Perícia realizada

Diz o art. 383 do CPC:

Art. 383. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

Verifica-se que o *caput* do art. 383 do CPC expressamente admite prova realizada por meio de reproduções mecânicas de documentos particulares - como as fotocópias -, mas, *no caput*, sujeita sua eficácia probatória à admissão

de conformidade pela parte contra quem produzida, cabendo-lhe manifestar-se no prazo previsto em lei, pois se presume, “com o silêncio, que o tem por verdadeiro” (CPC, art. 372, *caput*, última parte). Se a contraparte, no entanto, impugna a autenticidade da reprodução mecânica, determina o parágrafo único do mesmo art. 383 que o juiz ordene a realização de exame pericial.

No caso presente, tendo os recorridos apresentado fotocópias de documentos (os ditos contratos-recibos e outros) com sua contestação, os recorrentes contestaram sua autenticidade e suscitaram incidente de falsidade. Em razão disso, o juízo singular determinou a realização de perícia, exatamente como manda o parágrafo único do art. 383 do CPC, valendo aduzir que a dicção do mencionado dispositivo da lei adjetiva não autoriza concluir que o único exame pericial válido de fotocópia seja aquele feito a partir do original.

Assim, inexistiu violação do art. 383 do CPC, que, contrariamente ao que afirmam os recorrentes, foi estritamente observado, sendo irrelevante, nesse contexto, que a perícia tenha sido desfavorável à tese dos recorrentes.

III. b) Transcurso do prazo prescricional - Recusa legítima

Já os dois outros artigos da lei adjetiva tidos como violados têm a seguinte redação:

Art. 358. O juiz não admitirá a recusa:

I - se o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

III - se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II - se a recusa for havida por ilegítima.

Cumprido fixar, de plano, que a falta de exibição que dá ensejo à sanção do *caput* do art. 359 do CPC - admitir como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar por meio do documento - é a que decorre de recusa “havida por ilegítima”. É o que se depreende inclusive do acórdão desta Quarta Turma, relatado pelo i. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, trazido à colação pelos próprios recorrentes e cuja ementa a seguir transcrevo:

Processo Civil. Usucapião. Cópia de contrato de locação juntada com a contestação. Incidente de falsidade cumulado com exibição de documento. Não apresentação do original do instrumento contratual. CPC, arts. 359 e 392. Recurso provido.

I - Suscitado incidente de falsidade material de instrumento de contrato, cumpre seja trazido aos autos o respectivo original para sujeição a exame pericial, afigurando-se inservível, para esse efeito, *sem justificativa legítima*, a apresentação de cópia, ainda que autenticada e registrada.

II - *A não exibição do original, sem que oferecida pela parte intimada a fazê-lo recusa justificada*, conduz ao reconhecimento da ineficácia instrutória do documento inquinado de falso, com a conseqüente inadmissibilidade de sua utilização como elemento de prova e convicção. (REsp n. 45.730, j. em 09.08.1995, DJ de 11.09.1995; sublinhei.)

A contrario sensu, *se a recusa for havida por legítima*, não há incidência da referida sanção, como se vê do acórdão à frente citado, também desta Turma, da relatoria do e. Ministro Fernando Gonçalves, cujas lições, embora proferidas em situação diversa, aproveitam ao presente caso:

Processual Civil. [...].

1. [...].

2. A inércia da recorrida frente à simples realização de pedido administrativo de exibição de documentos, sem a comprovação do pagamento da taxa legalmente prevista (art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/1976), *não caracteriza a recusa no fornecimento das informações desejadas*.

3. *Não é possível obrigar a recorrida a entregar documentos sem a contrapartida da taxa a que tem direito por força de lei*.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 954.508-RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 28.08.2007, DJe 29.09.2008; grifei.)

Dito isso, é inconteste que os originais dos documentos apresentados por fotocópia não foram juntados aos autos. Segundo os recorrentes, isso se deu porque “os recorridos se negaram a exhibir, alegando que não os possuíam” (fl. 3.721). Entretanto, a esse respeito, disseram os recorridos espólio de Roberto Marinho e Outros, em suas contrarrazões ao especial:

34. Inconformam-se os recorrentes quanto à validação da sentença pelo acórdão recorrido no que tange à prova pericial impugnada, porque realizada em

cópias reprográficas de documentos e não em seu original, o que contrariaria o disposto nos artigos suso referidos.

35. O inconformismo dos recorrentes é curioso, ou melhor, de extrema má-fé. Na verdade, quando lhes conveio, acostaram à petição inicial os mesmos documentos trazidos com a contestação, só que sem a assinatura de quem os produziu, ou seja, de Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, autor de um dos espólios recorrentes. Quando os recorridos apresentaram cópias idênticas, mas com a assinatura do retro aludido senhor, então passaram a considerar que, sendo em cópias reprográficas, não se prestariam a ser periciados. E pior, quiseram que os recorridos, quase quatro décadas após haverem sido elaborados e assinados tais documentos, apresentassem os originais nos autos! Esqueceram-se, de modo propositado os recorrentes, que ninguém está obrigado por lei a guardar indefinidamente os documentos que lhe pertinem. Ou será que ignoram que devem fazê-lo, até que as obrigações neles contidas prescrevam? (fls. 3.842-3.843; sublinhas do original.)

Sem contradita, a parte não pode se escusar de, nos termos da lei, exhibir os documentos que comprovem a realização de atos e negócios jurídicos, *enquanto não prescritas as pretensões deles decorrentes*, sob pena de incidir na sanção do art. 359 do CPC. É nesse sentido, a jurisprudência pacífica desta Corte, como se pode ver dos seguintes acórdãos:

Agravo regimental. [...].

1. Tratando-se de documento comum às partes, não se admite a recusa de exhibi-lo, notadamente quando a instituição recorrente tem a obrigação de mantê-lo *enquanto não prescrita eventual ação sobre ele*.

2. [...].

Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 554.823-RS, rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 1º.09.2005, DJ 17.10.2005; sublinhei. No mesmo sentido e da mesma Turma: AgRg no Ag n. 578.536-RS, mesmo relator, j. em 23.08.2005, DJ 10.10.2005.)

Agravo de instrumento. [...].

1. A partir da interpretação do art. 358, II, do CPC, *não se admite a recusa da CEEE quanto à exibição de documento comum às partes litigantes antes de consumado o prazo prescricional de vinte anos*, incidente na hipótese, por se tratar de sociedade de economia mista, concessionária de serviço público. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 538.002-RS, rel. Ministro Paulo Furtado, Terceira Turma, j. em 24.03.2009, DJe 14.04.2009; sublinhei. No mesmo sentido e da mesma Turma: AgRg n. 973.081-RS, rel. Ministro Massami Uyeda, j. em 13.05.2008, DJe 02.06.2008.)

Vale atentar que as decisões acima vêm ao encontro do disposto no Código Civil de 2002 (CCiv2002), que foi expresso ao fixar, para os empresários, o dever de conservação dos documentos concernentes à atividade empresarial enquanto não findos os prazos prescricionais ou decadenciais a eles concernentes, nos seguintes termos:

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.

Tal comando legal não é novo e já o revogado Código Comercial de 1850 (CCom) dispunha no mesmo sentido, ainda que não se referisse ao prazo decadencial:

Art. 10 - Todos os comerciantes são obrigados:

[...];

3 - a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondências e mais papéis pertencentes ao giro do seu comércio, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas (Título. XVII);

[...].

Não localizei disposição similar em relação às pessoas físicas, nem tampouco às pessoas jurídicas não empresárias. Porém, parece-me natural que, se do empresário e da sociedade empresária somente é exigido que conservem os documentos de sua atividade “enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados”, *maior rigor não pode ser imposto às pessoas físicas não empresárias*. Isso porque a atividade empresarial carrega para os empresários e para as sociedades empresárias uma série de normas mais rígidas do que aquelas aplicadas aos indivíduos (e também a algumas pessoas jurídicas não empresárias), pois visam à proteção daqueles que com elas se relacionam (clientes, fornecedores, empregados, fisco etc.). Em função disso, tenho para mim que tanto o revogado art. 10, n. 03, do CCom quanto o art. 1.194 do CCiv2002 exprimem regra que não se restringe às pessoas a que se referem (comerciantes, empresários e sociedades empresárias), mas princípio aplicável a todos aqueles que se encontrem na mesma situação (pessoas físicas, sociedades não empresárias, associações, fundações etc.).

Impõe-se, destarte, a aplicação analógica (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º) dos citados dispositivos às pessoas físicas (e também às pessoas jurídicas não empresárias), de modo que elas, de igual modo, obrigam-se a conservar os documentos representativos de negócios e atos jurídicos enquanto não prescritas as pretensões ou caducos os direitos deles decorrentes.

Esse princípio comporta uma consequência lógica inafastável, que pode ser expressa pela seguinte fórmula: *ocorrida a prescrição ou a decadência, não mais sobrevive o dever de guarda de documentos*. De fato, se o dever de conservação de documentos sujeita-se ao limite temporal correspondente aos prazos prescricionais ou decadenciais, findo estes, extingue-se aquele, de modo que não pode ser exigida da parte sua exibição. Vou um pouco além nesse raciocínio para concluir que exigir a exibição de instrumentos originais ou outros documentos contemporâneos da feitura de atos e negócios jurídicos já prescritos ou caducos seria impor à parte obrigação juridicamente impossível, *sendo legítima a recusa de exibição fundada no transcurso do prazo prescricional ou decadencial*.

III. c) Outras considerações

Acrescento - embora fosse até desnecessário diante do quanto já expus - que é totalmente descabida a afirmação dos recorrentes de que “a inexistência de negócio jurídico não poderia ser provada por prova pericial, pois não se trata de algo físico, material”.

Em primeiro lugar, a prova pericial, no caso dos autos, foi resultado do incidente de falsidade documental arguido pelos próprios recorrentes, que diziam que as cópias dos “contratos-recibos” apresentadas pelos recorridos continham assinaturas falsas e eram fruto de montagem. Ou seja, a finalidade da perícia não era verificar se os atos de transferência de ações eram existentes ou inexistentes, mas examinar se documentos juntados pelas partes aos autos, como prova de realização do negócio, eram falsos ou verdadeiros. Como a conclusão da perícia - que, lembre-se, foi realizada também com base nos documentos juntados pelos autores-recorrentes - foi no sentido da ausência de montagem e de serem verdadeiras as assinaturas lançadas nos documentos, resultou totalmente contrária à pretensão dos recorrentes. Isso, porém, não os autoriza a dizer que os atos inexistentes são insuscetíveis de prova pericial.

Em segundo lugar, um ato ou negócio inexistente, no mundo jurídico, não necessariamente deixa de existir no mundo dos fatos. Excluindo as hipóteses em que nada se deu no mundo fático (embora mesmo isso possa ter conotação

jurídica, se se trata de omissão), o que torna um ato ou negócio inexistente para o Direito é a insuficiência do seu suporte fático para que possa ser considerado ato ou negócio *jurídico*; não se trata, contudo, de pura abstração ou de objeto da imaginação humana: é algo físico, material, real e, pois, existente no mundo fático, mas insuficiente para ter existência no mundo jurídico. Assim, tendo algo se dado no mundo dos fatos, é cabível a perícia para verificar se estão presentes os elementos que o tornam ato ou negócio jurídico, ainda que deficiente.

No mais, as alegações dos recorrentes referem-se a aspectos fático-probatórios, impossíveis de serem analisados em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

III. d) Conclusão do tópico

Em razão do exposto, tenho por afastadas as alegadas ofensas aos arts. 383, parágrafo único, 358 e 359 do CPC.

IV - Prescrição - Extinção da ação com resolução de mérito

IV. a) Argumentos dos recorrentes e contra-argumentos dos recorridos

Conforme já deduzi no relatório, os recorrentes alegaram ofensa ao *caput* do art. 177 do CCiv1916 e do art. 269, IV, do CPC, pleiteando a reforma do acórdão para afastar a prescrição e determinar a apreciação das demais questões por eles invocadas. Por se tratar do mérito do especial, peço vênias para trazer os principais argumentos e contra-argumentos das partes no que tange a esse tema.

A argumentação dos recorrentes funda-se, basicamente, na afirmação de que “a ação proposta é a ação declaratória de inexistência de ato jurídico que é imprescritível” e de que sua postulação fora “clara no sentido de dizer *não existem os atos de aquisição* praticados em 1964 e 1975, bem como os demais atos sempre relacionados por sucessão àqueles primeiros, todos eles havendo sido contaminados pelo ato original” (fl. 3.705; v. 19; grifos do original). E continuam:

Aquilo que não existe não pode, nem com o passar do tempo, ser convalidado, porque não nasceu. No caso em tela, os negócios praticados com a procuração outorgada por pessoas falecidas, até em vista da idade, são inexistentes, uma vez que não houve manifestação de vontade desses falecidos, ainda que exteriorizada por quem teria sido seu procurador. Para tanto, basta ater-se ao teor do artigo 1.316, inciso II, do Código Civil de 1916 (artigo 682,

inciso II, do Código Civil de 2002), quando aquele prevê que cessa o mandato pela morte de qualquer das partes.

[...]

Portanto, não se pode entender como manifestado o consenso, ou seja, emitido um ato de vontade, elemento indispensável à natureza do contrato que se discute, se quem o fez agiu como simples procurador de um falecido.

Cuidou-se, pois, de um negócio não anulável, sequer nulo, mas verdadeiramente *inexistente*, por falta de manifestação de vontade, um de seus elementos essenciais.

[...].

Na hipótese dos autos, a inexistência é manifesta, dado ter faltado a vontade dos cedentes falecidos à época. A vontade não foi declarada, o ato jurídico não se praticou, não se oferecendo oportunidade para discutir acerca de sua validade ou não, de vez que não se questiona a validade do inexistente.

Acrescente-se a isso que, da mesma forma, ficou comprometido também o negócio realizado por suposto procurador da pessoa viva, de vez que se verificaram, em um mesmo ato, todas as citadas transações, não havendo como validar somente uma parte delas, quando comprometidas as demais, encartadas no mesmo documento. Se a disposição restava viciada do ponto de vista material e também formal, essa mácula atinge a todos os negócios contidos no mesmo acerto, não subsistindo qualquer deles.

Se inexistente era o contrato, não pode o mesmo, por seu turno, ser convalidado por qualquer modalidade de ajuste posterior, muito menos, ainda, por conta do mero transcurso do tempo, já que não há como sanar o que não existe. Precisaria, pois, o negócio ser criado, *efetivamente criado*, mas para isso se reclama a idônea manifestação de vontade de quem poderia com sua atuação criar, modificar ou extinguir o seu próprio direito, o que, na hipótese em tela, restou inviabilizado, definitivamente.

Não há, por completo, a possibilidade de invocar-se os instrumentos de convalidação, nem a prescrição, que colocaria um limite temporal para ser este enfrentado em juízo, limite temporal que não pode existir porque, antes disso, inexistente o que ser sanado ou superado.

[...].

Assim, evidente que o v. acórdão recorrido, ao decidir que a ação estaria prescrita, violou flagrantemente o art. 177 do Código Civil de 1916, pois aplicou a disposição a ato inexistente que é imprescritível. (fls. 3.706-3.711; v. 19; grifos do original.)

A propósito desse tema, a sociedade recorrida contra-arrazoou dizendo, *litteris*:

45- Como visto, restou bem consignado na sentença mantida pelo acórdão recorrido, que o pleito formulado pelos recorrentes não atendeu “com perfeição ao ordenamento processual civil, posto que deixam de indicar de forma exata e precisa quais são especificamente os atos inquinados de mácula” (fl. 2.932).

46- Na verdade, o que pretendem os recorrentes é que sejam declaradas inexistentes as *assembléias gerais extraordinárias realizadas em 05 de dezembro de 1964 e 23 de julho de 1973* envolvendo a transferência de ações para o Sr. Roberto Marinho (hoje representado por seu espólio), requerendo, igualmente, “*sejam considerados inexistentes, por vício de origem, todos os atos posteriores praticados*” (fls. 27). Isto, com base na suposta falsidade dos documentos que ratificaram as ditas operações.

47- Contudo, tal tese restou fadada ao insucesso vez que *a perícia concluiu pela autenticidade dos documentos em discussão, não podendo os atos praticados, data venia, serem considerados nulos ou inexistentes, restando claro se tratar de uma demanda vazia e temerária.*

[...]

49- Assim, sob qualquer prisma que se examinasse a questão, seja pela aplicação do Código Civil, prescrição vintenária, art. 177, seja pelo Decreto-Lei n. 2.627/1940, art. 156, ou pela Lei n. 6.404/1976, art. 286, *a ação encontra-se prescrita!* Não foi por outro motivo que restou consignado na sentença, mantida pelo acórdão recorrido, acertadamente que:

[...]

51- Mas não é só. Sobre o tema em questão é imperioso destacar o entendimento consubstanciado no julgamento do Recurso Especial n. 35.230-0-SP, de relatoria do Eminentíssimo Ministro *Sálvio de Figueiredo*, do qual, como bem asseverado na sentença, “*não deve este juízo se afastar*” (fls. 2.940), assim ementado, *verbis*:

[...]

53- Daí porque inexistente a ofensa aos artigos 177 do Código Civil de 1916 e do artigo 269 do Código de Processo Civil, sendo, destarte, inaplicável a tese sustentada no presente recurso, cujo desprovimento, *data venia*, é medida que se impõe. (fl. 3.811-3.818; v. 20; grifos do original.)

Por igual linha, seguiram as pessoas físicas recorrentes que, em suas contrarrazões ao especial, argumentaram, *in verbis*:

8. *Embora o pedido formulado pelos recorrentes na peça vestibular do feito tenha sido travestido de “declaração de inexistência de atos jurídicos, era, sem sombra de dúvida, de desconstituição de ato jurídico, uma vez que, como reconhecido e declarado na douta sentença e no v. acórdão que a confirmou, os dois atos questionados pelos recorrentes existiram e não estavam ab ovo impedidos de serem validamente realizados.*

9. Para dar a impressão de que tal impedimento existia, os recorrentes, na peça exordial do feito, *sonegaram ao Magistrado singular* importante e decisivo fato quanto à propriedade das ações vertentes, que colocava por terra, como efetivamente colocou, sua espúria pretensão. Esse fato, qual seja, [...].

[...].

12. Duas erronias devem ser apontadas na assertiva dos recorrentes, acima reproduzida: a primeira consiste em que as ações em causa já haviam sido vendidas, como acima exposto, por Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro e seus irmão, cunhados e concunhado a Victor Costa Petraglia Geraldine, em 25 de maio de 1955. Assim, independentemente de haver sido realizada a transferência dessas ações nos livros da sociedade ou de a transferência ter sido autorizada pela autoridade competente, *entre as partes o negócio estava perfeito e acabado*, podendo, apenas, não produzir efeitos em relação a terceiros enquanto tais atos não fossem concluídos.

13. É de ressaltar, também, que no instrumento de venda das 15.099 ações da Rádio Televisão Paulista feita por Oswaldo J. Ortiz Monteiro e seus parentes a Victor Costa, em 1955, ficou expressamente consignado que Oswaldo J. Ortiz Monteiro estava liberado de prestar contas a seus parentes, a quem representava, ficando claro que *o mandato que estes lhe haviam outorgado era em causa própria*.

[...]

21. A manobra dos recorrentes, no entanto, foi posta a nu na contestação dos recorridos, que a ela acostaram os mesmos recibos, em cópia reprográfica, assinados por ninguém menos que Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro [...], fato que, em novo lance de inusitada audácia, deu azo a que os recorrentes arguissem incidente de falsidade, com que tentaram infirmar a veracidade desses documentos e da assinatura de Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro. Levados à perícia documentoscópica, a perita nomeada pelo juízo concluiu não apenas pela veracidade dos documentos, como, enfaticamente, asseverou que a assinatura neles aposta, sem a menor possibilidade de dúvida, era do punho de Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, o que desmontou a farsa que os recorrentes tentaram empreender.

22. À vista de tais fatos, examinados percucientemente pela sentença e pelo v. acórdão recorrido, concluíram ambos que o primeiro ato inquinado de inexistente existiu e foi válido, em razão do que a hipótese seria de sua eventual anulabilidade e não de inexistência.

[...]

24. O segundo ato, atinente à Assembléia Geral Extraordinária dos acionistas da Rádio Televisão Paulista S/A, realizada em 10 de fevereiro de 1965, em que foi deliberado o aumento de capital dessa empresa, mediante a capitalização dos créditos que Roberto Marinho possuía em decorrência de empréstimos que fizera, também não poderia jamais, ser considerado inexistente, como

pretendem os recorrentes, ainda quando, segundo alegam, houvesse constado na ata respectiva, irregularmente, a presença de um dos autores de espólio ora recorrente, qual fosse, Manoel Bento da Costa, já falecido [sic]. É evidente que, nesse caso, a assembléia indigitada não seria nula, mas, tão-somente, a participação do acionista ausente e o respectivo voto prolatado, o que, *in casu*, em nada afetaria a deliberação tomada de aumentar o capital social na forma suso mencionada.

25. Desse modo, a hipótese não seria de inexistência do ato, mas, tão somente, de sua anulabilidade, o que enseja a aplicação do instituto da prescrição. E esta, quer pelo art. 156 do Dec.-Lei n. 2.657/1940, como pelo art. 286 da Lei n. 6.404/1976, já se operara quase quatro décadas antes da propositura desta ação, como, de forma acertadíssima, declararam a sentença e o v. acórdão recorrido. (fls. 3.831-3.840; v. 20; grifos do original.)

IV. b) Impossibilidade de análise de questões fático-probatórias

Antes de prosseguir, faço notar que os recorrentes e recorridos utilizam-se de uma série de argumentos e contra-argumentos de natureza nitidamente fático-probatória, alheios, portanto, à competência desta Corte. Dessa espécie, são as alegações a respeito de negócios que teriam sido realizados em 1955, envolvendo terceiros que não são parte na ação, os quais teriam originado aqueles concluídos em 1964 e 1975, como também a argumentação que visa a afirmar ou infirmar as conclusões da perícia documental, uma vez arredada, conforme acima visto, a suposta ofensa aos arts. 383, parágrafo único, 358 e 359 do CPC, além de outras que dizem respeito à realização de assembléias gerais.

Em todas as situações dessa natureza, impõe-se, como é cediço, o Enunciado da Súmula n. 7-STJ.

IV. c) Impossibilidade de reexaminar a existência ou inexistência dos negócios jurídicos de transferência de ações

Dentre todos os argumentos e contra-argumentos de índole fática importa destacar aquele utilizado pelos recorrentes de que teria havido cessação dos mandatos pela morte dos outorgantes, à vista do disposto no art. 1.316, II, do CCiv1916 (atual art. 682 do CCiv2002): “cessa o mandato [...] pela morte, ou interdição de uma das partes”. Sobre esse argumento repousa a tese dos recorrentes de que os negócios jurídicos de transferência de ações não existiriam, pois, extinto o mandato, não teria havido manifestação de vontade dos alienantes, que é um dos seus elementos essenciais. Os recorridos, contudo,

contra-argumentaram, dizendo que os mandatos foram outorgados em causa própria e, portanto, seriam irrevogáveis e aptos à conclusão dos negócios de transferência de ações.

Realmente, o mandato, de ordinário, cessa com a morte do outorgante; não se extingue, porém, se foi outorgado em causa própria e em outras hipóteses previstas em lei (CCiv1916, art. 1.317, I; CCiv2002, art. 685).

Contudo, tanto o argumento quanto o contra-argumento são deduzidos em bases fáticas (ocorrência da morte e seu momento; outorga de mandato em causa própria, ou não; etc.) e sua comprovação ou refutação demandaria revolver fatos e provas e, além disso, impor a interpretação de cláusulas contratuais, o que é impossível nesta esfera de decisão, a teor das Súmulas n. 5 e n. 7 desta Corte.

Diante disso e apesar do inconformismo dos recorrentes, não há como rever a conclusão de que os negócios jurídicos de transferência das ações *existiram*, conclusão essa uniformemente acatada pelas instâncias ordinárias, presentes os princípios *jura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*, aos quais acima me referi, quando entendi não ocorrente nenhuma violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

IV. d) Prescrição de pretensões condenatórias e constitutivas deduzidas de ato nulo

Fixados os limites além dos quais não pode ir esta Corte, resta-me analisar os dispositivos que, no mérito, foram tidos como ofendidos pelos recorrentes, a saber:

CCiv1916: Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas. (Redação dada pela Lei n. 2.437, de 07.03.1955)

CPC: Art. 269. Haverá resolução de mérito:

[...]

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

[...].

Nesse ponto, não parece haver dúvida de que a ação declaratória, em si mesma considerada, é imprescritível, pois a parte tem o direito de ver aclarada

determinada situação de seu interesse. Entretanto, diversamente ocorre em relação às pretensões condenatórias ou constitutivas dedutíveis do ato inválido.

Em decisão escoteira da Segunda Turma desta Corte, o Ministro Ilmar Galvão - apreciando ação de funcionários públicos do Estado de São Paulo que pretendiam direito à promoção horizontal, prevista em leis complementares estaduais, com conseqüente condenação da Fazenda ao pagamento de eventuais diferenças — decidiu que, sendo a “ação declaratória, quanto à primeira parte, é insuscetível, por isso, de ser atingida pela prescrição”; a pretensão “condenatória, entretanto, quanto ao pagamento de diferenças de vencimentos” sujeita-se ao prazo previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910, de 06.01.1932 (REsp n. 4.332-SP, j. em 19.09.1990, DJ 09.10.1990). Seguiram-se outras decisões no mesmo sentido, como o seguinte julgado, também da Segunda Turma:

Recurso especial. [...].

- [...].

- *A ação meramente declaratória, em tese, é imprescritível; mas, uma vez consumada a prescrição do direito material decorrente da mesma relação jurídica, falece o interesse de agir no tocante ao caráter declaratório.*

- [...].

- Recurso não conhecido. (REsp n. 10.562-PR, rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, j. em 27.05.1992, DJ 07.12.1992; grifei.)

Logo em seguida, a Primeira Seção deste Tribunal, em 1993, decidiu que a ação declaratória é “insuscetível de ser atingida pela prescrição”, mas não a “pretensão condenatória” dela decorrente (EREsp n. 7.593-SP, rel. Ministro José de Jesus Filho, Primeira Seção, j. em 14.12.1993, DJ 21.02.1994), restando pacificamente assentado que a “ação declaratória pura é imprescritível, mas quando ela é também condenatória-constitutiva, está sujeita à prescrição” (EREsp n. 235.364-AL, rel. Ministro Garcia Vieira, j. em 26.06.2002, DJ. 19.08.2002; no mesmo sentido: EREsp n. 233.678-AL, j. em 26.09.2001, DJ 28.04.2003; e EREsp n. 96.560-AL, j. em 23.04.2003, DJ 25.02.2004, ambos relatados pela Ministra Eliana Calmon) e que “não há que se confundir a imprescritibilidade da ação declaratória com os efeitos da prescrição da ação contendo, com base no preceito criado pela ação declaratória, pretensão condenatória” (EDcl nos EDcl no REsp n. 444.825-PR, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. em 08.11.2005, DJ 1º.02.2006).

Igual orientação foi adotada por esta Quarta Turma, como se vê de acórdão em que foi relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa e cuja a ementa é a seguinte:

Recurso especial. Civil. [...].

[...].

3. O Tribunal Estadual manteve-se nos exatos limites da questão da prescritibilidade, ou não, da pretensão de reconhecimento da nulidade do negócio jurídico entabulado, mantendo-se silente sobre qualquer outra matéria. Não obstante, ainda que se trate de questão chamada de "ordem pública", isto é, nulidade absoluta - passível, segundo respeitável doutrina, de conhecimento a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição -, este Tribunal Superior já cristalizou seu entendimento pela impossibilidade de se conhecer da matéria de ofício, quando inexistente o necessário prequestionamento.

4. *Ocorrendo nulidade, a prescrição a ser aplicada é a vintenária.* Precedentes das 3ª e 4ª Turmas da 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso não conhecido. (REsp n. 297.117-RS, Quarta Turma, j. em 28.08.2007, DJ 17.09.2007; grifei.)

O voto do e. Ministro relator, além de citar outros julgados desta Turma (como o REsp n. 591.401-SP, rel. Ministro César Asfor Rocha, j. em 23.03.2004, DJ 13.09.2004) e de outros órgãos da Corte, traz as lições doutrinárias que reproduzo a seguir:

5. Resta, por fim, a arguição de violação ao artigo 177 do revogado Código Civil.

Serpa Lopes já consignava o posicionamento de Clóvis Bevilacqua e J. M. Carvalho Santos (*in* **Curso de Direito Civil**. Volume I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000, página 507, nota de rodapé n. 126), ambos favoráveis à prescritibilidade da pretensão de reconhecimento da nulidade de ato jurídico, parecendo admitir, ele mesmo, a tese - salvo nos casos de inexistência do ato.

Caio Mário da Silva Pereira, em conhecida passagem, já destacava:

A doutrina nacional tem sustentado que, além de insanável, a nulidade é *imprescritível*, o que daria em que, por maior que fosse o tempo decorrido, sempre seria possível atacar o negócio jurídico: *quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest*. É freqüente a sustentação deste princípio, tanto em doutrina estrangeira, quanto nacional. Os modernos, entretanto, depois de assentarem que a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade, a exceção, admitem que entre o interesse social do resguardo da ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico, constituído como

infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve dar-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo. Nosso direito positivo não desafia esta concepção. Estabelecendo que os direitos reais prescrevem em 10 e 15 anos, e os de crédito, em 20 (Código Civil, art. 177), o legislador brasileiro, em essência, enunciou a regra, segundo a qual nenhum direito sobrevive à inércia do titular, por tempo maior de 20 anos. Esta prescrição *longi temporis* não respeita a vulnerabilidade do ato nulo, e, portanto, escoados 20 anos do momento em que poderia ter sido proposta a ação de nulidade, está trancada a porta, e desta sorte opera-se a consolidação do negócio jurídico, constituído embora sob o signo do desrespeito à ordem pública. (*in Instituições de Direito Civil*. Volume I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, páginas 406-407).

Assim também Humberto Theodoro Júnior, em comentário à obra de Orlando Gomes (este, desfavorável à tese), quando afirma:

Acerca da imprescritibilidade da nulidade, a tendência moderna é de fazer-se distinção entre o negócio que produziu efeitos concretos e o que não os produziu. Se o ato inválido nunca foi executado, em qualquer ocasião que se pretenda dar-lhe eficácia, possível será a objeção de sua nulidade, sem que se possa pensar em prescrição. As exceções não prescrevem, em princípio, e com maior razão quando se trata de negócio nulo.

Quando, porém, malgrado seu defeito fundamental, o negócio entrou a produzir seus naturais efeitos, criando para a parte uma situação concreta de titularidade do direito subjetivo por ele adquirido, não se pode mais cogitar da imprescritibilidade da ação para reverter ditos efeitos. A segurança das relações jurídicas - que é um dos valores caros ao Direito - não pode ficar indefinidamente em xeque. Tal segurança pertence, sobretudo, ao interesse público, sobre o qual não deve prevalecer a norma que tutela o interesse privado daquele que seria beneficiado pela sanção de nulidade. (ORLANDO GOMES *in Introdução ao Direito Civil*. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 485).

É certo que o acórdão proferido no REsp n. 297.117-RS contou com a divergência apontada pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, mas, com todo o respeito, a divergência por ele apontada esbarra na jurisprudência - a meu ver pacífica - da Corte, a qual segue na linha do voto condutor da decisão aqui proferida.

O voto vencedor fez ainda menção ao art. 169 do CCiv2002 (“O negócio nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.”), aduzindo que “tudo indica que o debate voltará a ganhar relevância, por força

da aparente peremptoriedade do dispositivo pela imprescritibilidade”. Tenho para mim que a disposição do art. 169 do CCiv2002 não é de molde a modificar a jurisprudência atual desta Casa, no sentido de que a imprescritibilidade do nulo alcança apenas as pretensões declaratórias, mas não as pretensões condenatórias e constitutivas, que prescrevem nos prazos previstos em lei, mesmo que significativamente reduzidos pela atual legislação civil. Contudo, no presente caso tal discussão é absolutamente estéril, pois a ação foi proposta antes mesmo da publicação do Código Civil vigente, ou seja, em 24.10.2001, e, naquela data, já havia totalmente transcorrido o prazo prescricional vintenário.

Por essas razões, afasto as alegadas ofensas ao art. 177 do CCiv1916 e ao art. 269, IV, do CPC, os quais, a meu ver, foram corretamente aplicados.

IV. e) Nulidades em matéria de Direito Societário

Importa atinar também que o caso envolve matéria de Direito Societário, que, além de prever prazos prescricionais e decadenciais bastante curtos, dá às nulidades tratamento diverso do Direito Comum.

Já tive a oportunidade de manifestar, no voto de desempate que proferi no REsp n. 818.506-SP na Terceira Turma, que a lei societária, notadamente a lei das sociedades anônimas, não empresta às nulidades o mesmo tratamento que lhes é dado pelo Direito comum. Diferentemente do que dispõe a parte geral do Código Civil atual (que, nesse passo, não discrepa do revogado), em matéria de sociedades anônimas, ocorre, conforme o caso, a decadência ou a prescrição das pretensões relativas à nulidade, gerando sua convalidação, sem descuidar que é admitida a sanatória das eventuais nulidades, e que o juiz não as pode conhecer de ofício.

Com efeito, dispõem os arts. 285, 286 e 287 (deste basta-nos a alínea **g** do seu inciso II), cujos prazos podem ser dilargados nos termos do art. 288, todos da Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (LSA):

Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 01 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos.

Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 02 (dois) anos, contados da deliberação.

Art. 287. Prescreve:

[...]

II - em 03 (três) anos:

[...]

g) a ação movida pelo acionista contra a companhia, qualquer que seja o seu fundamento. [acrescentado pela Lei n. 10.303, de 31.10.2001]

Art. 288. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, ou da prescrição da ação penal.

A respeito, valho-me das lições de José Edwaldo Tavares BORBA:

É relevante observar que os vícios ou defeitos na constituição da companhia, assim como as deliberações violadoras da lei ou do estatuto ou tomadas em assembleia irregularmente convocada ou instalada, encontram-se sujeitas a prazos de decadência ou, se assim se preferir, de prescrição. Isto significa que os atos societários (*atos constitutivos e deliberações dos órgãos colegiados*) não estão subordinados à teoria das nulidades, tal como esta foi consagrada no Código Civil. Os atos societários, uma vez arquivadas as atas correspondentes no registro do comércio, desencadeiam uma série de efeitos junto a terceiros que se relacionam com a sociedade. Sendo a companhia um organismo vivo, que atua no mundo jurídico, a ela não se aplica a teoria das nulidades, a qual implicaria um retorno ao *status quo ante*. Gudestou Pires, para ressaltar essa impossibilidade, chegou a lembrar os "múltiplos interesses que transitam dentro da órbita da atividade social".

Os atos societários nunca são nulos, mas apenas anuláveis. Por isso, uma vez esgotados os prazos prescricionais aplicáveis, ocorre a convalidação, não mais sendo possível alegar a eventual irregularidade.

Trajano de Miranda Valverde, dentro dessa linha que é a da grande maioria dos autores nacionais, e em face do texto da lei anterior que é semelhante ao da atual, sustentou que a lei (S.A.) "*não admite a possibilidade de sociedades anônimas nulas ou inexistentes.* Repeliu, pois, o decreto-lei o regime comum das nulidades, o qual, como iremos ver em seguida, seria, como é, de difícil senão impossível aplicação".

Pontes de Miranda opôs-se a esse posicionamento, talvez preocupado em preservar a inteireza da teoria geral das nulidades.

Ripert, no direito francês, já havia, entretanto, observado que a jurisprudência fora obrigada a afastar, com relação às sociedades comerciais, o regime jurídico das nulidades.

Dentro dessa mesma linha, afirmou Tullio Ascarelli que a “orientação hoje dominante abandona a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade”.

Com efeito, os atos societários ilegítimos são apenas anuláveis, e se a causa de anulabilidade atinge a sociedade ela própria, a consequência será a liquidação, preservando-se ou equacionando-se, nesse processo, e nos termos da lei, os vários interesses envolvidos. (*Direito societário*. 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 533-535; grifei.)

Veja-se que a Lei n. 10.303, de 2001, inseriu a citada alínea **g** no inciso II do art. 287, “de modo a afastar qualquer espécie de insegurança quanto ao estabelecimento do prazo de prescrição para a propositura de ações por parte do acionista contra a companhia onde mantém participação”, conforme leciona Marcelo Fortes BARBOSA FILHO (*Sociedade anônima atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei n. 10.303/2001 ao texto da Lei n. 6.404/1976*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 274).

Aponto ainda que o Código Civil de 2002 inovou em relação ao diploma revogado, ao adotar disposição similar à da LSA, quanto à nulidade do ato constitutivo de sociedade: trata-se do parágrafo único do art. 45, que é similar ao art. 285 da LSA. Ou seja, o legislador civil de 2002, na mesma linha que adotou em relação ao capítulo *Das Sociedades* - cujos artigos reproduzem, algumas vezes *ipsis litteris*, comandos e disposições da Lei n. 6.404, de 1976 - incorporou mais essa norma da LSA no Código Civil vigente, além de, no art. 206 deste, introduzir outras tantas normas equivalentes a algumas das previstas no art. 287.

Vale, pois, com maior razão, a afirmação de Arnaldo RIZZARDO, de que “não importa que os vícios sejam os da lei civil”, mantêm-se os prazos previstos na lei societária para pleitear a anulação de atos societários (*Direito de empresa: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 761).

Ainda que haja alguma divergência doutrinária a respeito de pontos específicos (como se vê, p.ex., de parecer elaborado por Erasmo Valladão A. e N. FRANCA - *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. ano 46, n. 145, jan/mar-2007. p. 261-263), esta Quarta Turma já enfrentou a questão das nulidades em matéria societária, em recurso especial relatado pelo e. Ministro Sálvio de Figueiredo, citado pelos recorridos (e, também, por Arnaldo RIZZARDO; *Op. cit.* p. 761-2), que tratou, justamente, de questões envolvendo a sociedade aqui recorrida:

Direito Comercial. Sociedade anônima. Empresa de radiodifusão e telecomunicação. Exigência do órgão público fiscalizador. Comprovação

da nacionalidade brasileira dos acionistas. Convocação editalícia dos sócios, marcando prazo para apresentação de certidão de nascimento ou casamento. Deliberação assemblear de venda das ações dos que não atenderam à convocação. Ilegalidade. Lapso prescricional específico (arts. 156 do DL n. 2.627/1940 e 286 da Lei n. 6.404/1976). Ausência de impugnação tempestiva. Convalidação. Prescrição também do direito a haver dividendos distribuídos sob a forma de bonificação (art. 287, II, **a**, da Lei n. 6.404/1976). *Inaplicabilidade da teoria geral das nulidades*. Recurso provido.

I - Em face das peculiaridades de que se reveste a relação acionistas “versus” sociedade anônima, *não há que se cogitar da aplicação, em toda a sua extensão, no âmbito do direito societário, da teoria geral das nulidades, tal como concebida pelas doutrina e dogmática civilistas*.

II - Em face disso, o direito de impugnar as deliberações tomadas em assembleia, *mesmo aquelas contrárias à ordem legal ou estatutária, sujeita-se à prescrição*, somente podendo ser exercido no exíguo prazo previsto na lei das sociedades por ações (art. 156 do DL n. 2.627/1940 art. 286 da Lei n. 6.404/1976).

III - Pela mesma razão *não pode o juiz, de ofício, mesmo nos casos em que ainda não atingido o termo “ad quem” do lapso prescricional, reconhecer a ilegalidade da deliberação e declará-la nula*.

IV - Também o exercício do direito de haver dividendos, colocados à disposição dos acionistas sob a forma de bonificação, se submete a condição temporal (art. 287, II, **a**, da Lei n. 6.404/1976). (REsp n. 35.230-SP, j. em 10.04.1995; DJ 20.11.1995; grifei.)

Do voto condutor do acórdão, colho as seguintes informações e lições:

Deduziu-se, notadamente na declaração de voto vencedor, tese no sentido de que a alienação das ações do recorrido, do modo como levada a efeito, padeceria de nulidade, carecendo de qualquer eficácia relativamente a ele, recorrido. E, portanto, em se tratando de ato nulo, não seria alcançado pela prescrição - ou, quando menos, estaria sujeito ao lapso vintenário do art. 177, CC [de 1916] -, e nem poderia ser de ofício reconhecido como tal pelo juiz.

Tomando por base a teoria das nulidades, da forma como arquitetada pela doutrina e pela dogmática civilistas, o raciocínio não mereceria reparos.

Sucedo, no entanto, que não se pode importar essa teoria para o âmbito do direito societário.

Com efeito, a relação entre acionistas e sociedade, em razão das peculiaridades de que se reveste, exige tratamento diferenciado.

A atividade empresarial, dada a dinâmica dos negócios que constituem a sua essência, realizados diuturnamente, envolvendo inúmeros compromissos e obrigações, requer, para que não reste ameaçada a sua viabilidade, uma certa

estabilidade, uma situação definida que possibilite um mínimo de segurança na tomada de decisões.

Ciente dessa realidade, o legislador pátrio atribuiu aos sócios prazos exíguos para impugnam as deliberações assembleares, exatamente porque com esteio nelas é que atuam os órgãos diretores da empresa, internamente e nas relações com terceiros.

Mesmo as deliberações contrárias aos ditames legais ou estatutários convalidam após o transcurso do lapso prescricional. E há uma razão para tanto. É que a deliberação encerra a vontade da maioria, sendo de pressupor-se que, não obstante infringente das disposições normativas, foi concebida por ser considerada benéfica à sociedade e, de forma indireta e reflexa, também aos sócios.

[...]

A propósito, assinala o eminente Rubens Requião, em escólios à Lei n. 6.404/1976 (“Curso de Direito Comercial”, Saraiva, 17ª ed., 1988, n. 473, p. 155):

A Lei, como no diploma anterior, regula o prazo de prescrição de forma especial. Essa técnica legislativa se explica pela excepcionalidade das regras que se referem à sociedade anônima.

Assim, por qualquer ângulo que se analise, à época do ajuizamento da ação (1988) estava prescrita a possibilidade de o autor impugnar a deliberação assemblear que, conquanto tomada sem respaldo legal ou estatutário, autorizou sua exclusão da sociedade.

Convém esclarecer que, na verdade, o que ocorreu não foi uma venda *a non domino*, mas sim exclusão, à semelhança do que ocorre com o acionista que deixa de integralizar o preço das ações por ele compradas, incorrendo em mora.

[...]

Na espécie em apreço, a mora apontada decorreu da não entrega, no prazo assinado, da certidão de nascimento ou de casamento comprobatória da nacionalidade brasileira.

O modo de exclusão escolhido pela unanimidade dos acionistas que compareceram à assembleia é que foi *sui generis*, sem previsão legal ou estatutária.

Seja como for, repise-se, não tendo sido combatida em tempo, a deliberação, do modo como estabelecida, convalidada restou.

Entendo, de outra parte, pelas mesmas razões a que venho de aludir, que não pode o julgador, mesmo nas hipóteses em que ainda não transcorrido por inteiro o lapso prescricional, pronunciar-se de ofício sobre nulidade de deliberação. Somente pode fazê-lo mediante provocação expressa de acionista.

Assim, seja por não ter sido pleiteada na inicial a nulidade da deliberação que excluiu o autor dos quadros sociais, seja porque operada prescrição em relação à possibilidade de impugná-la, não há como acolher-se o reclamado reconhecimento de que, à época da transformação da sociedade em limitada (1982), ostentava ele a condição de sócio.

Ao fim e ao cabo deste subtópico, portanto, verifica-se que, do ponto de vista da lei societária, estariam prescritas quaisquer pretensões dos recorrentes, mesmo que de ato nulo se tratasse.

IV. f) A eventual inexistência de um negócio não contamina os atos e negócios jurídicos dele separáveis, concomitantes ou subsequentes

Ainda que despiciendo em face das considerações anteriores, entendo por bem arredar a alegação pontual dos recorrentes de que teria ficado:

[...] comprometido também o negócio realizado por suposto procurador da pessoa viva [que seria o Sr. Oswaldo Junqueira Ortiz Monteiro, pai das duas recorrentes mulheres, uma das quais inventariante do seu genitor e dos demais espólios também recorrentes], de vez que se verificaram, em um mesmo ato, todas as citadas transações, não havendo como validar somente uma parte delas, quando comprometidas as demais, encartadas no mesmo documento. Se a disposição estava viciada do ponto de vista material e também formal, essa mácula atinge a todos os negócios contidos no mesmo acerto, não subsistindo qualquer deles. (fl. 3.710).

Também impõe-se afastar outra alegação descabida dos recorrentes, a qual transcrevo a seguir:

Se não houve aquisição, pela inexistência do ato, não poderia ter havido assembléias com a participação dos adquirentes da ação, não poderia ter ocorrido o aumento de capital, não teria havido qualquer incorporação ou fusão de empresas, entrada e saída de outros sócios e mudança do regime societário. Como todos esses supostos atos assentaram-se em uma situação societária inexistente, logicamente restaram contaminados. (fl. 3.698).

É cediço que “a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida” e que “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal” (CCiv2002, art. 184; no mesmo sentido: art. 153 do CCiv1916, este, porém, falando em “nulidade”).

Disso se deduz que a simples unificação formal ou material de vários negócios jurídicos, independentes entre si, em um mesmo instrumento - ou um “mesmo acerto”, para usar a expressão dos recorrentes - não faz com que eventual vício encontrado em um deles contamine, imediata e consecutivamente, os demais.

Assim, ainda que, no caso, fosse aplicável o argumento de que os negócios de transferência de ações não teriam existido, porque ausentes as manifestações de vontade expressas por procurador de outorgante falecido, essa alegação, à obviedade, jamais aproveitaria os negócios realizados por “procurador de pessoa viva” - na expressão dos recorrentes. Portanto, em nenhuma hipótese se poderia considerar inexistente, pelo motivo alegado pelos recorrentes, transferência de ações realizada por mandatário, estando vivo o outorgante.

Com maior razão, não poderia a invalidade nem mesmo a inexistência de um negócio jurídico contaminar negócios jurídicos a ele subsequentes, salvo se acessórios ou diretamente e essencialmente dependentes do primeiro.

Hei de aduzir, entretanto, que muito dificilmente serão inexistentes os negócios ou atos jurídicos posteriores a um negócio inexistente. Isso porque a inexistência é uma situação muito particular, verdadeiramente *sui generis*, correspondente a um ato humano que, dada a insuficiência do seu suporte fático, nem sequer ingressou no mundo jurídico; ainda que intentasse ser jurídico, fez-se à parte, passando-se totalmente no mundo dos fatos, de modo que dele o Direito não se deve ocupar, exceto para, quando raramente necessário, declarar que inexistente é (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed., São Paulo: RT, 1983. t.4, p. 19-20).

Entretanto, os atos humanos que se seguirem ao inexistente não serão, somente por isso, igualmente inexistentes no mundo jurídico: poderão sê-lo ou não. Serão inexistentes se seus suportes fáticos forem também insuficientes para se fazerem jurídicos; caso contrário, existirão para o Direito.

Essa conclusão pode ser demonstrada com o seguinte exemplo, fornecido por Pontes de Miranda: “Se *A* vendeu a lua [*a B*], não há negócio jurídico de compra-e-venda” (*Op. cit.*, p. 20). De fato, a venda da lua é exemplo clássico de negócio inexistente. Porém, se, por absurdo, *B* pagou o preço da lua a *A* e este, com o dinheiro recebido, pagou empréstimo contraído perante *C*, o pagamento do empréstimo existe e, possivelmente, é válido, presumida a boa-fé de *C*. De outro lado, se *B*, por sua vez, doou a lua a *D*, este ato será inexistente. Por óbvio, *B* terá ação judicial para, vendo declarada a inexistência do negócio,

obter a condenação de *A* a devolver-lhe o dinheiro indevidamente recebido; não terá, porém, ação contra *C* para ver declarada a inexistência do pagamento do empréstimo, ainda que *A* não devolva o dinheiro, alegando que pagou empréstimo a *C*.

O mesmo raciocínio aplica-se às questões societários. Para exemplificar, tomemos uma situação hipotética, baseada nas alegações dos recorrentes, em que *A* se tornasse titular de 1.000 ações emitidas por uma determinada companhia em decorrência de negócio jurídico inexistente, por meio do qual *B* supostamente lhe tivesse transferido tais ações. Não obstante o vício na transferência das ações, é forçoso reconhecer que serão existentes as ulteriores distribuições de ações para capitalização de lucros e reservas (LSA, art. 169), pois são atos próprios da companhia (não do acionista) que beneficiam todos os acionistas na proporção de suas ações; apesar disso, se judicialmente reconhecida fosse a inexistência do negócio original, *B* poderia buscar a condenação de *A* para dele obter a entrega das novas ações que lhe foram distribuídas na proporção das 1.000 ações. No mesmo sentido, o pagamento de dividendos (LSA, art. 201 e ss.) às 1.000 ações supostamente vendidas por *B* a *A* não podem ser considerados inexistentes, mas *B* poderia requerer, judicialmente, que *A* lhe restituísse os dividendos irregularmente recebidos. Também não são inexistentes as subscrições e consequentes integralizações, por *A*, de novas ações emitidas posteriormente pela companhia para aumento do seu capital social (LSA, art. 170); entretanto, sendo inexistente o ato anterior, *B* poderia requerer em juízo o exercício do direito de preferência na aquisição das novas ações (LSA, art. 171), correspondentes às 1.000 ações supostamente vendidas a *A*, depositando o preço de subscrição correspondente. Indo adiante, eventual transferência inexistente de ações não impediria - nem tornaria inexistente - a realização de qualquer assembleia geral de acionistas, qualquer que seja sua finalidade (aumento de capital, incorporação, fusão, transformação *etc.*), ainda que as 1.000 ações tenham sido contadas para quorum de instalação e de deliberação, sem prejuízo de *B* pleitear-lhes a anulação, havendo motivo para tanto. E, com maior razão, não impediria a entrada ou saída de sócios ou acionistas da sociedade. Para finalizar, embora alongando ainda um pouco a exemplificação para abranger negócios feitos diretamente com as 1.000 ações irregularmente adquiridas por *A*, sua venda a terceiros, assim como a constituição de ônus reais (penhor, alienação fiduciária, usufruto) também não seriam inexistentes, sendo certo que, em sendo desconstituída a propriedade de *A* sobre as ações, *B* poderia opor seu direito aos terceiros, muito embora estes possam, também, ter direitos exercitáveis contra

B, como, p.ex., a aquisição das ações por usucapião ordinária ou extraordinária (CCiv2002, arts. 1.260 a 1.262).

Vê-se que, ao menos nesses exemplos hipotéticos, todos os atos e negócios jurídicos subsequentes ao negócio de transferência de ações tido como inexistente, quando em si mesmos considerados, *inexistentes não são* (exceto se por insuficiência do próprio suporte fático do ato ou negócio subsequente), muito embora possam gerar alguma pretensão em favor do antigo proprietário das ações, quer em relação ao suposto adquirente, quer em relação a terceiros, pretensões essas que estarão, contudo, sujeitas aos prazos prescricionais próprios, sem descuidar da possível ocorrência de decadência.

Portanto, contrariamente ao que dizem os recorrentes, a eventual inexistência de um ato ou negócio não contamina os atos e negócios jurídicos dele separáveis, concomitantes ou subsequentes. Desse modo, ainda que inexistente fosse parte das transferências de ações em razão da cessação dos mandatos pelo falecimento de alguns dos outorgantes, como alegaram os recorrentes, a inexistência daqueles atos não contaminaria a transferência realizada por “procurador de pessoa viva” - ainda que materialmente unificada às demais - nem, tampouco, o suposto “vício de origem” viciaria os atos e negócios jurídicos posteriores.

V - Divergência jurisprudencial

Por fim, os recorrentes alegaram divergência entre o acórdão proferido pelo TJRJ e acórdãos desta Corte e do TJSP.

Segundo os recorrentes, o TJRJ decidiu que a ação visou à declaração de invalidade de atos jurídicos, enquanto que o pedido dos recorrentes buscou a declaração de inexistência; além disso, o Tribunal *a quo* teria se embasado no acórdão proferido no REsp n. 140.369-RS, que não teria relação com a matéria tratada nestes autos. Por isso, entendem que o TJRJ decidiu contrariamente (i) ao paradigma desta Corte, consistente no acórdão proferido no REsp n. 115.966, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que considerou inexistente o ato produzido por apenas um sócio de sociedade cujos estatutos previam a representação por dois sócios em conjunto. Igualmente, o acórdão fluminense seria contrário a três paradigmas do TJSP: (ii) acórdão proferido na Apelação Cível n. 34.472-4, relatado pelo, então, Desembargador Cezar Peluso, em que o negócio jurídico foi considerado inexistente, em razão de falsidade da procuração tida como outorgada pelos vendedores, e a ação declaratória

correspondente seria imprescritível, porque prescritíveis só seriam as ações condenatórias; (iii) acórdão proferido na Apelação Cível n. 92.093-4/6, relatada pelo Desembargador Linneu Carvalho, na qual a inexistência do negócio jurídico decorreu da falta de poderes específicos na procuração outorgada, sendo acolhida a imprescritibilidade da ação; e (iv) acórdão proferido na Apelação Cível n. 279.480-1/4, relatado pelo Desembargador Souza Lima, que assentou ser imprescritível a ação declaratória de inexistência de ato jurídico e, também, que pouco importa se o autor usou, na inicial, terminologia equivocada ao falar em anulação ou nulidade, diante do princípio da *mibi facto, dabo tibi ius*.

Apesar da tentativa dos recorrentes, não pode ser acolhida a alegação de divergência jurisprudencial ante o descumprimento dos seus pressupostos legais e regimentais. A propósito, dispõem o parágrafo único do art. 541 do CPC e o § 2º do art. 255 do Regimento Interno do STJ:

CPC: Art. 541. [...]

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na *Internet*, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. [Redação dada pela Lei n. 11.341, de 2006]

Regimento Interno do STJ: Art. 255. [...]

§ 2º. Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados

Como se verifica das razões do especial, os recorrentes efetuaram a transcrição de trechos do acórdão recorrido e dos acórdãos que entenderam divergentes, buscando demonstrar a identificação ou semelhança do presente caso aos casos confrontados. Não lograram, contudo, alcançar tal desiderato, pois os casos não se identificam, nem se assemelham.

Do simples resumo que acima aduzi, fica claro que a causa da inexistência alegada pelos recorrentes (cessação dos mandatos por morte dos mandantes) difere das situações fáticas enfrentadas nos casos confrontados, a saber: (i) prática de ato por apenas um sócio de sociedade cujo estatuto exigia a presença de dois sócios; (ii) utilização de procuração falsa; (iii) emprego de mandato sem poderes específicos; e (iv) utilização de falsa procuração em causa própria.

Além disso, em todos aqueles casos, configurou-se, perante os juízos singulares e os Tribunais, situação de inexistência de ato ou negócio jurídico. No presente caso, porém, e como já visto, a tese de inexistência dos atos, defendida pelos recorrentes, não foi acolhida nem pelo acórdão recorrido, nem pela sentença do juízo singular. Ou seja, os negócios e atos atacados pelos recorrentes foram tidos por existentes.

Em verdade, pretendem os recorrentes alterar a qualificação jurídica dos fatos, insistindo, também, por meio da alegação de divergência jurisprudencial, na tese de que o acórdão recorrido sustentou-se na invalidade dos negócios jurídicos de transferência de ações, enquanto que o seu pedido fora no sentido da inexistência dos mesmos atos. Essa tese já foi ultrapassada quando analisei o descabimento do REsp por ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC.

Improcede, portanto, a alegação de divergência jurisprudencial.

VI - Conclusão

Em face de todo exposto, *conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.*

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Sr. Presidente, acuso o recebimento dos memoriais.

Acompanhei atentamente o longo e alentado voto de V. Exa. No começo, quando li o memorial, sobretudo do recorrente, ocorreram-me algumas dúvidas que foram, ao longo do voto de V. Exa., dissipadas. Realmente, todos os pontos possíveis de abordagem para um eventual pedido de vista foram por V. Exa. muito bem atacados. O voto de V. Exa. é muito feliz.

A questão jurídica, em si, é muito pontual. Mais de quarenta e cinco anos depois, pelo que pude perceber, pretende-se, por força de uma ação declaratória, restabelecer o estado societário daquela televisão paulista, retroagindo àquela data.

V. Exa. primeiro rechaçou as preliminares, e concordo integralmente com os fundamentos de V. Exa.; depois, fez, também, uma análise densa sobre a aplicabilidade da Súmula n. 7, porque foram laudos, testemunhas e toda a prova colhida. Também, analisou a questão da imprescritibilidade da ação declaratória que, na verdade, enquanto ouvia o voto de V. Exa., pensava quanto à inadequação

desse termo, não há ação imprescritível. Na verdade, não há relação jurídica que possa permanecer em aberto ao longo de mais de quarenta e cinco anos, e o ponto foi abordado por V. Exa. inclusive com questionamento na jurisprudência da Casa, porque, volto a dizer, não vi os acórdãos com maior detalhe, o fato é que, quando se menciona imprescritibilidade da ação declaratória, mas não do direito que subjaz essa relação jurídica. De mais a mais, qualquer declaração seria, absolutamente, inócua na relação jurídica, tal como colocada pelo recorrente.

Também V. Exa. analisou a questão relativa, especificamente, aos atos societários, porque o que se pretende aqui, por força dessa ação declaratória de inexistência de relação jurídica, é o atingimento de atos societários, dinâmicos, como toda a natureza de atos societários, inúmeros, ao longo desses mais de quarenta e cinco anos, com situações absolutamente consolidadas, que seriam, também, não só do ponto de vista jurídico, impossíveis de serem revistas, mas também pela política judiciária e pela própria segurança do Direito, inconvenientes de serem revistas.

De modo, então, eminente Presidente, que me considero suficientemente esclarecido com o alentado voto de V. Exa. e o acompanhamento integralmente na solução empregada, negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo Filho: Sr. Presidente, também entendo que o substancioso voto de V. Exa. analisou a questão por todos os ângulos que a parte buscou trazer, e todos ficaram devidamente refutados a evidenciar a improcedência da pretensão dos recorrentes.

De modo que acompanho o voto de V. Exa. integralmente, negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.121.719-SP (2009/0118871-9)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Ricardo Ancede Gribel

Advogados: Fernanda Mendonça dos Santos Figueiredo

Leonardo Peres Leite e outro(s)

Recorrido: Banco Santos S/A - massa falida

Recorrido: Banco Santos S/A - falida

Advogado: Sergio Bermudes e outro(s)

Representado por: Vânio César Pickler Aguiar - Administrador

Advogado: Luiz Gonzaga Curi Kachan e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ex-diretor de banco. Intervenção. Posterior falência. Indisponibilidade de todos os bens dos administradores (Lei n. 6.024/1974, art. 36). Fundo de previdência privada. PGBL. Natureza de poupança previdenciária. Impenhorabilidade (Lei n. 6.024/1974, art. 36, § 3º; CPC, art. 649, IV). Inocorrência. Verba que não detém nítido caráter alimentar.

1. O art. 36 da Lei n. 6.024/1974 estabelece que a indisponibilidade atinge todos os bens das pessoas nele indicadas, não fazendo distinção seja acerca da duração do período de gestão, seja entre os haveres adquiridos antes ou depois do ingresso na administração da instituição financeira sob intervenção ou liquidação extrajudicial ou em falência.

2. Essa rígida indisponibilidade, que, *de lege ferenda*, talvez esteja a merecer alguma flexibilização por parte do legislador, tem como fundamento a preservação dos interesses dos depositantes e aplicadores de boa-fé, que mantinham suas economias junto à instituição financeira falida, sobre a qual pairam suspeitas de gestão temerária ou fraudulenta.

3. Por outro lado, consoante se vê do § 3º do mesmo art. 36, os bens considerados impenhoráveis, como é o caso daqueles relacionados no art. 649, inciso IV, do CPC, não se incluem no severo regime de indisponibilidade de bens imposto pela Lei n. 6.024/1974 aos administradores de instituição financeira falida.

4. O saldo de depósito em PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, de relevante natureza de poupança

previdenciária, porém susceptível de penhora. O mesmo sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que, embora possam ter originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança.

5. Assim, a lei considera irrelevante o fato de os valores em fundo de plano de previdência privada terem sido depositados antes de o recorrente ter ingressado na gestão do Banco Santos, na qual permaneceu por apenas cinquenta e dois dias.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Rodrigo Dunshee de Abranches, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 27.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Por *Ricardo Ancêde Gribel* foi requerido ao Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, onde tramita ação civil pública que lhe movia e a outros, o Ministério Público do Estado de São Paulo, sucedido pela Massa Falida do Banco Santos, o levantamento dos valores mantidos sob indisponibilidade relativos a plano de previdência privada complementar (PGBL).

O pedido foi indeferido (fls. 78), ingressando o requerente com agravo de instrumento, desprovido pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão que guarda a seguinte ementa:

Falência. Ação civil pública. Liberação de recursos indisponíveis (art. 36 da Lei n. 6.024/1974). Inadmissibilidade. Irrelevância de que o numerário tenha provindo de época em que o agravante trabalhou em outro grupo econômico. Interpretação restritiva da impenhorabilidade, não alcançando valores expressivos aplicados em Previdência Privada Complementar. Agravo de instrumento conhecido, por maioria, e improvido, também por maioria. (fls. 258).

Sobrevém, então, recurso especial de *Ricardo Ancêde Gribel*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alega violação ao art. 1º da Lei Complementar n. 109/2001 e ao art. 649, IV, do Código de Processo Civil.

Diz o recorrente, de início, que sofreu a constrição legal de indisponibilidade de todos os seus bens eis que se encontrava na administração do Banco Santos, que teve sua intervenção extrajudicial decretada pelo Banco Central em 12.11.2004, sucedida pela liquidação judicial, convolada posteriormente em falência, cargo que ocupou, porém, somente pelo prazo de cinquenta e dois dias, o que impossibilita seja culpado por qualquer das causas que levaram à falência da instituição.

Esclarece, ademais, que foi alçado à presidência do Banco Santos em virtude de recomendação do Banco Central, tendo a escolha de seu nome sido homologada por referida autarquia, que, assim, atestou sua idoneidade. Entende, em vista disso, que: “não é justo o que se lhe impôs. Seus bens particulares foram submetidos ao regime de indisponibilidade. Ele, que nenhuma responsabilidade teve, foi equiparado a outros administradores que, por atos comissivos ou omissivos, levaram a instituição à situação de quebra. E o pior. Até que tudo isso fique cabalmente esclarecido, anos e anos passarão. E a injustiça consolidar-se-á. É certo que chegará um dia em que se reconhecerá que nenhuma espécie de responsabilidade poderá a ele ser imputada. No entanto, esta condenação, que é provisória, transformar-se-á em definitiva, pois o Recorrente já é pessoa que ultrapassou a caso dos sessenta anos de vida” (fls. 286).

Afirma, de outra parte, que um dos bens submetido ao regime de indisponibilidade tem natureza alimentar, exatamente o que se pretende levantar com o provimento do presente recurso. Trata-se de um fundo de previdência

privada, constituído por uma terça parte de seus proventos salariais e duas terças partes de contribuição do empregador, relativos não ao período em que trabalhou no Banco Santos, mas à época em que exerceu elevadas funções no Grupo Real, sem que nenhum outro aporte ou saque tenha sido feito.

Aponta, assim, como cerne da controvérsia a ser examinada por esta Corte, a questão relativa à penhorabilidade ou impenhorabilidade de fundo constituído com salário direto (desconto em contracheque) e com salário indireto (contribuição do empregador) com a finalidade de criar uma previdência para aposentadoria - isto é, “trata-se de uma aplicação financeira, como entendeu o v. acórdão recorrido, ou tem caráter alimentar, como preconiza o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil?”

Assinala ter o fundo em referência as seguintes peculiaridades: a) diz não ter nele ingressado espontaneamente, mas por força de contrato de trabalho; b) afirma não ter feito nenhum aporte financeiro ou resgate durante o período de constituição do fundo; c) assegura, além disso, que não teve nenhuma benesse de natureza tributária; d) esclarece que qualquer resgate importaria na perda de rendimentos de todo o período; e) assevera, ainda, não ter havido intuito de investimento, não assumindo o fundo feição patrimonial, tanto que no caso de abertura de sucessão, não está sujeito à inventário; f) acrescenta não ter havido aplicações ou depósitos bancários oriundos de vencimentos, soldos ou salários; e, g) entende que o fundo tem a mesma natureza de fundo de garantia por tempo de serviço.

Diante dessas características, destaca que o fundo não se constitui em aplicação financeira, ou em qualquer de suas espécies, para ser tido como penhorável, não se equiparando, ademais, a bens adquiridos com produto do trabalho, mas efetivamente ao salário, porquanto decorrente do próprio contrato de trabalho.

Contra-razões de *Massa Falida do Banco Santos S/A* às fls. 301-311). Diz a recorrida que o recurso deveria ficar retido, porquanto não há motivo para se excepcionar a regra do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Sustenta que as reservas que o recorrido pretende levantar tem natureza de poupança, com nítido caráter de investimento, daí decorre sua penhorabilidade. Esclarece, ademais, que nos termos do art. 202, § 2º, da Constituição Federal, as contribuições do empregador a título de previdência privada não integram o contrato de trabalho.

O recurso ascendeu a esta Corte por força do provimento do Ag n. 1.090.338-SP (fls. 351).

A Subprocuradoria-Geral da República emite parecer assim sintetizado:

Recurso especial. Valores depositados à título de Previdência Complementar Privada. Penhorabilidade. Retenção do recurso especial. Análise da matéria probatória. I. Inadmissível a imediata remessa de recurso especial a este Superior Tribunal de Justiça, pois o recorrente, à toda evidência, pretende exame direto de recurso especial em agravo de instrumento contra decisão interlocutória, pleito que fere frontalmente o artigo 542, § 3º, do CPC. II. O reexame da matéria fático-probatória dos autos é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. III. A constituição de reservas, objeto da constrição, se equipara a investimento e não faz parte da lista taxativa dos bens impenhoráveis, prevista no art. 649, inciso IV, CPC. IV. Parecer pela retenção do recurso especial em conformidade com o disposto no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Além disso, este órgão ministerial opina pelo não conhecimento do recurso especial e, se conhecido, pelo não provimento do mesmo. (fls. 383)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Destaco, em primeiro lugar, que conquanto o recurso especial tenha sido interposto contra acórdão que julgou agravo de instrumento tirado contra decisão interlocutória, não é caso de ficar retido nos autos (CPC, art. 542, § 3º), porquanto a providência requerida, desbloqueio de valores tornados indisponíveis por força do disposto no art. 36 da Lei n. 6.024/1974, os quais teriam natureza alimentar e seriam indispensáveis para o recorrente manter sua família, caso analisada somente quando da decisão final do processo, perderia seu resultado útil.

Passo, por isso, ao exame do recurso.

Antes de enfrentar o tema, deixo, de logo, consignado que considero essa medida de indisponibilidade de todos os bens, prevista na Lei n. 6.024/1974, extremamente severa no tratamento com os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência. Trata-se de determinar a indisponibilidade de todos os bens da pessoa por tempo indeterminado, enquanto não apurada eventual responsabilidade desses executivos pela derrocada da instituição. E, sabe-se, o processo administrativo,

e depois o judicial, se arrastam por anos ou até décadas, sem solução, sem conclusão, padecendo os ex-dirigentes (que, em tese, podem não ser culpados) e seus familiares (que normalmente nem estavam envolvidos na administração) de uma situação extremamente aflitiva que tem de suportar qualquer pessoa que fique impedida de dispor de seu patrimônio.

Trata-se de questão que merece nova análise legislativa, de modo a afastar as injustiças e graves lesões que esse procedimento tem ensejado (talvez limitando-se o prazo de duração do processo de apuração, para efeito de preservação da medida de indisponibilidade ou liberando-se algum percentual de renda do patrimônio para assegurar a sobrevivência da família, enfim, algo que flexibilize a dura medida tratada).

Feito esse registro, passo ao tema.

Diz o recorrente, de início, que se manteve na administração do Banco Santos por apenas cinqüenta e dois dias, o que não somente impossibilita seja culpado por qualquer dos motivos que ensejaram a falência daquela instituição financeira, como torna injusta a apreensão de bens do recorrente, nos termos do art. 36 da Lei n. 6.024/1974.

Esse argumento, de fato, impressiona e sensibiliza o julgador.

Contudo, essa questão não foi objeto de decisão pela Corte Estadual, carecendo o recurso especial, no ponto, do indispensável prequestionamento.

Não fosse isso, a alegação se constitui em objeto do inquérito instaurado junto ao Banco Central, além de ser matéria de mérito da ação civil pública, ainda não definitivamente julgada. Assinalo, também, que na petição inicial da ação civil pública, o douto órgão do Ministério Público de São Paulo afirma que o recorrente foi: “Diretor-Presidente do Banco a partir de 11.06.2004. Antes, fora diretor de fato, pois atuou no banco por contrato junto à Procid Invest, uma das *holdings* do Grupo Santos. Declarações no inquérito do Banco Central do Brasil a fls. 1.613-1.615 do volume 11.”

Assevera o recorrente, por outro lado, e este é o cerne da questão, que um dos bens submetidos ao regime de indisponibilidade, os depósitos em fundo de previdência privada, tem natureza alimentar, sendo, portanto, impenhoráveis, por força do que dispõe o art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, devendo, nesse contexto, serem liberados.

A indisponibilidade decorre do disposto no art. 36 da Lei n. 6.024/1974, que tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 36. *Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.*

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, *atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.*

§ 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida:

a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial,

b) aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham a qualquer título, adquirido de administradores da instituição, ou das pessoas referidas na alínea anterior desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei.

§ 3º *Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor.*

§ 4º Não são igualmente atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão de direito, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência.

Vê-se do *caput* da norma reproduzida, que a indisponibilidade atinge todos os bens das pessoas indicadas, sejam eles adquiridos antes ou após o ingresso na administração do banco. O dispositivo refere a todos os bens dos administradores, não fazendo distinção se adquiridos antes ou depois de ingressarem na instituição sob intervenção.

Assim, a lei considera irrelevante o fato de os valores terem sido depositados antes de o recorrente ter ingressado no Banco Santos.

Por outro lado, consoante se vê do § 3º acima transcrito, os bens considerados impenhoráveis não se incluem no regime de indisponibilidade imposto pela Lei n. 6.024/1974 aos administradores de instituição financeira falida.

Assim, é preciso verificar se a aplicação relativa a fundo de previdência privada titularizada pelo recorrente se insere nas exceções do art. 649, IV, do Código de Processo Civil, que vem assim expresso, *verbis*:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - *omissis*;

II - *omissis*;

III - *omissis*;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

(...)

A Lei Complementar n. 109/2001 que trata da previdência complementar nada dispõe acerca da natureza jurídica dos valores mantidos nos planos de benefícios de entidades fechadas, havendo disposição constitucional afirmando que as contribuições do empregador não integram o contrato de trabalho (CF art. 202, § 2º).

No caso em análise, a aplicação em fundo de previdência titularizada pelo recorrente é o PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre, que consiste em um plano de previdência complementar que permite a acumulação de recursos e a transformação destes em uma renda futura, sendo possível, também, o resgate antecipado dos valores depositados (art. 14, III, da LC n. 109/2001). Caso o titular do plano faça sua declaração de Imposto de Renda pelo modelo completo, pode ainda usufruir de incentivo fiscal, deduzindo da base de cálculo do imposto até o limite de 12% da renda bruta anual.

A sistemática da aplicação corresponde a depósitos periódicos do contratante para o plano, que são aplicados em Fundo de Investimento de Cotas, com rendimentos a longo prazo, transformando-se em reserva financeira. O contratante estabelece uma data para se aposentar, que não precisa coincidir com a da previdência oficial, optando por receber a renda em uma única parcela ou em depósitos mensais.

No caso em apreço, os depósitos teriam sido feitos a proporção de uma terça parte dos proventos do recorrente e duas terças partes de contribuição do empregador. Conforme se depreende do voto vencido proferido em segundo grau, no pouco tempo que o recorrente permaneceu no banco, recebeu R\$ 3.200.000,00 (três milhões e duzentos mil reais) a título de remuneração.

Colocadas essas premissas, parecem necessárias algumas reflexões.

Em primeiro lugar, pode-se considerar que os salários recebidos por empregado se repartem, quando possível, em duas partes. Aquela essencial, usada para a manutenção das despesas próprias e da família, e aquela que se constitui em sobra, a qual pode ter variadas destinações, como gastos supérfluos, formação de poupança, realização de investimentos, por exemplo, gastos em viagens de férias, aplicações financeiras, compra ou reforma de imóveis, aquisição de veículo, dentre muitas outras.

No caso desses valores serem destinados a compra de veículo ou imóvel, com exceção do bem de família, não há discussão acerca de sua penhorabilidade, sendo tais bens chamados a responder por dívidas do proprietário.

Ao reverso, se são transformados em aplicações financeiras ou em depósitos bancários, ou mesmo em fundos de previdência, essa distinção acerca de sua penhorabilidade perde a nitidez, devendo o intérprete se valer da razoabilidade.

Sobre o tema, assim se pronuncia **Fredie Didier Jr.**, *verbis*:

A impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária: remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês; vencido o mês e recebido novo salário, a “sobra” do mês anterior perde a natureza alimentar, transformando-se em investimento. Como já afirmara Leonardo Greco, é preciso sujeitar essa regra “a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção. (...) a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável, como qualquer outro bem de seu patrimônio”.

Assim, perde a natureza de verba alimentar e, conseqüentemente, o atributo da impenhorabilidade. Se assim não fosse, tudo o que estivesse depositado em conta-corrente de uma pessoa física apenas assalariada jamais poderia ser penhorado, mesmo que de grande monta, correspondente ao acúmulo dos rendimentos auferidos ao longo dos anos. Corretamente, Celso Neves: “Depois de percebidas, passam a integrar o patrimônio ativo de quem as recebe e se aí forem encontradas como dinheiro ou convertidas em outros bens, são penhoráveis.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. 5. 2ª ed. Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2010, p. 558).

Nessa ordem de idéias, ainda que se considere que os valores depositados mensalmente em fundo de previdência privada tenham originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa

característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança.

A propósito, confira-se:

Processo Civil. Mandado de segurança. Cabimento. Ato judicial. Execução. Penhora. Conta-corrente. Vencimentos. Caráter alimentar. Perda.

- Como, a rigor, não se admite a ação mandamental como sucedâneo de recurso, tendo o recorrente perdido o prazo para insurgir-se pela via adequada, não há como conhecer do presente recurso, dada a ofensa à Súmula n. 267 do STF.

- Ainda que a regra comporte temperamento, permanece a vedação se não demonstrada qualquer eiva de teratologia e abuso ou desvio de poder do ato judicial, como ocorre na espécie.

- *Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.*

Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

(RMS n. 253.97-DF, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 03.11.2008).

Vale destacar, também, a lição de **Araken de Assis**, *verbis*:

A retribuição pecuniária prevista no art. 649, IV, se submeterá à penhora quando o devedor lhe outorgar exclusiva feição patrimonial, investindo-o, p. ex., no mercado financeiro ou de ações. Esta situação resta inconfundível, às evidências, com a adoção de simples mecanismos transitórios para impedir a desvalorização do salário ou vencimento (aplicação de curtíssimo prazo). (in Manual da Execução, 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 261-262).

De certo que o depósito de valores em fundos de previdência complementar, que representa poupança de longo prazo, não se confunde com a aplicação de curto prazo para impedir a desvalorização da moeda, apenas evitando perdas financeiras imediatas.

Assim, não há como concluir que os valores mantidos pelo recorrente em fundo de previdência privada, que em fevereiro de 2005 correspondiam a R\$ 1.170.682,53 (hum milhão, cento e setenta mil, seiscentos e oitenta e dois reais e

cinquenta e três centavos), se traduzem como verba alimentar, embora ostentem relevante caráter de poupança previdenciária.

É preciso dizer, ainda, que mesmo que o fundo tenha sido constituído por contribuição do empregador e não do ora recorrente tal fato não altera as ilações acima, porquanto, independentemente da origem dos valores, esses não foram usados para manutenção do recorrente e de sua família, direcionando-se para a aplicação financeira.

Cumprе assinalar, de outra parte, que a indisponibilidade prevista na Lei n. 6.024/1974 tem como fundamento a preservação dos interesses das pessoas de boa-fé, que mantinham valores depositados junto à instituição financeira falida, sobre a qual pairam suspeitas de gestão temerária ou fraudulenta.

No mais, sobre a medida de indisponibilidade de bens, colho e transcrevo as seguintes valiosas considerações traçadas pelo preclaro *Min. Celso de Mello*, no julgamento da PET n. 1.343-DF, *verbis*:

Sob tal perspectiva, impõe-se reconhecer que o ato decisório ora impugnado reveste-se, efetivamente, de uma inquestionável carga de potencialidade lesiva, apta a vulnerar o interesse social, pois o desbloqueio dos bens pertencentes ao impetrante do mandado de segurança comprometerá, de maneira inequívoca, os fins visados pela medida extraordinária da indisponibilidade patrimonial, frustrando, em conseqüência, o objetivo maior pretendido pelo legislador, que é o de garantir a poupança pública e, também, o de manter a credibilidade das instituições financeiras, ou daquelas que lhes são juridicamente equiparadas, impedindo, desse modo, que o interesse público venha a ser prejudicado por pretensões individuais de ordem meramente privada.

É preciso ter presente, neste ponto, que o sistema jurídico brasileiro, ao disciplinar os procedimentos estatais de intervenção e de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, prescreve que os administradores de tais entidades “ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades” (Lei n. 6.024/1974, art. 36, *caput*).

Essa indisponibilidade patrimonial - que não implica perda da titularidade dominial sobre os bens - reveste-se de importante função instrumental, pois visa a impedir que o ex-administrador da instituição financeira venha a desfazer-se desses mesmos bens, dificultando ou impossibilitando, com atos de ilícito desvio de seu patrimônio, a própria liquidação de sua responsabilidade civil, gerando, com esse injusto comportamento, prejuízos gravíssimos a uma vasta coletividade de credores da instituição sob intervenção ou em regime de liquidação extrajudicial (Lei n. 6.024/1974, art. 49 e respectivo § 1º).

Na realidade, a indisponibilidade patrimonial, que apenas afeta o *jus abutendi vel disponendi* do proprietário, qualifica-se como legítima restrição jurídica que incide sobre o direito de livre disposição dos bens pertencentes ao *dominus*, vinculando-os a futura execução civil, em ordem a preservar os interesses da vasta comunidade de credores da própria instituição, cujo desequilíbrio financeiro gerou prejuízos capazes de expor, a situação de risco anormal, os titulares de crédito quirografário.

Em suma, a decisão ora questionada, ao suspender o bloqueio legal gerador da indisponibilidade dos bens do impetrante do mandado de segurança, afetou, de maneira extremamente grave, a própria razão de ser desse instrumento jurídico, inibindo-lhe a plena realização do fim mais expressivo para o qual foi instituído pela lei: o de preservar e o de acautelar a situação jurídico-financeira dos credores da entidade posta em regime de intervenção ou de liquidação extrajudicial.

O fato irrecusável - presente o contexto emergente da causa mandamental em referência - reside na circunstância de que o levantamento da indisponibilidade patrimonial depende, para reputar-se juridicamente viável, do encerramento do inquérito instaurado pelo Banco Central do Brasil, de cujas conclusões decorra o reconhecimento da inexistência de prejuízo (Lei n. 6.024/1974, art. 44) ou da inocorrência de qualquer parcela de responsabilidade dos ex-administradores (Lei n. 6.024/1974, art. 49, *caput*).

No caso, como já salientado pela entidade estatal ora requerente, nenhuma dessas situações ocorreu, mesmo porque, precisamente em virtude da prorrogação dos trabalhos de investigação administrativa, o prazo de conclusão final do inquérito instaurado pelo Banco Central do Brasil foi estendido até o dia 21 de novembro de 1997 (fls. 10, item n. 26).

Cabe registrar uma última observação. A indisponibilidade patrimonial constitui efeito necessário que decorre do ato que decreta a intervenção ou a liquidação extrajudicial de qualquer instituição financeira.

Trata-se de conseqüência que emerge, de pleno direito, desse ato administrativo emanado do Banco Central do Brasil (Lei n. 6.024/1974, art. 36, § 1º), independentemente de qualquer consideração em torno do grau de culpabilidade dos administradores da instituição financeira.

É que essa responsabilidade, para tornar-se efetiva, dependerá de procedimento administrativo - inquérito - a ser instaurado pelo Banco Central do Brasil, consoante explicita o art. 41, *caput*, do estatuto das intervenções e liquidações extrajudiciais de instituições financeiras.

Basta, portanto, para legitimar a efetivação da indisponibilidade patrimonial, a mera condição de ex-administrador da instituição financeira submetida ao regime de liquidação extrajudicial ou de intervenção.

Daí o autorizado magistério de RUBENS REQUIÃO ("Curso de Direito Falimentar", vol 2-224, Saraiva), que, ao enfatizar esse específico aspecto da questão, adverte:

Não se indaga da culpa ou inocência dos administradores, já que a medida é taxativa e insita da intervenção ou liquidação extrajudicial. Por terem sido administradores, simplesmente por isso, terão eles seus bens indisponíveis, até que, investigada sua responsabilidade pelos atos praticados que acarretaram a ruína da instituição financeira, seja ela judicialmente efetivada. (...) A indisponibilidade de bens é absoluta, e nada pode impedir esse efeito da aplicação das normas legais com tal rigor. Os administradores são postos, pela lei, sob suspeita. Só a verificação negativa de sua responsabilidade é que causará a regularização de sua disposição patrimonial (grifei).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Com a intervenção no banco, por força da literalidade da Lei n. 6.024, art. 36, ficou todo o patrimônio de seus ex-administradores indisponível. Esse patrimônio não é apenas o obtido do Banco Santos. A causa dessa indisponibilidade não é a presunção de que todo o patrimônio tenha sido ilicitamente recebido do Banco. O objetivo da lei é garantir, ao final da apuração das responsabilidades, que, se houver responsabilidade da parte de cada um dos administradores, que ele arque com seu patrimônio pessoal por essa responsabilidade. Portanto, eu entendo, assim como o Relator, que a circunstância de esse patrimônio, embora poupado a título de previdência complementar, ter sido adquirido antes da entrada do recorrente no Banco Santos não afasta a ordem legal de indisponibilidade imediata desses bens; essa indisponibilidade é prévia à apuração de responsabilidades. Se ao final ficar constatado que ele não tem responsabilidade, cessará a indisponibilidade. Ou seja, a indisponibilidade não depende de uma prévia apuração ou de uma prévia acusação dos atos de gestão de cada administrador, decorre de expressa disposição de lei em face do regime excepcional de intervenção ao qual foi submetido o banco.

No caso, verifico que pretende o recorrente o resgate antecipado de valores que alcançavam mais de um milhão de reais em fevereiro de 2005. Portanto, assim como o eminente Relator, não vejo diferença substancial entre essa poupança feita a título de previdência complementar e a poupança que pudesse eventualmente ter sido feita por ele ao longo desses anos em uma caderneta de poupança comum.

Penso que a situação é diferente do que se sucederia no caso de uma pessoa que estivesse gozando de aposentadoria com complementação de instituto de previdência privada. Este benefício mensal complementar, a meu ver, gozaria da mesma impenhorabilidade do salário ou da aposentadoria previdenciária. Aquilo que ele recebesse mensalmente como complemento de um benefício previdenciário penso eu que seria impenhorável. Mas, aqui, o que pretende não é continuar a receber, ou passar a receber, mensalmente, um benefício previdenciário complementar, mas o resgate antecipado do capital formado para futuro pagamento, o que, a meu ver, torna esse fundo de previdência complementar com características similares a uma caderneta de poupança.

Portanto, penso que esse resgate antecipado de valores realmente não é possível nos termos da Lei n. 6.024.

Acompanho, portanto, o voto do Relator, com a devida vênia do voto divergente.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, a questão realmente sensibiliza, mas estou em acompanhar o eminente Relator, não somente pelos fundamentos do voto de S. Exa., como também pela adição feita pela eminente Ministra Isabel Gallotti. É que, em primeiro lugar, a lei é objetiva. Ela diz (art. 649, IV, CPC):

Art. 649 - São absolutamente impenhoráveis:

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios (...)

Ou seja, a parcela mensal que é paga ao cidadão é impenhorável, não o resultado de uma poupança que é feita em função do salário. A própria caderneta de poupança resulta de uma economia feita em razão do salário. Se o cidadão é assalariado, ele vive disso, e aquele produto que está na poupança é exatamente, rigorosamente, salário. Apenas que, uma vez indo para a poupança, sob forma de poupança, ela não está sujeita à impenhorabilidade, já não importa mais a fonte, descaracteriza-se a fonte.

O que a eminente Ministra Isabel Gallotti destacou é que S. Exa. daria proteção extensiva, e com isso eu também concordo, se esse pagamento da verba de previdência complementar fosse já como forma de remuneração. Todos nós

sabemos que o PGBL ou o VGBL - a questão é tão somente de tributação, um é progressivo, o outro não - constitui uma renda que pode ser sacada ao término de algum tempo, ou em parcelas, ou inclusive à vista. Hoje é comum os empregadores fazerem em favor dos empregados. Ao invés de constituírem uma previdência complementar fechada, eles, em acordo com determinado banco, fazem um PGBL em prol do empregado e estabelecem determinadas regras - por exemplo, um limite de idade para saque -, e o empregado pode também, paralelamente, adicionar a esse PGBL, uma contribuição pessoal sua, e essa, sim, ele pode sacar quando entender de sua conveniência.

A Sra. Ministra Isabel Galotti diz que essa verba paga, como forma de remuneração, seria uma espécie de montepio e ela estaria protegida, mas não o capital formado para futuro pagamento, porque, aí, sim, ele tem a mesma natureza da poupança. Então, é feita essa distinção, e a hipótese dos autos é a segunda.

Concordo, eminente Ministro João Otávio de Noronha, que é de se lamentar, porque as pessoas, hoje, fazem a sua previdência privada complementar, uma vez que é insuficiente a renda que o INSS proporciona, mas a lei dispõe dessa forma, e não permite uma ampliação. Entendo que quando se diz salários, soldos, remunerações, pensões e pecúlios referimo-nos ao pagamento mensal que é feito a tal título, e não ao capital constituído para a formação de um futuro pecúlio.

Relendo o dispositivo e ouvindo as ponderações que foram feitas ao longo do voto, e sem, evidentemente, deixar de me sensibilizar pelas palavras do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, sempre com muita dose de razoabilidade, conhecimento jurídico e de humanidade, o fato é que a lei quis dar uma proteção para o terceiro; o terceiro que não tem nada a ver com o estouro de uma instituição financeira. Esse é o escopo da lei. E todo aquele patrimônio, que é formado antes, desde o início dos tempos, pelo cidadão, fica realmente indisponível. Também lamento que essa indisponibilidade, muitas vezes, é levada pelo Banco Central ou pela Susep, a uma duração que ultrapassa a longevidade do cidadão. No início, essas liquidações são feitas agilmente e, depois, foram paralisadas no tempo. Mas, realmente, a situação não se enquadra nas exceções do art. 649, do inciso IV. Peço vênica para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator.

Nego provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Eminente Presidente, o *quorum* já está definido. Cumprimento Vossa Excelência, cujo voto pesou bastante para o debate aprofundado da causa. Parabênzo, da mesma forma, o Ministro Relator, pois Sua Excelência analisou todos os pontos da questão de maneira percuciente. Os debates que se seguiram e as ponderações feitas pela Ministra Isabel Gallotti e pelo Ministro Aldir Passarinho Junior também foram bastante elucidativos.

Peço vênua ao voto divergente proferido por Vossa Excelência, pois verifico que, ao ver os planos oferecidos pelo mercado, percebe-se que o PGBL é tratado como produto que os bancos oferecem como “fundo de investimento”.

Nota-se que todos os anúncios tratam da “garantia de rentabilidade mínima”.

Na verdade, cuida-se de fundo de investimento comum.

Então, é possível aplicar agora e tirar daqui a um mês, dois meses. É um fundo de investimento, inclusive com aplicação em bolsa de valores, com carga maior ou menor de especulação.

O segundo aspecto - penso que o debate foi bastante rico -, que me fez inclinar a colher a tese do Ministro Relator, é, também, o fato de que se o Executivo, como disse Vossa Excelência, tem o bônus - que são as luvas, os benefícios -, tem também o ônus que a lei estabelece, qual seja, o de ter o patrimônio submetido a esse constrangimento, como salientou o Ministro Aldir Passarinho Junior, para garantia de terceiro. É o escopo da lei.

Sensibilizei-me bastante quando Vossa Excelência mencionou que, possivelmente, ele aplicou a verba, realmente, como plano de previdência privada. Talvez essa tenha sido a intenção, porque é mais ou menos o que percebemos pelo histórico dos autos.

Contudo, a natureza jurídica da aplicação é a de “fundo de investimento”.

Então, pedindo vênua a Vossa Excelência, compreendendo os motivos e louvando-os, acompanho o voto do Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.157.228-RS (2009/0188460-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.

Advogado: Francisco Martins Codorniz Neto e outro(s)

Recorrido: Paulo Roberto Merg Jardim

Advogado: Daniel Fernando Nardão e outro(s)

Interessados: Megainvest Empreendimentos e Participações Ltda.

EMENTA

Civil e Processual. Ação de cobrança, cumulada com indenização por danos morais. Contratação de empréstimo junto a instituição financeira. Depósito de importância a título de primeira prestação. Crédito mutuado não concedido. Atribuição de responsabilidade civil ao prestador do serviço e à rede de televisão que, em programa seu, apresentara propaganda do produto e serviço. “Publicidade de palco”. Características. Finalidade. Ausência de garantia, pela emissora, da qualidade do bem ou serviço anunciado. Mera veiculação publicitária. Exclusão da lide. Multa procrastinatória aplicada pela instância ordinária. Propósito de prequestionamento. Exclusão. Súmula n. 98-STJ. CDC, arts. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, parágrafo único, e 38; CPC, art. 267, VI.

I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada “publicidade de palco”.

II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir coresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.

III. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” (Súmula n. 98-STJ).

IV. Recurso especial conhecido e 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 provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 27.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou a decisão singular, em acórdão assim ementado (fl. 271):

Apelação cível. Ação indenizatória. Processo Civil. Propaganda enganosa. Relação de consumo.

Legitimidade passiva. Emissora de televisão.

A causa de pedir esta embasada na publicidade enganosa veiculada no programa da emissora de televisão, tendo por objeto o produto ofertado pela anunciante. Aplica-se, *in casu*, a teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas *in status assertionis*, ou seja, em abstrato, a partir do alegado pelo autor na petição inicial, sem ingressar na análise do caso, sob pena de apreciação meritória. Ilegitimidade passiva rejeitada.

Responsabilidade civil. Veículo de comunicação. Propaganda divulgada em programa televisivo.

Hipótese dos autos em que a emissora de televisão utilizou-se do seu prestígio e credibilidade para garantir a lisura do produto ofertado pela anunciante.

Aplicável ao caso o CDC, sendo cabível a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, pois o telespectador encontra-se efetivamente em posição de inferioridade processual ou de hipossuficiência, na medida em que não dispõe dos mesmos recursos e conhecimentos que a emissora de televisão, empresa de grande porte, a qual está habituada a lides como a presente, tendo maiores condições de produzir prova do que o consumidor.

In casu, o telespectador/consumidor contratou o empréstimo anunciado, influenciado pela credibilidade do apresentador da emissora de televisão, que referendou o produto veiculado pela anunciante. É evidente a responsabilidade de mídia televisiva, pois estimulou o consumo do produto anunciado, criando no espírito do consumidor uma falsa noção de que poderia contratar o mútuo fraudulento objeto da publicidade. Dever de indenizar caracterizado, nos termos dos art. 7º, parágrafo único combinado com os arts. 14, 31 e 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, pois a emissora de televisão descuidou do devido senso de responsabilidade social.

Rejeitaram a preliminar. Negaram provimento ao apelo.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados com aplicação de multa (e-STJ fl. 296).

Paulo Roberto Merg Jardim ajuizou ação visando à reparação de danos em razão de publicidade que reputou enganosa promovida pela recorrente, o que lhe teria causado danos morais e materiais, porquanto veiculava notícia de empréstimo mediante depósito prévio de certa quantia, tendo-o efetuado sem, contudo, receber o valor solicitado e tampouco o que havia depositado.

A sentença (e-STJ fls. 183-187) acolheu os pedidos para determinar a restituição do valor depositado para assegurar o empréstimo, R\$ 400,00 (quatrocentos reais), e condenar a ré no pagamento de danos morais, estes no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformada, Rádio de Televisão Bandeirantes Ltda. interpõe recurso especial sustentando ofensa aos artigos 330, I, 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, 3º, 36, parágrafo único, 37 do Código de Defesa do Consumidor, e 45, a, do Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária, além de dissídio jurisprudencial.

Em contrarrazões, o recorrido sustenta o acerto das instâncias ordinárias tanto quanto à legitimidade passiva, como no que concerne ao dever de indenizar.

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 discute a corresponsabilidade da Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. pelo fato de haver veiculado, em programa de TV, por intermédio de seu apresentador, propaganda enganosa de empréstimo oferecido por empresa financeira anunciante, que teria descumprido os compromissos assumidos no anúncio realizado.

A ação foi julgada procedente em ambos os graus da jurisdição ordinária, condenadas as rés ao pagamento de danos materiais no importe de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e danos morais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescidos de correção monetária e juros moratórios, além de custas e verba honorária.

O recurso especial da 2ª ré aponta violação aos arts. 3º e 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, 45, letra **a**, do Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária, e dissídio jurisprudencial.

Quanto à legislação infralegal, não tem ela como ser examinada em sede especial, por refugir à competência do Superior Tribunal de Justiça.

Sigo no exame da questão, por atender o recurso aos demais pressupostos de admissibilidade.

A propaganda televisiva, presentemente, não se faz apenas pela via convencional dos anúncios nos intervalos comerciais, mas também por outros meios, ditados pelo desenvolvimento dos recursos técnicos e pela necessidade de aprimoramento da interação com o telespectador, ante em concorrência constante com as mais diversas formas de comunicação e informação.

Com isso quer-se dizer que, hoje, dispondo o público alvo de inúmeros canais na programação, seja convencional, a cabo ou ambas, pelos quais pode navegar a um simples toque no teclado do comando eletrônico do aparelho, prender a sua atenção tornou-se um desafio.

Daí porque, dentre as novas espécies de propaganda veiculadas em televisão surgiu a chamada “publicidade de palco”, espécie de comercial ao vivo, na qual a mensagem do anunciante, em lugar de ser gravada, é promovida pelo próprio apresentador do programa ou outra pessoa. Essa propaganda, usualmente, tem um tempo estipulado pela emissora e limite de texto, de acordo com a grade do programa, e é realizada na linguagem característica do apresentador e do respectivo “show”.

Há outra variação, ainda dentro da “publicidade de palco”, que é o “comercial chamado”, pelo qual o apresentador, utilizando-se de um texto menor, às vezes jocoso, chama a atenção do telespectador para um comercial que é exibido a seguir, porém sempre dentro do bloco do programa, que também pode ser seguido de um comentário de finalização pelo mesmo apresentador.

Igualmente é considerada como “publicidade de palco” o “*merchandising*”, que tem lugar dentro do programa para fins de memorização de marca, “*slogans*”, etc, usualmente empregando estímulos visuais e textuais, ações conceituais, eventos especiais, sem rigorosa limitação de tempo e texto. Exemplo disso é uma distribuição de brindes de determinado produto à platéia, com um prêmio de viagem inserido em um deles.

Existe, mais, na mesma categoria de “publicidade de palco”, o formato comercial de patrocínio de quadros específicos do programa, que é divulgado no bloco, antes e depois da apresentação do quadro.

Verifica-se, portanto, que a inserção de propaganda em programas de televisão, particularmente nas apresentações “ao vivo”, é, presentemente, praxe comum, ditada pelas exigências de um mercado dinâmico e mutante.

Isso, todavia, não tem absolutamente o condão de modificar a natureza da coisa. Ela é o que é: uma propaganda. E, como tal, há de se distinguir o anunciante, do veículo de mídia que divulga o anúncio.

A responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante.

A tese sufragada pelo acórdão *a quo* está em atribuir à emissora de televisão uma parceria, um coempreendedorismo que não existe nem em contrato, nem na lei. Os jornais, revistas, rádio e televisão têm despesas elevadas e auferem sua receita da propaganda que veiculam. Não são instituições bancárias e financeiras, operadoras de cartões de crédito, de telefonia, fábricas de automóveis, de produtos de beleza e vestuário, empresas de aviação, planos de saúde, etc. Esses anunciam, e as empresas de comunicação, por seus veículos, publicam ou transmitem os anúncios.

Destarte, a denominada “publicidade de palco” não implica a corresponsabilidade da empresa de televisão pelo anúncio divulgado. E

o apresentador está, ali, como se dizia no passado, atuando como “garoto-propaganda”, e não na qualidade de avalista formal, por si ou pela empresa de comunicação, do êxito do produto ou serviço para o telespectador que vier no futuro a adquiri-los.

No caso dos autos, a inicial refere que o autor buscou um empréstimo - e aí a petição é dúbia pois asseve que a finalidade seria a compra de automóvel e depois fala em casa própria (cf. e-stj fl. 04) - e apesar de depositar R\$ 400,00 na conta da 1ª ré, Megainvest Emp. e Part. Ltda., e enviar a documentação correspondente, o valor do mútuo não foi creditado em sua conta corrente, inobstante a promessa contida no anúncio veiculado em programa do apresentador Gilberto Barros, de que o prazo para tanto era de quinze dias.

Verifica-se, portanto, que a alegada falha diz respeito ao produto caracterizado pelo empréstimo e à prestação do serviço de concessão do mútuo, de responsabilidade da 2ª ré, Megainvest, que é a instituição financeira contratada, e só ela, para a operação creditícia, atividade, inclusive, inteiramente alheia ao objeto social da 1ª ré. A 1ª ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., atuou, via “publicidade de palco”, exclusivamente como veiculadora da propaganda, nada além.

E esse é o sentido do Código de Defesa do Consumidor, quando qualifica o fornecedor no art. 3º. Em seu art. 12, ao dispor sobre a “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” (Seção II), aponta “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador”, “por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Da mesma forma, em relação ao “fornecedor de serviços”, atribui-lhe a responsabilidade, no art. 14, quanto a “informações insuficientes ou inadequadas”. E, mais adiante, na Seção III, ao tratar da “responsabilidade por vício do produto e do serviço” a mesma Lei n. 8.078/1990, no art. 18, também indica, textualmente, que “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem” por disparidades ocorrentes entre os bens e a “mensagem publicitária”, por igual o fazendo o art. 20, referente ao “fornecedor de serviços” e discrepância destes com a “mensagem publicitária”.

Em suma, em nenhuma dessas normas é responsabilizado aquele que veicula a propaganda. Ele não é fornecedor, nem tem relação de consumo com o telespectador adquirente do produto ou serviço. Esta é a situação da 1ª ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.

Por fim, em harmonia com o que se disse, rezam os arts. 36, parágrafo único, e 38 da Lei n. 8.078/1990, que:

Art. 36. *Omissis*

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

(...)

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária *cabem a quem as patrocina* (destaquei).

A interpretação dada, pois, pelo Tribunal de Justiça *a quo*, não encontra respaldo na legislação pertinente e, com a máxima vênia, não se mostra razoável, ainda acarretando como consequência o próprio desaparecimento da chamada “propaganda de palco”, posto que é fácil imaginar o alto risco na posição de uma empresa de comunicações que passaria a arcar com a corresponsabilidade por todos os produtos e serviços anunciados, sem que pudesse intervir em seu controle de qualidade e auferir lucros pela venda respectiva.

Apreciando hipótese assemelhada, concernente a ação civil pública movida pelo Ministério Público paulista contra o jornal “O Estado de São Paulo”, com o fim de impor-lhe proibição de veicular, sob pena de multa, anúncios de terceiros que oferecessem crédito com taxa de juros superior a 12% ao ano, a Egrégia 3ª Turma, assim se pronunciou:

Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula n. 282-STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação analógica da Súmula n. 182. Princípio da dialeticidade recursal. Ação civil pública. Consumidor. Veículos de comunicação. Eventual propaganda ou anúncio enganoso ou abusivo. Ausência de responsabilidade. CDC, art. 38. Fundamentos constitucionais.

I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.

II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula n. 182.

III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38).

IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).

V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial.

(3ª Turma, REsp n. 604.172-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, DJ 21.05.2007).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para excluir da lide a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., por ilegitimidade de parte, nos termos do art. 267, VI, do CPC, condenando o autor ao pagamento da metade das custas e a honorários advocatícios, que fixo em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, verba suspensa em face da assistência judiciária de que frui. Afasto, também, a multa imposta à recorrente, nos termos da Súmula n. 98 do STJ.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, eu também acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, entendendo que a emissora de televisão com quem foi contratada a publicidade não está na cadeia de responsabilização objetiva ditada pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há relação de consumo entre a empresa de comunicação que divulga a publicidade e o mutuário que contratou um empréstimo com o banco, atraído pela publicidade. E, em tese, o que não é o caso que está em discussão nesses autos, se houver manifesto abuso na atividade da emissora de comunicação que dolosa ou culposamente prejudique o público alvo dos anúncios televisivos, o que poderia haver seria uma ação baseada na responsabilidade civil comum, e não em responsabilidade objetiva do CDC.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Acompanho o voto do e. Ministro Relator, mas com ressalva, diante da peculiaridade do caso concreto.

2. De fato, é possível vislumbrar hipóteses de manifesto abuso, caso a solução utilizada seja generalizada.

É de se aventar uma situação em que haja propaganda grosseira, como por exemplo de uma empresa de saúde que promete a cura do câncer, e, ainda assim, o veículo de comunicação transmite a publicidade, oferecendo os produtos.

Em um outro exemplo mais bizarro, determinada empresa busca vender uma parte do território de país estrangeiro, ou de outro planeta, e um consumidor, de boa-fé, acreditando na publicidade veiculada, realiza a compra.

Sem mencionar a eventual publicidade de palco de produtos ilícitos, *verbi gratia*, drogas de uso proibido.

Com efeito, são situações engendradas de modo grosseiro, mas que dão bem a medida de como pode haver abuso.

Evidentemente, a análise será subjetiva, mas devem ser respeitados os limites da lei.

3. Por conseguinte, acompanho o voto do e. Relator diante das circunstâncias do caso concreto.

Contudo, não afasto, genericamente, a responsabilidade do veículo de comunicação em todas as hipóteses, por entendê-lo parte legítima para a demanda, dependendo da situação apresentada.

Na verdade, somente o caso concreto permitirá uma análise da pertinência subjetiva para a causa, quando houver manifesto abuso na publicidade, e isso ficar demonstrado nos autos, comprovando-se a responsabilidade dentro da extensão da cadeia de consumo, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, alargando-se o conceito de fornecedor.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator sem qualquer ressalva, porque, nos julgamentos que temos aqui, se se for usar sempre uma lógica tangida por exceções, por algo que possa excepcionalmente ocorrer, nunca produziremos ementas que sirvam de parâmetro para diversos casos. O que temos aqui é um caso absolutamente normal do que pode acontecer em termos de propaganda de um produto ou de um serviço por parte de um veículo de comunicação.

Não houve qualquer defeito nessa propaganda no que diz respeito a ela própria. O defeito veio a ocorrer lá na prestação do serviço ou lá no fornecimento do produto. E isso, a meu ver - a não ser em um caso excepcional, que nem consigo imaginar aqui, e também não vi nos exemplos que se tentou trazer -, não tem nenhuma relação com o caso que estamos julgando aqui, pois é um caso absolutamente dentro da normalidade, dentro de uma regra, dentro de uma

lógica absolutamente perfeita. De modo que, com base nessa lógica, com base nessa normalidade, podemos, sim, dizer que a responsabilidade pela qualidade do produto ou do serviço não alcança a pessoa do veículo de comunicação em situações que realmente não apresentem qualquer excepcionalidade, como é o caso aqui.

Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, sem qualquer ressalva.

RECURSO ESPECIAL N. 1.167.525-RS (2009/0223926-7)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Harry John

Advogado: Helena Tafas da Nóbrega

Recorrido: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil

Advogados: Márcio Alves da Silva e outro(s)

Hélio da Costa Garcia Júnior e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Recurso especial. Plano de saúde. Cobertura. Negativa. Procedimento de urgência. Dano moral. Cabimento. Recurso provido.

I. A recusa da cobertura de procedimento médico-cirúrgico por parte de prestadora de plano de saúde enseja dano moral quando aquela se mostra ilegítima e abusiva, e do fato resulta abalo que extrapola o plano do mero dissabor.

II. Caso em que a situação do autor era grave e o risco de sequelas evidente, ante a amputação, por necrose, já ocorrida em outro membro, que necessitava urgente de tratamento preventivo para restabelecer a adequada circulação.

II. Recuso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 28.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Harry John ajuizou ação visando a compelir a ré, Caixa de Assistência dos Funcionário do Banco do Brasil - Cassi, a dar cumprimento ao contrato de seguro saúde, além de condenação por danos morais.

Relata a inicial (e-stj fls. 02-26) que, por decorrência de problemas de saúde, foi submetido a intervenção cirúrgica chamada de “angioplastia com colocação de quatro *stents* e um cateter em membro inferior direito”, procedimento autorizado pela ré, embora com restrição de “implantação de apenas um *stent*” (e-stj fl. 05).

Inobstante o sucesso da intercorrência, padeceu de complicação vascular, ao que “restou necessária a amputação parcial dos dedos por necrose e, posteriormente, com ampliação da amputação para o ante pé” (e-stj fl. 05).

Nova solicitação foi feita à demandada para que autorizasse a “realização de procedimento para a colocação de *stent* também no membro inferior esquerdo, sob a justificativa de risco iminente de amputação do pé esquerdo que, embora em menor escala do que o membro direito, estava apresentando os mesmos problemas evidenciados neste, já com sinais inequívocos de insuficiência arterial” (e-stj fl. 05), o que foi negado pela seguradora, daí a causa próxima de pedir.

A sentença (e-stj fls. 141-145) julgou parcialmente procedente o pedido, afastando o dever de indenizar.

As partes apelaram, e os recursos foram desprovidos pelo Tribunal Estadual, em acórdão que restou assim ementado (e-stj fl. 198):

Plano de saúde. Unimed. Negativa de cobertura. Dano moral.

O fato de o autor ter aborrecimentos com a negativa de cobertura da ré, não chega a caracterizar dano moral e alvo de reparação. A compreensão do dano moral se apresenta consubstanciada numa dolorosa sensação experimentada pela pessoa, não estando presente num mero dissabor ou transtorno.

Pedido de limitação de abono em 70%, que não prospera. Previsão contratual.

Admitida a compensação dos honorários, conforme Súmula n. 306 do STJ e artigo 21 do CPC.

Apelações desprovidas.

Seguindo inconformado, vem o autor a esta Corte Superior alegando violação aos artigos 6º, VI, 14, do Código de Defesa do Consumidor, e 186, do Código Civil, associada a dissídio jurisprudencial, postulando a condenação da ré à indenização por danos morais.

Sem contra-razões (e-stj fl. 243).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): A meu ver, assiste razão ao recorrente.

Os fatos narrados na inicial não foram negados pelas instâncias ordinárias, tendo mesmo o aresto vergastado consignado que “a indenização por dano moral perseguida está fundamentada no aborrecimento enfrentado pelo autor, em decorrência da negativa de cobertura” (e-stj fl. 202).

Com efeito, são inúmeros os precedentes desta Corte que informam ser indevida a condenação em danos morais pelo mero descumprimento contratual.

Todavia, a negativa da cobertura securitária pela ré, cuja legitimidade foi afastada pelas instâncias ordinárias, extrapolou o plano do mero desconforto, na hipótese vertente.

Ora, o autor, mesmo submetido a intervenção cirúrgica em um dos membros inferiores, experimentou a amputação parcial deste.

Desse modo, a constatação de sintomas similares no outro membro autoriza supor que o demandante temeu pela sua perda, caso não se submetesse ao mesmo procedimento o quanto antes.

Dessarte, inadmissível imaginar que a negativa da ré em autorizar a intervenção cirúrgica, tida por injusta pelas instâncias ordinárias, não teria extrapolado o plano do simples descontentamento, ante o legítimo temor pela perda do membro que, não fosse por si só extenuante, diminuiria a, provavelmente já diminuída, capacidade de locomoção de pessoa sexagenária, o que justifica, inclusive, a prioridade de tramitação do presente feito, nos termos da Lei n. 12.008/2009, assim anotado pela Secretaria desta Corte. Para exame:

Civil. Processo Civil. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa indevida da seguradora em custear cirurgia de emergência. Alegação não comprovada de doença preexistente à contratação do seguro. Direito à cobertura reconhecido. Danos morais. Ocorrência.

1. No pleito em questão, o autor submeteu-se a uma cirurgia de emergência de um tumor maligno no cérebro, recusando a seguradora a arcar com as despesas médico-hospitalares ao argumento de preexistência da doença quando da assinatura do contrato. As instâncias de 1º e 2º grau julgaram restar incomprovadas as alegações da empresa-recorrida, reconhecendo o direito do autor à cobertura pleiteada, lhe sendo reembolsados os gastos com a cirurgia e o pagamento do tratamento quimioterápico, nos termos do contrato firmado entre as partes.

2. Quanto aos danos morais, o Tribunal, reformando a sentença neste ponto, considerou que a indevida recusa da seguradora, inobstante ter causado “transtornos e mal-estar ao autor”, não configurou a ocorrência do dano moral pleiteado.

3. O Acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento firmado nesta Corte, consoante o qual “a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada”. Precedentes.

4. Ademais, como, também, já tem decidido esta Corte, em casos como este “não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele *in re ipsa*, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação”. Precedentes.

5. Considerando as peculiaridades do pleito em questão, e em acordo com precedentes desta Corte em casos assemelhados, versando sobre recusa indevida de cobertura securitária, restabeleço a sentença de 1º grau, mas reduzindo o valor reparatório por danos morais, para fixá-lo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

6. Recurso conhecido e provido.

(4ª Turma, REsp n. 880.035-PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, unânime, DJU de 18.12.2006).

Plano de saúde. Cobertura. Danos morais. Exaurimento de instância. Decisão. Embargos de declaração. Recurso manifestamente improcedente. Aplicação de multa. Art. 557 § 2º, CPC.

1. A rejeição dos embargos de declaração por decisão monocrática do relator não afasta o exaurimento de instância ocorrido com a prolação de aresto embargado proferido em sede de apelação. Não-incidência da Súmula n. 281-STF.

2. *A recusa indevida à cobertura de cirurgia necessária a tratamento* de urgência decorrente de doença grave é causa de danos morais.

3. Cabe aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC na hipótese de se tratar de recurso manifestamente improcedente e procrastinatório.

4. Agravo regimental improvido. Aplicação de multa de 10% sobre o valor corrigido da causa.

(4ª Turma, AgRg no Ag n. 1.110.571-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, DJe de 17.08.2009).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Direito Civil e do Consumidor. Responsabilidade civil. Plano de saúde. Negativa ilegal de cobertura. Dano moral. Cabimento.

1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento contratual não enseja o direito ao ressarcimento dos danos morais, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, considerada injusta a recusa de cobertura de seguro de saúde, é devida a indenização pelo agravamento da situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do assegurado. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(3ª Turma, AgRg no Ag n. 1.100.359-MT, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), unânime, DJe de 03.12.2010).

Assim, tendo em vista a peculiar situação revelada nos autos, tenho que é cabível a condenação em danos morais que, entretantes, há de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para condenar a ré ao pagamento dos danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos a partir desta data. Com o resultado deste julgamento, a

ré se torna totalmente sucumbente, pelo que arcará com as custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.173.287-SP (2010/0002875-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Banco Cooperativo do Brasil S/A - Bancoob

Advogados: Guilherme Pimenta da Veiga Neves

José Manoel de Arruda Alvim e outro(s)

Recorrido: Carlos Iwao Taquiguthi e outros

Advogados: Paulo Sérgio S Franqueira e outro(s)

Nelson Nery Júnior e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual Civil. Solidariedade passiva entre banco cooperativo e cooperativa de crédito. Inexistência. Ação monitória. Ilegitimidade passiva.

1. Não há solidariedade passiva entre banco cooperativo e cooperativa de crédito quanto às operações bancárias por esta realizadas com seus cooperados, uma vez que o sistema de crédito cooperativo funciona de molde a preservar a autonomia e independência - e consequente responsabilidade - de cada uma das entidades que o compõem.

2. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

3. É parte ilegítima para figurar no polo passivo do procedimento monitório a instituição financeira (banco cooperativo) que não contrata diretamente com o cooperado, cabendo à cooperativa de crédito responder pelos prejuízos a que der causa.

4. 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, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). José Manoel de Arruda Alvim, pela parte Recorrente: Banco Cooperativo do Brasil S/A Bancoob

Dr(a). Paulo Sérgio S Franqueira, pela parte Recorrida: Carlos Iwao Taquiguthi

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 11.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se, na origem, de ação monitória ajuizada por *Carlos Iwao Taquiguthi* e outros contra o *Banco Cooperativo do Brasil S.A. - Bancoob*, com o objetivo de que lhes sejam devolvidos os valores relativos aos depósitos e às aplicações financeiras por eles realizadas na Credibrag - Cooperativa de Crédito Rural das Regiões Nordeste Paulista e Sul Mineira, na cidade de Bragança Paulista, quantias essas que estariam, segundo os recorridos, depositadas no banco recorrente, dada sua condição de instituição bancária que administra o fluxo financeiro do sistema de cooperativas ao qual está vinculada aquela entidade do interior paulista.

Tanto o juízo singular quanto o Tribunal Estadual reconheceram haver, no caso, solidariedade passiva entre a cooperativa e o banco e determinaram o pagamento dos valores reclamados pelos autores, após verificada a revelia do recorrente e a constituição do título executivo judicial respectivo. Esclareça-se, por oportuno, que a cooperativa Credibrag encontrava-se, à época dos fatos, sob o regime de liquidação extrajudicial.

O recurso especial foi interposto pelo banco cooperativo com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o acórdão

de fls. 3.003-3.024, prolatado pela Décima Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e assim ementado:

Legitimidade *ad causam*. Monitória. Instituição financeira (Bancoob) comercial privada formada por cooperativas de centrais de crédito. Fornecimento de serviços bancários em geral. Banco dotado de todos os reclamos, devendo arcar com as consequências de sua eventual omissão. Acordo existente entre o banco e a cooperativa (Res. n. 3.226/04 do Bacen, art. 2º), devendo ser cumprido. Solidariedade passiva caracterizada entre o banco e a cooperativa, em liquidação extrajudicial, que reteve os valores depositados. Aplicabilidade do art. 265 do CC c.c. art. 275 do *Codex*. Legitimidade passiva caracterizada. Recurso improvido.

Monitória. Rito procedimental. Pretensão à declaração albergada no art. 1.102 e demais da norma, objetivando o pagamento de rigor. Embargos monitorios lentigrados. Comando judicial de acordo com a *mens legis* declarando de pleno direito o título executivo judicial. Inadequação ritual afastada. Recurso improvido.

Embargos de declaração aviados pelo ora recorrente foram rejeitados pelo acórdão de fls. 3.037-3.038.

Contrarrazões ofertadas às fls. 3.257-3.341.

O recurso especial foi inadmitido na origem. Dei provimento ao agravo de instrumento interposto contra tal decisão a fim de melhor examinar a matéria submetida a julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Alega-se, no recurso especial, violação dos seguintes dispositivos legais: artigos 45, 51, 186, 265, 275, 586, 627, 638, 640, 643 e 927, todos do Código Civil; artigos 130, 332, 333 II, 267, § 3º e inciso VI, e 1.102 c, do Código de Processo Civil; artigos 4º, VIII, e 10, IX, da Lei n. 4.595/1964; artigos 4º, 6º, 7º, 71, 72, 73, 74, 76 e 92, I, da Lei n. 5.764/1971; artigos 18, 22 e 27 da Lei n. 6.024/1974; ou, alternativamente, contrariedade ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Admito o recurso, uma vez presentes todos os requisitos exigidos para tanto. Não procede a alegação, feita em contrarrazões, de que o recurso seria intempestivo em razão de os embargos de declaração opostos ao acórdão recorrido terem sido protocolados no foro regional de Pinheiros, e não na sede do Tribunal. Como já esclarecido no despacho de inadmissibilidade de fls.

3.037-3.038, “o uso do sistema de protocolo integrado não se aplica somente aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça”. No julgamento do REsp n. 204.765-SP, cujo acórdão foi relatado pelo Min. Ruy Rosado Aguiar, definiu-se que:

Recurso. Prazo. Protocolo integrado. Embargos de declaração. É tempestivo o recurso dirigido a Tribunal Estadual se a petição, mesmo ingressando na Secretaria após o vencimento do prazo, foi ajuizada a tempo pela parte, utilizando-se do sistema de protocolo integrado instituído no Estado de São Paulo. A restrição ao uso do protocolo único só diz com os recursos apresentados aos Tribunais superiores, que se regulam por lei federal.

Recurso conhecido e provido.

Diga-se, a propósito, que, após o cancelamento da Súmula n. 256 desta Corte, até mesmo aos recursos dirigidos aos Tribunais superiores foi estendido o uso do protocolo integrado.

Passo ao exame das razões elencadas no apelo, analisando, em primeiro lugar, a alegação de ilegitimidade passiva do Bancoob, invocada desde as instâncias ordinárias pelo ora recorrente, para quem não há, no caso, a alegada solidariedade entre aquela instituição financeira e a Credibrag. O acórdão recorrido teria, por isso, violado a regra insculpida no artigo 265 do Código Civil, segundo a qual: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Da análise que fiz, concluo que tem razão o recorrente e considero ter o acórdão recorrido violado a norma em questão.

Necessário, no entanto, para justificar meu posicionamento quanto à matéria, adentrar o exame, ainda que perfunctório, dos fatos descritos no acórdão recorrido e nas razões trazidas pelas partes. Alerta-se, desde já, que tal incursão no campo dos fatos, para deles extrair consequências jurídicas, não implica desprezo ao teor da Súmula n. 7 deste Tribunal.

Ao contrário, já se decidiu que: “A Súmula n. 7 do STJ, vedando o reexame de prova, para a determinação dos fatos, não impede a valoração das consequências jurídicas de fatos certos e incontroversos, a qual deve ser realizada mediante a análise dos dispositivos legais pertinentes” (REsp n. 1.091.842-SP, relator o eminente Ministro Sidnei Beneti).

Inicialmente, e a fim de melhor compreender o funcionamento do sistema cooperativo de crédito e as complexas relações que dele advêm, valho-me da

lição de Carlos Roberto Faleiros Diniz e Gustavo Saad Diniz (Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil, n. 15, 2002, p. 45-46):

A partir de 1995, com a edição pelo Bacen da Res. n. 2.193, de 31 de agosto, autorizou-se uma nova estrutura do Sistema de Crédito Cooperativo e permitiu-se a criação dos bancos cooperativos no Brasil. Uma nova estruturação do crédito cooperativo foi definida e, a partir desse momento, novas relações jurídicas cooperativistas e financeiras tiveram início. Obviamente, as repercussões nas fontes jurídicas (normativas, doutrinárias e jurisprudenciais) são iminentes e, todas elas, marcadas pelo ineditismo trazido pela inovação nessa matéria.

O intuito da nova regulamentação foi de alcançar as operações de mercado cabíveis somente aos bancos múltiplos, viabilizando sua atuação no mercado aberto e buscando melhor atender às categorias econômicas que representam (cooperativados). Assim, o princípio motor da criação dos bancos cooperativos foi permitir que as cooperativas de crédito se reunissem e instituísem, como acionistas, os bancos cooperativos. Para a criação dos Bancos Cooperativos foi necessária a criação de uma ordenação lógica que viabilizasse seu controle. Para tanto, foi determinado que as *Cooperativas de Crédito Singulares* (previstas pelo inciso I, art. 6º, da L. n. 5.764, 16.12.1971) seriam proprietárias de ações preferenciais dos bancos cooperativos e, além disso, unir-se-iam em *Cooperativas Centrais de Crédito* (inciso II, art. 6º, L. n. 5.764, 16.12.1971), que, por sua vez, seriam as controladoras, ou seja, *acionistas ordinárias desses bancos*.

Com essa estruturação normativa, as Cooperativas Singulares de Crédito (CSs), Cooperativas Centrais de Crédito (CCs) e os Bancos Cooperativos (BCoos) são *peçoas jurídicas autônomas, independentes e completamente responsáveis pelas obrigações que assumem em seu nome*. Somente como exemplificação e concretização do raciocínio, o Bancoob foi constituído, nos termos da Res. n. 2.193/95 do Bacen (atualmente em vigor a Res. n. 2.788/2000), com o objetivo principal, dentre outros, de *propiciar autonomia operacional, movimentando os recursos financeiros das Cooperativas, Centrais e Singulares, através da sua conta Reserva Bancárias e efetuar o serviço de compensação de cheques e outros papéis*, dentre outros serviços.

E prosseguem aqueles autores (ob. cit. p. 50-51):

O Sistema Cooperativo de Crédito tem como finalidade maior permitir acesso ao crédito e a realização de determinadas operações financeiras dentro de uma Cooperativa Singular de Crédito, trazendo benefícios aos associados desta cooperativa. Para viabilizar esse objetivo, estruturou-se um sistema que tem três princípios básicos:

Primeiro, trazer segurança jurídica ao cooperado, que opera seus recursos perante a Cooperativa Singular.

Segundo, permitir que instituições financeiras não-bancárias, que são as Cooperativas Singulares, possam prestar o serviço e oferecer o crédito aos seus associados, utilizando-se dos serviços prestados pelo Banco Cooperativo aos seus sócios (Cooperativas Centrais e Singulares).

Terceiro, estruturar autonomamente as instituições, garantindo a liquidez de uma Cooperativa Singular, independentemente da situação financeira de outra Cooperativa Singular.

Assim concebido, o Sistema tem duas relações instrumentais ou de meio, para garantir a efetividade da relação finalística ou objetivo, que é o acesso do cooperado ao crédito.

Conforme já foi afirmado no Item n. 03, as relações são autônomas, mas idealizadas para alcançar o fim de permitir negócios jurídicos de mútuo, depósito e desconto entre o cooperado e a Cooperativa Singular, que se formam, via de regra, com a natureza jurídica de ato cooperativo.

Viabilizando este fim, operam dois meios ou instrumentos de prestação de serviço para sua ocorrência. São relações jurídicas civis entabuladas entre a Cooperativa Singular, a Cooperativa Central e o Banco Cooperativo.

As Cooperativas Singulares se reúnem em uma Cooperativa Central para que tenha a sua atuação gerenciada e para usufruir de serviços da Central. O Cooperado não tem relacionamento com a Central.

As Cooperativas Centrais se unem como acionistas ordinárias e criam o Banco Cooperativo. As relações entre Cooperativas Simples e Cooperativas Centrais, e Cooperativas Centrais e Banco Cooperativo, são negócios jurídicos de natureza civil, praticados entre pessoas jurídicas para contratação de prestação de serviços específicos.

Para permitir a compensação de cheques (com o número de compensação do Banco Cooperativo) e outros serviços, as Cooperativas Singulares aderem a convênios, contrato que serve de meio para que as Cooperativas Simples possam realizar o ato cooperativo.

O Banco Cooperativo abre uma Reserva Bancária em favor da Cooperativa Singular e desconhece quem sejam os cooperados, até porque não tem relação com eles. A Cooperativa Central faz o monitoramento das operações da Cooperativa Singular. Se a Cooperativa Singular perde a sua liquidez, fazendo saques sem a provisão de fundos em sua Reserva Bancária do Banco Cooperativo, ocorre o descredenciamento e a finalização da conta operacional da Cooperativa Singular insolvente. As demais Cooperativas Simples que fazem parte do convênio não têm qualquer abalo em sua estrutura, tampouco em sua liquidez, se houver quebra do serviço da Cooperativa Simples inadimplente.

A falta do pagamento aos cooperados é de responsabilidade da Cooperativa Simples inadimplente. Os créditos dos cooperados são inoponíveis às pessoas

jurídicas com quem não têm relação jurídica, ou seja, Cooperativas Centrais e Banco Cooperativo. Se não houver o pagamento dos depósitos, a Cooperativa de Crédito poderá ser liquidada pelo Bacen, na forma do art. 15, da L. n. 6.024/1974.

Jacqueline Rosadine de Freitas Leite caminha na mesma direção, ao asseverar, com propriedade, em artigo inserto na obra “Aspectos Jurídicos das Cooperativas de Crédito”, Ed. Mandamentos: Belo Horizonte, 2005, p. 129-132), que:

O acesso à conta Reservas Bancárias e a integração ao SCCOP (serviço de compensação de cheques e outros papéis), contudo, não transforma as cooperativas em agências dos bancos contratados, como equivocadamente crêem alguns. A cooperativa utiliza-se dos serviços dos bancos cooperativos para prestar outros serviços aos seus associados. Os bancos possibilitam às cooperativas viabilizarem a sua atividade-fim.

(...) Assim, a cooperativa não atua como agência do banco contratado, sendo de sua responsabilidade exclusiva, independentemente do contrato firmado, a prestação de serviços aos cooperados. É a cooperativa que fornece os serviços de depósito e conta corrente aos cooperados, e contra elas são sacados os cheques de seus correntistas, sendo o banco apenas o agente intermediador do acesso ao serviço de compensação e aos sistemas de pagamento.

A relação estabelecida entre bancos e cooperativas de crédito obedece aos ditames da legislação cível/comercial, conjugado com as normas editadas pelo CMN e Bacen, que regulamentam o Sistema Financeiro Nacional.

Mesmo sendo instituições financeiras autorizadas, independentes e autônomas, com Diretoria eleita entre seus associados, fiscalizadas por um Conselho Fiscal e pelo Bacen, as cooperativas de crédito não são bancos. São sociedades de pessoas, com a finalidade de prestar assistência financeira mútua, sem objetivo de lucro, em conformidade com a Lei n. 5.764/1971.

As cooperativas, ao receberem depósitos de associados, efetuam essa captação e prestam todos os demais serviços bancários em seu próprio nome, respondendo diretamente, como pessoas jurídicas independentes e autônomas, pelo relacionamento jurídico com seus cooperados.

O cooperado não estabelece nenhuma relação direta com o banco e nem existe vínculo jurídico contratual entre eles. O associado abre e mantém sua conta corrente na cooperativa, que fica responsável pelos depósitos recebidos e pelo pagamento ou não dos cheques emitidos pelos seus cooperados. Assim, quem responde pela devolução dos cheques é a cooperativa.

Não existe solidariedade entre bancos e cooperativas pelos serviços que estas prestam a seus cooperados. As responsabilidades dos bancos, notadamente

os cooperativos, restringem-se à prestação dos serviços efetuados para as cooperativas e não para os associados. Existe apenas uma relação jurídica entre banco e cooperativa e nenhuma entre banco e cooperado. Ademais, a solidariedade não se presume, decorre de lei ou de vontade das partes, o que não é o caso.

Os bancos cooperativos respondem exclusivamente pelos serviços que prestam às cooperativas centrais e singulares de crédito, devendo zelar pela qualidade dos serviços prestados, nos moldes da legislação vigente.

Como se vê, o sistema de crédito cooperativo foi concebido e funciona de molde a preservar a autonomia e independência das diversas entidades que o compõem. Como consequência, cada uma dessas entidades assume também responsabilidade própria e exclusiva pelos atos que pratica sem contaminar as demais.

Contrariar essa lógica, atribuindo responsabilidades a entidades que não participaram diretamente dos negócios jurídicos, acarreta fragilidade a todo o sistema, fazendo com que todos paguem pela inércia de alguns, uma vez que, no sistema cooperativo, o cooperado é, ao mesmo tempo, o beneficiário e o dono da estrutura cooperativista, cabendo-lhe usufruir das vantagens, mas também fiscalizar as atividades da entidade a que se encontra vinculado.

Por outro lado, ao contrário do que fora afirmado pelos recorridos, as cooperativas podem, sim, realizar diversas operações bancárias, entre elas aquelas realizadas pela Credibrag.

Com efeito, a Resolução n. 2.771, de 30.08.2000, do Conselho Monetário Nacional, editada com base na Lei n. 4.595/1964, claramente prevê, em seu artigo 9º, entre outras, as seguintes operações que podem ser efetuadas pelas cooperativas de crédito: a) captação de recursos de associados, oriundos de depósitos à vista e depósitos a prazo sem emissão de certificado; b) concessão de créditos aos associados nas modalidades de (i) desconto de títulos, (ii) operações de empréstimos e financiamentos, (iii) crédito rural; c) aplicações de recursos no mercado financeiro, inclusive depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado, observadas eventuais restrições legais e regulamentares específicas de cada aplicação; d) prestação de serviços.

Percebe-se, portanto, que as operações bancárias levadas a efeito pela Credibrag com os recorridos em nada diferem daquelas enumeradas pelo CMN como passíveis de serem realizadas pelas cooperativas.

Não impressiona também o argumento de que deve ser reconhecida a solidariedade entre o banco e a cooperativa, visto que essa entidade, nos talões de cheques dos seus cooperados, utiliza-se do número do Bancoob. Trata-se, na verdade, de exigência imposta pela própria autoridade fiscalizadora, o Banco Central do Brasil, regulamentada por meio de suas circulares, a fim de que possam os cheques da cooperativa integrarem o Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis. Outros impressos acostados aos autos, da mesma forma, sempre fazem referência ou à cooperativa, exclusivamente, ou a ela e a alguma outra entidade integrante do sistema cooperativista, inclusive o Bancoob, sem força suficiente, no entanto, para induzir os que com ela se relacionam ao equívoco quanto à pessoa jurídica com a qual estão contratando.

No que se refere à alegação dos recorridos, de que o próprio Bancoob teria confessado sua responsabilidade em documento por ele encaminhado à Cooperativa Central de Crédito Rural do Estado de São Paulo Ltda. - Cocecrer-SP, o efeito jurídico daquele documento junto aos cooperados é nenhum, como bem anotado no r. voto vencido, uma vez que se refere, apenas e tão somente, às cooperativas centrais e singulares.

O que parece ocorrer, neste e noutros casos envolvendo cooperativas de crédito, é que a desinformação, bem como o mau gerenciamento daquelas entidades, são fatores preponderantes para que este poderoso mecanismo de assistência financeira não se tenha tornado ainda tão confiável a ponto de cumprir integralmente sua importante missão social.

Verifico, finalmente, que o recurso especial veio calcado também na alínea c, do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, e que a demonstração da divergência com o aresto recorrido foi suficientemente demonstrada, pelo que, também sob esse aspecto, merece provimento o apelo.

Reconhecida, pois, a ilegitimidade passiva do Bancoob em razão da inexistência de solidariedade entre ele e a cooperativa de crédito Credibrag, pessoa jurídica com quem os recorridos efetivamente contrataram, *é de se dar provimento ao recurso e, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, julgar extinta a ação monitória proposta contra o recorrente, invertendo-se os ônus sucumbenciais.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.189.273-SC (2008/0181666-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Centro Acadêmico de Direito Edézio Nery Caon

Advogado: Arthur Villamil Martins e outro(s)

Recorrido: Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense -
Fundação Uniplac

Advogada: Ana Cristina de Oliveira Agustini e outro(s)

EMENTA

Ação civil pública. Centro acadêmico de direito. Legitimidade. Associação civil regularmente constituída. Representação adequada. Lei n. 9.870/1999. Exegese sistemática com o CDC.

1. Os “Centros Acadêmicos”, nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários, regularmente constituídos e desde que preenchidos os requisitos legais, possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, de índole consumerista, dos estudantes do respectivo curso, frente à instituição de ensino particular. Nesse caso, a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos arts. 82, IV, do CDC, e art. 5º da Lei n. 7.347/1985.

2. A jurisprudência do STF e do STJ reconhece que, cuidando-se de substituição processual, como no caso, não é de exigir-se autorização *ad hoc* dos associados para que a associação, regularmente constituída, ajuíze a ação civil pública cabível.

3. Por outro lado, o art. 7º da Lei n. 9.870/1999, deve ser interpretado em harmonia com o art. 82, IV, do CDC, o qual é expresso em afirmar ser “dispensada a autorização assemblear” para as associações ajuizarem a ação coletiva.

4. Os centros acadêmicos são, por excelência e por força de lei, as entidades representativas de cada curso de nível superior, mercê do que dispõe o art. 4º da Lei n. 7.395/1985, razão pela qual, nesse caso,

o “apoio” a que faz menção o art. 7º, da Lei n. 9.870/1999 deve ser presumido.

5. Ainda que assim não fosse, no caso houve assembléia especificamente convocada para o ajuizamento das ações previstas na Lei n. 9.870/1999 (fls. 76-91), havendo sido colhidas as respectivas assinaturas dos alunos, circunstância em si bastante para afastar a ilegitimidade aventada pelo acórdão recorrido.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 04.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. O Centro Acadêmico de Direito Edézio Caon ajuizou ação civil pública em face da Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense - Uniplac, no interesse dos estudantes do curso de graduação em direito, objetivando o reconhecimento da ilegalidade e abusividade de algumas condutas praticadas pela ré, notadamente as relativas a reajuste de anuidade sem observância de prazo mínimo de divulgação; taxa de matrícula com média de 22 créditos e taxa de matrícula efetuada fora do prazo; a não-divulgação da proposta de contrato de adesão aos alunos; imposição de matrícula em no mínimo 12 (doze) créditos.

O Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública, Executivos Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Lages-SC julgou extinto o feito por ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido (fls. 614-627).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Ação civil pública. Reajuste de mensalidades em curso de graduação (Direito). Centro acadêmico. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Preliminar acolhida. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

Não possui o Centro Acadêmico legitimidade ativa para propor ação civil pública visando defender direito coletivo de apenas uma parcela da coletividade estudantil interessada, e sem autorização mínima exigida em lei (art. 7º da Lei n. 9.870/1999).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 725-729).

Sobreveio recurso especial, arremetido na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 5º da Lei n. 7.347/1985, art. 4º da Lei n. 7.395/1985, art. 7º da Lei n. 9.870/1999 e art. 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Alega o recorrente, em linhas gerais, ser parte legítima para ajuizar ação civil pública no interesse dos alunos de direito da instituição de ensino ré, pugnando, com efeito, o prosseguimento da ação.

Sem contrarrazões, o especial foi inadmitido (fls. 760-761).

Dei provimento ao Ag. n. 1.090.315-SC para converter o instrumento em recurso especial, nos termos do art. 544, § 3º, do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Afirma-se, de início, a competência das Turmas de direito privado para conhecer do presente recurso, haja vista se tratar de relação jurídica estritamente privada, precisamente alusiva a relação de consumo entre estudantes e instituição privada de ensino superior. Tem-se analisado, em diversas oportunidades, por exemplo, questão relativa à devolução de mensalidades pagas quando não cursados créditos correspondentes (REsp n. 895.480-SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 22.11.2010; REsp n. 893.648-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02.10.2008, DJe 15.10.2008).

3. No mérito, é importante ressaltar que os centros acadêmicos universitários se inserem na categoria de associação civil, pessoa jurídica criada a partir da união de pessoas cujos objetivos comuns de natureza não econômica se convergem.

“Centro acadêmico”, como alerta Fábio Ulhoa Coelho, é apenas a nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários.

Assim:

Algumas expressões são tradicionalmente empregadas na denominação da associação em função de seus fins. Assim, é comum chamá-la de *instituto*, quando tem natureza cultural; de *clube*, quando seus objetivos são esportivos, sociais ou de lazer; de *academia de letras*, quando reúne escritores; de *centro acadêmico*, quando congrega estudantes de determinado curso universitário (*Curso de direito civil: parte geral, volume I*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263).

Nesse passo, o que se pretende demonstrar, no presente recurso especial, é que um centro acadêmico, na condição de associação civil, possui legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa dos interesses dos estudantes do respectivo curso, no caso, graduação em direito.

4. De fato, o processo coletivo pode ser ajuizado, também, por entidades civis, como associações e sindicatos, ou defendendo diretamente seus associados, ou todo o grupo (ainda que não associados), desde que compatível com os fins institucionais.

No primeiro caso, a atuação dá-se por representação, e se exige expressa a outorga da procuração do interessado.

Na segunda hipótese, como são exemplos as ações civis públicas, em regra, ocorre a substituição processual, sendo que a entidade atua em juízo em nome próprio, defendendo direito alheio (de todo um grupo), evidentemente dispensada a procuração.

Nessa esteira, para legitimar-se ao ajuizamento de ação civil pública, a associação deve preencher os requisitos legais, notadamente os alusivos à qualidade dos direitos postos em litígio e à chamada representatividade adequada.

4.1. No caso concreto, ao contrário do que foi sufragado nas instâncias ordinárias, entende-se, a toda evidência, que os direitos postos em juízo, por

dizerem respeito a interesses individuais dos estudantes de direito frente à instituição, são direitos individuais homogêneos, pois derivam de uma origem comum, qual seja, o regulamento da faculdade/universidade e os contratos de adesão celebrados entre a instituição de ensino e a cada aluno.

Com efeito, no particular, mostra-se viável a defesa coletiva de direitos pelo centro acadêmico, mediante ação civil pública, mercê do que dispõe o art. 81, § único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Quanto à representatividade adequada, exigem-se o requisito temporal e a pertinência institucional da associação, nos termos do art. 82, inciso IV, do CDC:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

4.2. Segundo noticia a sentença, o art. 1º do Estatuto do Centro Acadêmico estabelece que a associação “tem por finalidade ser órgão de representatividade dos estudantes de Direito da Uniplac, dentro e fora da Faculdade, congregando e defendendo seus interesses” (fl. 619).

Por outro lado, o acórdão recorrido entendeu que, muito embora o estatuto preveja a defesa dos interesses dos estudantes de direito, não contempla a “defesa de eventual direito patrimonial dos acadêmicos (reajuste de mensalidades e nulidade de cláusulas contratuais)” (fl. 710).

Ocorre, porém, que se o estatuto não restringe quais os interesses a serem defendidos pelo centro acadêmico, parece adequado supor que a disposição é ampla, de modo a apanhar todos aqueles interesses que digam respeito aos estudantes de direito, em todas as suas relações acadêmicas, notadamente nessa relação binária aluno/instituição de ensino.

No caso, exigir uma expressa previsão estatutária do Centro Acadêmico para a defesa de interesses individualizados, como procedeu o acórdão, é afastar dessa associação a possibilidade de defesa, em juízo, de um enorme espectro de interesses dos estudantes frente à instituição privada de ensino, os quais, no mais das vezes, são mesmo de índole patrimonial.

Nesse passo, a título de exemplo, não parece razoável que uma associação de portadores de determinada síndrome não possa ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses dos associados, somente pelo fato de o estatuto não dispor explicitamente acerca de quais interesses exatamente se trataria a defesa.

Rodolfo de Camargo Mancuso, acerca da legitimação das associações, assevera que:

Hoje se admite que as ações coletivas, quando exercitadas por uma associação, que assim se coloca como uma *longa manus* da coletividade interessada, pressupõem uma legitimação que deve ser tida como *ordinária*, sem necessidade de recorrer aos esquemas mais sofisticados (*et pour cause* não raro mal compreendidos) da substituição processual ou legitimação extraordinária. Assim, já houvera preconizado Kazuo Watanabe, em estudo publicado ainda antes da Lei n. 7.347/1985: "Associações que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los, como sua própria razão de ser".

Essa interpretação "aberta" do art. 6º do CPC acabou por vir consagrada na Constituição Federal, onde se permite aos *enti esponenziali* (partidos políticos, entidades sindicais e associações (art. 5º, LXX, **b**) ou mesmo propor ação direta no controle constitucional abstrato de leis e atos normativos. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 139).

Ademais, hoje se congrega o crescente entendimento de reconhecer legitimação para agir até mesmo aos grupos sociais *de fato, não personificados*, em razão de que 1) a própria natureza da tutela de direitos metaindividuais conduz, por si mesma, a uma legitimação difusa, de modo que pareceria incoerente o excesso de rigor forma na constituição das associações; 2) e, como corolário, segue-se a desvalia da exigência da personalidade jurídica como pressuposto da capacidade processual em tema de interesses difusos (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 145).

Com efeito, no caso concreto, prevendo o estatuto do centro acadêmico a condição de defesa dos interesses dos estudantes de direito, de forma genérica, é de rigor entender-se que tal disposição também diz respeito aos interesses dos estudantes, como consumidores que são, diante da instituição de ensino particular, para a discussão de cláusulas do contrato de prestação de serviço educacional.

Nesse caso, a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos arts. 82, IV, do CDC, e art. 5º da Lei n. 7.347/1985.

4.3. Por outro lado, a controvérsia relativa à exigência ou não de autorização assemblear permeia, deveras, tanto a jurisdição infraconstitucional, quanto a constitucional, mercê do que dispõe o art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, *verbis*:

XXI - as entidades associativas, quando *expressamente autorizadas*, têm legitimidade para *representar* seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, muito embora se vislumbre alguma oscilação, a jurisprudência tem dispensado autorização específica para a associação ajuizar ação coletiva em benefício dos filiados, reconhecendo-se, explicitamente, a ocorrência do fenômeno da substituição processual.

Por exemplo, no RE n. 436.047 AgRg, de relatoria do e. Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a legitimidade para a execução de sentença proferida em ação civil pública antes ajuizada pela Apadeco, o entendimento acolhido foi o seguinte:

Ementa:

1. Recurso extraordinário: descabimento: preclusão do fundamento infraconstitucional - limites subjetivos da coisa julgada - suficiente à manutenção do acórdão recorrido: incidência, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula n. 283.

2. Substituição processual: assente a jurisprudência do STF no sentido de que não se exige, em caso de substituição processual, a autorização expressa a que se refere o artigo 5º, XXI, da CF/1988 (*v.g.* RE n. 193.382, Plenário, 28.06.1996, DJ 20.09.1996). No caso, não exigível a autorização expressa para a propositura da ação, não há que se fazer a exigência para a respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial executado.

(RE n. 436.047 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26.04.2005, DJ 13.05.2005 PP-00018 Ement Vol-02191-04 PP-00769).

Confira-se, ainda, o AI n. 650.404 AgRg, de relatoria do e. Ministro Ricardo Lewandowski, no qual se discutia a legitimidade do IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor para ajuizar ação civil pública independentemente de autorização específica dos associados.

O entendimento sufragado, na parte que interessa, pode ser sintetizado na seguinte ementa:

Ementa: Constitucional. Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Alegada violação aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV, e 93, IX, da Constituição. Ofensa reflexa. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à instituições financeiras. Aplicação retroativa. Impossibilidade. Ofensa ao ato jurídico perfeito. Ausência de prequestionamento. Substituição processual. Possibilidade. Agravo provido parcialmente.

(...)

VII - *Não se exige, no caso de substituição processual, a autorização expressa prevista no inciso XXI do art. 5º da CF. Precedentes.*

VIII - Agravo regimental parcialmente provido para, reajustando a decisão agravada, dar parcial provimento ao agravo de instrumento e, nesta parte, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, afastando a aplicação retroativa do Código de Defesa do Consumidor.

(AI n. 650.404 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 20.11.2007, DJe-047 Divulg 13.03.2008 Public 14.03.2008 Ement Vol-02311-08 PP-01487).

No mesmo sentido, e envolvendo as mesmas partes, é o AI n. 566.805 AgRg.

Em suma, a jurisprudência do STF reconhece que, cuidando-se de substituição processual, como no caso, não é de exigir-se autorização *ad hoc* dos associados para que a associação, regularmente constituída, ajuíze a ação civil pública cabível.

Consentâneo com esse entendimento, foi o voto-vista proferido pelo e. Ministro João Otávio de Noronha, no REsp n. 184.986-SP, em que fiquei vencido no mérito. Cuidava-se de ação civil pública ajuizada pelo Idec contra instituição de ensino, e Sua Exa. encampou entendimento segundo o qual “[o] traço de diferenciação entre os institutos da substituição e da representação processual está em que, no primeiro, o substituto é parte no processo e não necessita de autorização dos substituídos para atuar em juízo; no segundo, o representante não é parte e precisa de autorização para representar”.

Como ensina Kasuo Watanabe “a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional”. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 4ª ed., 1994, p. 517).

Hugo Nigro Mazzilli é ainda mais específico:

Segundo o inciso XI do art. 5 da Constituição, é necessária autorização dos associados para que a entidade associativa os defenda, mas essa autorização poderá decorrer não só de assembléia geral, como de seus estatutos, ou mesmo de deliberação da diretoria, se o permitirem seus atos constitutivos (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 24 edição, Saraiva, p. 331).

Em tranquila sintonia quanto ao tema, está a jurisprudência de todos os órgãos fracionários deste Tribunal, inclusive a Corte Especial.

Nesse sentido, dentre muitos outros, confirmam-se os precedentes:

(...)

Ações coletivas. Legitimidade dos sindicatos e entidades associativas autorização expressa.

- As entidades associativas - aí incluídos os sindicatos - têm legitimidade para propor ação ordinária em favor de seus filiados, sem a necessidade de expressa autorização de cada um deles.

(AgRg nos EREsp n. 497.600-RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 1º.02.2007, DJ 16.04.2007, p. 151)

Processual Civil. Associação de defesa do consumidor. Defesa de direitos individuais homogêneos. Legitimidade ativa. Dispensa de autorização assemblear.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as associações estabelecidas de acordo com o art. 82, IV, do CDC, possuem legitimidade ativa para propor ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, sem necessidade de autorização dos associados. Precedentes.

2. Recurso especial provido, para afastar a ilegitimidade ativa e determinar o prosseguimento da ação na instância de origem.

(REsp n. 991.154-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 15.12.2008).

Processo Civil. Ação coletiva. Associação civil. Legitimidade ativa configurada. Identificação dos substituídos. Desnecessidade. Devolução do prazo recursal. Justa causa. Possibilidade.

- A ação coletiva é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. Precedentes.

- Independentemente de autorização especial ou da apresentação de relação nominal de associados, as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, gozam de legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva.

(...)

(REsp n. 805.277-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.09.2008, DJe 08.10.2008).

Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo e Processo Civil. Execução individual de título judicial oriundo de ação coletiva promovida por entidade de classe, na qualidade de substituto processual. Possibilidade.

1. O sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa.

Assim, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deve beneficiar todos os servidores da categoria, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a condição de filiado do autor.

(...)

(AgRg no Ag n. 1.153.516-GO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05.04.2010, DJe 26.04.2010).

Ação coletiva. Mensalidades escolares. Inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 550/1994. Legitimidade ativa das associações de pais de alunos.

(...)

2. Nos termos do art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, as associações devidamente constituídas possuem legitimidade ativa para defender os interesses de seus associados, estando ínsita a autorização para tanto.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 132.906-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 06.06.2003, DJ 25.08.2003, p. 295).

5. Ademais, é bem de ver que, quando o art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal fez referência a “autorização expressa”, logo em seguida trouxe o âmbito de incidência da norma, qual seja a hipótese de legitimidade para “*representar* seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Como dito alhures, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto este Superior Tribunal, não acolhem a tese de que, em caso de ação civil pública, se cuida de representação processual, mas sim de substituição processual.

Também nesse sentido, são os seguintes precedentes desta Corte:

(...)

- Na representação a associação age em nome e por conta dos interesses de seus associados, conforme autoriza o art. 5º, XXI, CF, diferentemente do que ocorre na substituição processual.

(...)

(REsp n. 880.385-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe 16.09.2008).

Processual Civil. Ação de rito ordinário. Entidade associativa. Legitimidade ativa. Inexistência.

1. Em se tratando de ação de rito ordinário, a entidade sindical não tem legitimidade para postular em juízo, na qualidade de substituto processual, mas apenas como representante, afigurando-se, por isso mesmo, necessária a existência de autorização expressa (instrumento de mandato ou ata da assembléia geral com poderes específicos), não bastando previsão genérica do estatuto do ente respectivo.

Precedentes do STF.

(...)

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 281.434-PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 02.04.2002, DJ 29.04.2002, p. 328).

Por isso que, com efeito, não se me afigura correta a interpretação dada pelo acórdão recorrido ao art. 7º da Lei n. 9.870/1999, que está assim redigido:

Art. 7º São legitimados à propositura das ações previstas na Lei n. 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior.

Como é sabido, a mencionada lei não revogou as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a matéria relativa às ações coletivas, motivo pelo qual deve ser interpretada sistematicamente com as regras previstas no

CDC e em conformidade com a interpretação dada pelo STF ao art. 5º, inciso XXI, da Carta Magna.

Notadamente, o mencionado dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o art. 82, IV, do CDC, o qual é expresso em afirmar ser “dispensada a autorização assemblear” para as associações ajuizarem a ação coletiva.

Com efeito, mostra-se sintomático o fato de ter a Lei n. 9.870/1999 optado pela fórmula “apoio de, pelo menos, vinte por cento” dos interessados, quando o CDC optou por fórmula diversa, pela dispensa expressa de “autorização assemblear”, motivo que se me afigura suficiente para concluir que o “apoio” exigido pela Lei n. 9.870/1999 não é sinônimo de “autorização assemblear”.

Essa, a meu juízo, é a única interpretação sistematicamente aceita acerca do mencionado dispositivo, a qual se coaduna tanto com a jurisprudência interna quanto com a do STF.

O legislador, quando pretendeu exigir autorização assemblear para o ajuizamento de ação coletiva, assim o fez explicitamente, como é o caso do art. 2º-A, § único, da Lei n. 9.494/1997, que cria tal embaraço nas ações ajuizadas contra as pessoas jurídicas de direito público, *verbis*:

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Quisesse o legislador exigir autorização assemblear, no caso das ações previstas na Lei n. 9.870/1999, não teria usado simplesmente a fórmula “apoio”, contrariamente ao que ocorrera com a Lei n. 9.494/1997.

À evidência, ao impor percentual mínimo de “apoio” para que associações proponham as ações previstas no CDC, pretendeu o Diploma imprimir representatividade significativa dessas associações, mas não exigiu uma autorização *ad hoc*.

No caso de graduação universitária, os centros acadêmicos são, por excelência e por força de lei, as entidades representativas de cada curso de nível superior, mercê do que dispõe o art. 4º da Lei n. 7.395/1985, razão pela qual, nesse caso, o “apoio” a que faz menção a Lei n. 9.870/1999 deve ser presumido.

6. De resto, e a bem da verdade, sendo explícito o CDC, em seu art. 82, em afirmar ser dispensável autorização assemblear para o ajuizamento da ação,

a interpretação diametralmente oposta fulcrada na Constituição Federal deveria conduzir, necessariamente, à declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por força da Súmula Vinculante n. 10 do STF, observada a cláusula de reserva de plenário.

7. Ainda que não fosse por isso, não faz sentido a exigência contida no acórdão recorrido, relativamente a percentuais mínimos de representação de toda a instituição de ensino, haja vista que, diante da clareza da petição inicial, a presente ação civil pública foi ajuizada por Centro Acadêmico do curso de direito, no interesse dos estudantes desse curso.

Em realidade, a prosperar a tese acerca da exigência de autorização assemblear, bastaria a autorização do curso de direito, porquanto somente em benefício desses alunos é que a ação foi ajuizada, mostrando-se, inclusive, ilegítimo qualquer elastério com o escopo de apanhar outros alunos não representados pelo centro acadêmico autor.

No caso, houve assembleia especificamente convocada para o ajuizamento das ações previstas na Lei n. 9.870/1999 (fls. 76-91), havendo sido colhidas as respectivas assinaturas dos alunos, circunstância em si bastante para afastar a ilegitimidade aventada pelo acórdão recorrido.

8. Finalmente, a impossibilidade jurídica do pedido fica também afastada porquanto os óbices arguidos pela sentença dizem respeito, essencialmente, à ilegitimidade da parte, o que ora se rejeita.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para que a ação civil pública retome seu curso normal para o julgamento do mérito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.208.612-RJ (2010/0165995-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Empresa Folha da Manhã S/A

Advogado: Marcio Marçal e outro(s)

Recorrente: Infoglobo Comunicações e Participações S/A

Advogado: Denise Figueiredo de Paula Gomes

Recorrido: E L da B M - menor impúbere
Representado por: Ércules da Silva da Boa Morte
Advogado: Jorge Olímpio do Amaral Rocha e outro(s)
Interessados: Editora Nova Cultural Ltda.

EMENTA

Responsabilidade civil. Uso indevido da imagem. Jornal de grande circulação. Direito autônomo. Súmula n. 403-STJ. Valor da indenização. Vinculação à tiragem do periódico. Impropriedade.

1. A preferência do julgador por esta ou por aquela prova está inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comumhão estiver convencido da verdade dos fatos.

2. “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (Súmula n. 403-STJ).

3. Cuidando-se de pessoa anônima, a vinculação da indenização por uso da imagem ao percentual do preço de venda do veículo no qual a imagem foi publicada, de regra, não é consentânea com a essência de indenizações desse jaez. Indeniza-se o titular do direito de imagem pelo não-recebimento do preço que lhe seria devido, caso a concessão fosse feita mediante autorização, e pelo respectivo valor econômico da imagem, que varia a depender do potencial publicitário da pessoa retratada.

4. Com efeito, no caso concreto, tendo em vista que o autor é absolutamente desconhecido e certamente não poderia, mediante a vinculação de sua imagem ao produto, propiciar qualquer alavancagem nas vendas do periódico, não se mostra razoável atrelar o valor da indenização à vendagem do jornal.

5. Recurso especial da Infoglobo Comunicações S/A parcialmente provido.

6. Recurso especial da Empresa Folha da Manhã S/A provido, por inexistência de qualquer ato ilícito de sua parte.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, conheceu e deu parcial provimento ao recurso especial da Infoglobo Comunicações e Participações S/A e conheceu e deu provimento ao recurso especial da Empresa Folha da Manhã S/A, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dr(a). Taís Borja Gasparian, pela parte Recorrente: Empresa Folha da Manhã S/A

Dr(a). Antonio Carlos Pereira de Lemos Basto, pela parte Recorrente: Infoglobo Comunicações e Participações S/A

Dr(a). Antonio Carlos Pereira de Lemos Basto, pela parte Den. Ant.: Infoglobo Comunicações S/A.

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 24.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Erick Leitão da Boa Morte ajuizou ação de “indenização por inconstitucional uso de imagem” em face de Jornal O Globo, Editora Nova Cultural Ltda. e Folha de São Paulo, argumentando que, em meados de 1988, verificou que sua imagem estava sendo utilizada, sem autorização, para promover campanha publicitária promovida pelo jornal O Globo, visando a venda da “Enciclopédia Larousse Cultural, sendo que, segundo alega o autor, as vendas beneficiaram também a Folha de São Paulo e a Editora Nova Cultural.

Após regular tramitação, o Juízo sentenciante julgou procedente os pedidos deduzidos pelo autor, condenando os réus Infoglobo Comunicações Ltda. (Jornal O Globo) e Empresa Folha da Manhã S/A (Jornal Folha de São Paulo) ao pagamento de indenização correspondente a 10% do valor de capa de cada volume comercializado da Enciclopédia, mais 10% de multa; condenou a ré Editora Nova Cultural Ltda. ao pagamento de indenização no montante

de 10% do valor percebido dos jornais, tudo a ser apurado em liquidação de sentença; condenou a Infoglobo Comunicações Ltda. nas penas de litigância de má-fé, em 10% sobre o valor da condenação (fls. 520-521).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida no mérito, por maioria, tendo sido afastada apenas a condenação por litigância de má-fé, nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Indenização. Violação do direito de imagem por uso inconsentido da imagem do autor, menor, em propaganda.

Procedência do pedido, condenadas as rés, solidariamente, a indenizar o autor, sendo que a terceira apelante, inclusive, nas penas pela litigância de má-fé.

Prova oral postulada pela terceira apelante. Indeferimento. Matéria cujo deslinde depende exclusivamente de prova pericial, irrelevante o depoimento pessoal do representante legal do autor, e de todo incabível oitiva de fotógrafo estrangeiro residente no exterior, que só serviria para procrastinar ainda mais a solução final do feito.

Cerceamento de defesa inexistente. Nulidade da sentença que não ocorre. Agravo retido que se rejeita.

Primeira perícia inconclusiva. Realização de nova diligência, após apresentação de cromo com o negativo reputado como sendo original pela terceira apelante.

Segundo laudo taxativamente conclusivo no sentido de ser do autor-apelado a imagem indevidamente utilizada pelas apelantes.

Pretensão a uma terceira perícia, a ser efetuada por entidade indicada pela terceira apelante, absolutamente inadmissível, sendo que tais diligências somente se operam por profissionais de confiança do Juízo, podendo as partes, tão somente, indicar assistentes técnicos.

Cromo que, como verificou a perícia, não se tratava do original, porém de uma montagem fraudulenta.

Utilização indevida de direito de imagem do autor pela terceira apelante, que contratou o serviço fotográfico com agência de publicidade responsável pelo anúncio e que se teria utilizado de catálogo de empresa com sede em Chicago - EUA.

Segunda apelante a quem caberia imprimir e efetuar a venda promocional da obra divulgada com a foto do autor.

Primeira apelante que contratou empresa publicitária diversa, porém beneficiou-se indiretamente da propaganda ilícita.

Rés que obtiveram lucro decorrente de tal uso inconsentido. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Valor corretamente fixado na sentença, vez que sem a devida autorização a utilização da imagem, acima do normalmente cobrado pela publicação consentida, visando desestimular o comportamento reprovável de quem se utiliza indevidamente de tal publicação.

Inexistência de condenação a título de danos morais.

Juros moratórios que incidem a partir da data do fato, posto que decorrentes de ato ilícito.

Inteligência da Súmula n. 54 do STJ.

Desprovimento dos dois primeiros recursos, por maioria, vencida a Desembargadora Vogal, Marilene Melo Alves, que os provia para julgar improcedente o pedido, e provimento parcial do terceiro, também por maioria, somente para afastar a pena pela litigância de má-fé, vencidos, parcialmente, o Relator, que a mantinha, e, a Desembargadora Vogal, que o provia integralmente, permanecendo o acórdão com o Relator. (fls. 816-817).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 871-876 e 935-938).

Foram opostos embargos infringentes no tocante ao afastamento da multa por litigância de má-fé, os quais foram rejeitados (fls. 976-982).

Sobrevieram recursos especiais interpostos por Infoglobo Comunicações S/A (fls. 1.127-1.195), Empresa Folha da Manhã S/A (fls. 1.106-1.122) e Editora Nova Cultural Ltda. (fls. 958-966). Após o julgamento dos embargos infringentes a Infoglobo Comunicações S/A interpôs novo recurso especial (fls. 984-1.054).

Do recurso especial da Infoglobo Comunicações S/A (fls. 1.127-1.195): o especial está fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em cujas razões se alega, além de dissídio, ofensa aos arts. 535, II, 458, II, 165, 330, 332, 333, I, e 219, todos do CPC; arts. 186 e 405 do Código Civil de 2002.

A recorrente alega, em síntese, nulidade dos acórdãos recorridos, por omissão e falta de fundamentação; cerceamento de defesa; ausência de prova inequívoca de que o recorrido era a pessoa fotografada e cuja imagem fora veiculada; insurge-se, ainda, contra o valor da indenização e o termo inicial da contagem dos juros, pleiteando que estes incidam a partir da citação.

Do recurso especial da Empresa Folha da Manhã S/A: o especial está fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, em cujas razões se alega ofensa aos arts. 159 e 896 do Código Civil de 1916.

Pretende a recorrente o afastamento da condenação por ausência de qualquer ato ilícito, bem como por inexistência de solidariedade.

Subsidiariamente, requer a redução da indenização a valores não exorbitantes.

Os recursos foram inadmitidos (fls. 1.305-1.310).

Os autos ascenderam a esta Corte por força do provimento dos Agravos de Instrumento n. 1.118.882-RJ e n. 1.118.876-RJ.

O recurso especial da Editora Nova Cultural Ltda. não foi admitido e contra a decisão não foi interposto recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Noticiam os autos que a editora Nova Cultural Ltda. firmou parcerias com os jornais O Globo e Folha de São Paulo para a vendagem, como fascículos semanais, da chamada “Enciclopédia Larousse Cultural”.

A imagem do autor teria sido utilizada, sem autorização, em propaganda criada pela Infoglobo, veiculada em mídia televisiva (Rede Globo de Televisão) e impressa (Jornal O globo), para impulsionar as vendas dos fascículos da Enciclopédia e estimular as promoções desenvolvidas pelos órgãos de imprensa.

O autor justificou a inclusão no polo passivo da Empresa Jornal Folha da Manhã S/A (Folha de São Paulo), em razão de alegado proveito econômico com as parcerias e com a publicidade, na qual fora veiculada indevidamente sua imagem.

O acórdão recorrido manteve as condenações estabelecidas pela sentença. Reconheceu que somente a Infoglobo teria promovido a publicidade na qual fora veiculada a imagem do autor, mas que, devido ao fato de todas as rés terem se beneficiado, a condenação conjunta era de rigor, *verbis*:

Entretanto, foi a terceira apelante, primeira ré [Infoglobo], quem contratou o serviço de fotografia com a agência de publicidade “Giovani FBC”, agência esta responsável pelo anúncio que teria utilizado, de um catálogo de “**Stok Fotos**” da empresa “Ibid Inc.”, com sede na cidade de Chicago, EUA, conforme ela própria esclarece, às fls. 143”.

Todas, entretanto, beneficiaram-se da utilização indevida da imagem do autor. (fl. 826)

Essas as premissas fáticas incontroversas nos autos, além das quais se deve levar em consideração, para o desate da controvérsia ora posta a julgamento, que a condenação em relação a Editora Nova Cultural é irreversível, diante da inadmissão de recurso especial próprio, decisão contra a qual não foi interposto agravo.

A mencionada condenação consistiu em indenização no valor de 10% sobre o preço de capa da enciclopédia, tomado em conta o “número total de volumes produzidos, tudo, devidamente acrescido da multa de 10% (dez por cento) do total da condenação por versar a espécie de utilização inconstentida de imagem”.

3. Do recurso especial interposto por Infoglobo Comunicações S/A

3.1. Cumpre salientar, de início, que há dois recursos especiais nos autos interpostos pela Infoglobo.

O recurso especial de fls. 1.127-1.195, muito embora tenha sido juntado aos autos posteriormente, foi interposto em 25.10.2007, antes do recurso juntado às fls. 984-1.054, este interposto em 17.03.2008, depois do julgamento dos embargos infringentes opostos contra a parte não-unânime do acórdão que havia reformado a sentença (condenação por litigância de má-fé).

É cediço nesta E. Corte afigurar-se prematuro o recurso especial interposto quando pendente de julgamento, no Tribunal de origem, qualquer recurso ordinário, sem reiteração posterior.

Porém, no ensejo de reiterar recurso especial interposto prematuramente, não possui o recorrente a faculdade de aditá-lo, se não houve alteração quando do julgamento do recurso ordinário, porquanto já operada, de outra parte, a preclusão consumativa (REsp n. 950.522-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 08.02.2010).

Com efeito, analiso apenas o recurso interposto às fls. 1.127-1.195, considerando como mera reiteração do primeiro o especial anexado a fls. 984-1.054.

3.2. Afasto, de saída, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC.

O acórdão recorrido dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que examinasse uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador declinar as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

Por outro lado, o Tribunal de origem detalhou, de forma pormenorizada, os fatos atinentes à lide, considerou o laudo da perícia oficial e as demais provas carreadas, para então adotar os fundamentos que deram embasamento jurídico à solução conferida à lide.

Logo, não se verifica, no caso, a alegada vulneração do art. 458 do Código de Processo Civil.

O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, estando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão.

3.3. Também não se vislumbra, sequer em tese, qualquer cerceamento de defesa no indeferimento da prova testemunhal pretendida pela recorrente.

O acórdão recorrido negou provimento ao agravo retido e assim o procedeu pelos seguintes fundamentos:

A terceira apelante interpõe agravo retido de decisão da doutora Juíza *a quo* que indeferiu a oitiva, quer do depoimento pessoal do autor, quer do fotógrafo Jerry Devis, que seria o titular da fotografia objeto da publicação, por entender que a questão se esgotaria pela prova pericial produzida.

Com efeito, em se tratando de matéria a ser demonstrada exclusivamente através de perícia, de total irrelevância prova oral de qualquer natureza, especialmente de um fotógrafo estrangeiro, que reside nos EUA, cujo depoimento teria necessariamente que ser obtido através de carta rogatória, cuja duração seria imprevisível e somente serviria para procrastinar, ainda mais, o deslinde do feito e o pagamento da indenização então pretendida.

Correto, portanto, o indeferimento da referida prova, de todo desnecessária, até porque as provas se destinam exclusivamente ao Juízo, que deverá indeferir aquelas desnecessárias ou procrastinatórias, na forma do art. 130 do CPC. (fl. 822).

Deveras, no sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, de regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos. Isso decorre da

circunstância de ser o juiz o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção.

Nesse sentido, é a jurisprudência da Casa: REsp n. 967.644-MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 15.04.2008, DJe 05.05.2008; REsp n. 844.778-SP, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 08.03.2007, DJ 26.03.2007, p. 240.

Por outro lado, também a preferência do julgador por esta ou por aquela prova está inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comumhão estiver convencido da verdade dos fatos.

Essa é a lição de clássica doutrina:

Adotou o CPC, no que se refere à avaliação da prova, o princípio da livre convicção motivada ou persuasão racional. Embora tenha o juiz plena liberdade para aceitar ou não o resultado da prova, que não tem o valor pré-fixado, necessário que a decisão a respeito seja acompanhada de fundamentação.

Não têm aplicação, portanto, os princípios da prova legal ou tarifada, segundo os quais o valor encontra-se previamente determinado em lei, e da íntima convicção, que dispensa motivação do julgador. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In. Código de Processo civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (Coord.), 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 386).

Também nesse sentido, é a jurisprudência tranquila da Casa:

Processo Civil. Sentença. Motivação. Laudo pericial. Não-adstrição. Princípio do livre convencimento motivado. Culpa e nexo causal. Revolvimento de matéria fática. Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Recurso não-conhecido.

I - Inadmissível em nosso sistema jurídico se apresenta a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra. O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico.

(...)

(REsp n. 400.977-PE, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 21.03.2002, DJ 03.06.2002, p. 212).

Direito Processual Civil. Recurso extraordinário. Ofensa indireta à Constituição.

Desnecessidade. Uniformização de jurisprudência. Suspensão do incidente. Momento. Antes do julgamento do recurso. Vinculação do Tribunal. Inexistência. Sentença. Fundamentação. Livre convencimento do juiz. Direito Comercial. Marca. Desuso. Proibição de importação do produto. Motivo de força maior caducidade. Inexistência.

(...)

- O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica em negativa de prestação jurisdicional, tampouco em deficiência de fundamentação, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. Não está o Tribunal obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

(...)

(REsp n. 1.071.622-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 03.02.2009).

De resto, saber quão conveniente e necessária seria a produção de prova oral demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada pela Súmula n. 7-STJ.

3.4. A alegação da recorrente de que não existiria prova inequívoca de que a fotografia veiculada na propaganda era, de fato, do autor esbarra também no óbice da Súmula n. 7-STJ.

No caso, a corrente majoritária do acórdão recorrido, com base em perícia técnica, chegou à conclusão de que a foto veiculada era, de fato, do autor, ainda menor de idade. Houve voto vencido no sentido de que a perícia não poderia chegar a essa conclusão, sendo peremptória a divergência em afirmar que o autor não era a mesma pessoa da fotografia.

Com efeito, para se chegar à conclusão pretendida pela recorrente, seria exigido reexame de prova e não mera valoração como pretende demonstrar. A jurisprudência da Casa é uníssona em afirmar que somente se procede à valoração de prova (e não reexame) quando se tratar de fatos incontroversos, a partir dos quais se possa chegar a consequência jurídica diversa daquela alcançada pelo acórdão recorrido.

Como bem asseverou o E. Min. Felix Fischer em julgado paradigma, “a reavaliação da prova ou de dados *explicitamente admitidos e delineados no*

decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento” (REsp n. 878.334-DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05.12.2006), circunstância não verificada na hipótese tratada nos autos.

3.5. Quanto ao cerne da controvérsia, ou seja, o uso indevido de imagem, impende ressaltar que a sua proteção - tal como à honra, ao nome ou ao decoro - é parte do arcabouço garantista de proteção dos direitos da personalidade, cujo âmbito ostenta uma dimensão vertical, oponível, sobretudo, em face do Estado, e uma horizontal, salvaguarda contra investidas de particulares.

No que concerne ao uso indevido da imagem, há de se considerar que, por vezes, rende ensejo a uma depreciação moral da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia ou desabono social, mas que, em outro passo, pode não ser capaz de atingir os atributos morais da pessoa humana, tais como a honra e o decoro.

Porém, tal circunstância não é suficiente para afastar a ilicitude do uso não autorizado da imagem, sobretudo tratando-se de particular, pessoa sem notoriedade, despertando, portanto, pouco interesse do público.

Isso porque o preceito contido no art. 20 do CC/2002 - muito embora inexistente no Código de 1916 - vem sendo reconhecido, na doutrina e jurisprudência nacionais, como arquétipo normativo de proteção da imagem, no sentido de que, salvo exceções alusivas à ordem e ao interesse públicos, “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais” (grifo nosso).

Em realidade, em tempos distantes, o direito à imagem permaneceu subjacente a outros direitos personalíssimos, como a honra ou a intimidade, de certa forma confundindo-se com estes.

Porém, hoje - noticiam as doutrinas pátria e estrangeira (por todos, confira-se Yussef Said Cahali, *Dano moral*) -, verifica-se a superação deste paradigma, reconhecendo-se a possibilidade de ofensa ao direito de imagem sem que, necessariamente, haja maltrato à honra ou à intimidade da pessoa.

Tal ocorre quando há utilização não autorizada da imagem para fins comerciais ou publicitários, atentando tal prática, em última análise, contra o princípio do não-enriquecimento sem causa, à vista de que a veiculação

da imagem da pessoa, direta ou indiretamente, possui a potencialidade de incremento da atividade comercial, sendo, a toda evidência, equânime a repartição dos lucros com quem também lhe deu causa.

Vale dizer, cuidando-se de uso não autorizado da imagem para fins comerciais ou publicitários, o direito à imagem exsurge como direito autônomo em relação a outros do mesmo jaez, como honra e intimidade, sendo cabível a indenização, independentemente de dano moral.

Nesse sentido é o magistério de Yussef Said Cahali:

Em realidade, o direito à própria imagem, sem desvestir-se do caráter de exclusividade que lhe é inerente como direito da personalidade, mas em função da multiplicidade de formas como pode ser molestado em seus plúrimos aspectos, pode merecer proteção autônoma contra a simples utilização não consentida da simples imagem, como igualmente pode encontrar-se atrelada a outros valores, como reputação ou honorabilidade do retratado.

Se da primeira perspectiva apresenta-se como caráter absoluto, já sob o segundo aspecto acaba se tornando relativo, pela possibilidade de sua utilização, ainda que não consentida.

Essa discriminação é perceptível quando se trata de utilização não consentida da imagem de uma pessoa, para fins de exploração comercial, caso em que resplandece na sua plenitude a autonomia do direito lesado, com desnecessária indagação a respeito de outros valores pessoais do respectivo titular, e que poderiam ter sido lesados, ainda que abrindo ensejo a reparação, tanto patrimonial como de dano moral.

(...)

Do mesmo modo, afirma-se, em reiterada jurisprudência, ser indenizável o dano causado pela reprodução não consentida da imagem da pessoa em material publicitário ou de natureza promocional de atividade especulativa.

A indenização será devida ainda que se trate de utilização não consentida de foto de preposto, para divulgação de estabelecimento comercial, reputando-se irrelevante o fato de não ser modelo profissional o titular da imagem (...). (*Dano moral*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 644-646).

Quanto ao tema, também a jurisprudência mostra-se uníssona:

Civil e Processual. Álbum de figurinhas ("heróis do tri") sobre a campanha do Brasil nas copas de 1958, 1962 e 1970. Uso de fotografia de jogador sem autorização dos sucessores. Direito de imagem. Violação. Lei n. 5.988, de 14.12.1973, art. 100. Exegese. Legitimidade ativa da viúva meeira e herdeiros. CPC, arts. 12, V, e 991, I. Contrariedade inócua.

I. A viúva e os herdeiros do jogador falecido são parte legitimada ativamente para promoverem ação de indenização pelo uso indevido da imagem do *de cujus*, se não chegou a ser formalmente constituído espólio ante a inexistência de bens a inventariar.

II. Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do *de cujus*, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 113.963-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 369).

Responsabilidade civil. Uso indevido da imagem. Divulgação, em revista de expressiva circulação, de propaganda comercial contendo as fotos do conhecido casal “lampião” e “maria bonita”. Falta de autorização finalidade comercial. Reparação devida.

- A utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação.

- Não demonstração pelo recorrente de que a foto caiu no domínio público, de acordo com as regras insertas no art. 42 e seus parágrafos da Lei n. 5.988, de 14.12.1973.

- Improcedência da denúncia da lide à falta do direito de regresso contra a litisdenciada.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 86.109-SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 28.06.2001, DJ 1º.10.2001, p. 219).

Tal entendimento foi definitivamente cristalizado na Súmula n. 403-STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

3.6. Com efeito, reconhecendo o acórdão, inequivocamente, uso indevido da imagem do autor pela Infoglobo, na sua modalidade “uso comercial”, mostra-se de rigor a indenização em benefício do recorrido, mas seguramente não nos patamares fixados pelas instâncias ordinárias, notadamente levando-se em conta a indenização já concedida em desfavor da Editora Nova Cultural Ltda.

A sentença fixou “indenização no equivalente ao percentual de 10% (dez por cento) do valor de capa de cada volume da Enciclopédia, na seguinte forma: quanto aos réus *Globo e Folha de São Paulo* a ser apurada considerando o número de exemplares recebidos da *Nova Cultural* da época do início das vendas até uma data estipulada por esse Juízo, tendo em vista que a margem esquerda do documento de fls. 25 prevê a continuidade das vendas mesmo após o término da promoção”.

A bem da verdade, notadamente por se tratar de pessoa sem notoriedade, anônima, a vinculação da indenização por uso da imagem ao percentual do preço de venda do veículo, de regra, não é consentânea com a essência de indenizações desse jaez.

Indeniza-se o titular do direito de imagem pelo não-recebimento do preço que lhe seria devido, caso a concessão fosse feita mediante autorização, e pelo respectivo valor econômico da imagem, que varia a depender do potencial publicitário da pessoa retratada.

Nesse sentido, valho-me, uma vez mais, do precioso magistério de Yussef Said Cahali:

(...) o uso da imagem para fins publicitários, como é notório, tem valor econômico que varia tanto em razão das características próprias da imagem como do prestígio da pessoa retratada. É sabido ser a autorização do uso da imagem efeito de ajuste oneroso, remunerando-se o titular do direito com o pagamento do denominado chachê, cujo valor de mercado varia em função de incontáveis fatores que são costumeiramente sopesados e ponderados pelos profissionais da área publicitária. (*Idem*, p. 651-652).

Com efeito, no caso concreto, tendo em vista que o autor não possui notoriedade e certamente não poderia, mediante a vinculação de sua imagem ao produto, propiciar qualquer elevação nas vendas do periódico, e levando-se em conta também a indenização já concedida e irrecorrida, não se mostra razoável atrelar o valor do ressarcimento à vendagem do jornal.

Entendo como adequado às peculiaridades do caso concreto que a indenização seja fixada em R\$ 10.000,00, com correção monetária a partir da data deste arbitramento e juros moratórios desde o evento danoso, por se tratar de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54-STJ).

Fixo, ademais, como termo *a quo* para a incidência dos juros de mora a data da publicação do periódico juntado aos autos.

4. Do recurso especial da Empresa Folha da Manhã S/A

A Folha foi condenada a indenizar o autor pelo suposto proveito econômico obtido pela publicidade, na qual foi veiculada indevidamente a fotografia do autor.

Ocioso ressaltar que, para a caracterização de ato ilícito, é imprescindível ofensa a normas de conduta preexistentes, de sorte não haver ilícito se inexistente procedimento contrário ao direito.

Não por acaso que o art. 188, I, do atual Código Civil (que corresponde parcialmente ao art. 160 do CC/1916), proclama não constituir ato ilícito “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Nesse sentido é a clássica doutrina de Humberto Theodoro Junior:

O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o Estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A *ilicitude* ocorre quando *in concreto* a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de *ato ilícito*, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de *ato ilícito em sentido estrito*, ou simplesmente *ato ilícito*, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no *dano injusto* a que o agente fez a vítima se submeter. (*Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

No caso concreto, ficou claro, pela moldura fática traçada nas instâncias ordinárias, que quem se valeu da imagem veiculada na propaganda foi apenas a Infoglobo, não havendo qualquer ato ilícito a ser imputado à recorrente Folha da Manhã S/A.

A sentença deixa claro que a condenação da recorrente deveu-se à equivocada solidariedade por hipotético proveito econômico:

Quanto aos demais Réus, por se tratar de solidariedade simples, à luz da norma aplicável então à espécie, art. 1.518 do CCB de 1916, restando comprovado pelo teor do *Contrato de Lincença de Direitos Autorais e outras avenças* autuado às fls. 81-87, que houve uma associação para otimizar um faturamento comum, sem a tomada das cautelas elementares que norteiam as avenças, com expressa

afronta ao *Código de Defesa do Consumidor*, através das práticas de venda casada e cartelização, deixando claro o desinteresse em atender o consumidor, impedindo concorrência que pudesse baratear o preço da obra, é indubitável que também auferiram vantagens financeiras com a exploração inconstentida da imagem do Autor. (fls. 517-518).

Ora, resta incontroverso que não houve qualquer nexu de causalidade entre a conduta da Empresa Folha da Manhã S/A (Folha de São Paulo) e a utilização indevida da imagem pela corré Infoglobo, haja vista que cada qual providenciou as suas respectivas propagandas independentemente, sem que a Empresa Folha da Manhã S/A tenha se servido da propaganda realizada pela sua concorrente, Infoglobo (Jornal O Globo).

Na verdade, a publicidade veiculada com a fotografia não autorizada, realizada pela Infoglobo, não pode, automoticamente, implicar responsabilidade da Folha da Manhã, ao argumento de que se beneficiou da utilização indevida da imagem do autor.

Por outro lado, até mesmo o proveito econômico da recorrente Folha da Manhã S/A, em razão da publicidade da Infoglobo, é de duvidosa ocorrência.

Nesse sentido foi o parecer ministerial de primeira instância, transcrito na sentença:

As vantagens financeiras concorrentes alegadas na inicial em relação à ré *Folha* não restaram, pois, evidenciadas (CPC, art. 333, I), sendo de se observar que o próprio contrato de licença de direitos autorais celebrado entre as rés contém cláusula de limitação de responsabilidade, no sentido de que cada qual das licenciadas, *Infoglobo* e *Folha*, responde pelo uso que fizer da obra, de forma não solidária (fl. 101), sendo que o pagamento das licenças de uso, da mesma forma, ocorreu de forma não solidária. (fl. 105)

Cada qual das licenciadas, *Infoglobo* e *Folha*, contratou uma agência publicitária diversa, como comprovam os documentos de fls. 109-116, cada qual devendo responder exclusivamente por seus atos. (fl. 519).

É que, a ser exitosa no seu desiderato, se a Infoglobo produziu propaganda a vincular a Enciclopédia Larousse ao jornal O Globo, espera-se que tal publicidade possua a virtualidade de, em alguma medida, minar as vendas de sua concorrente (Folha de São Paulo) e não de fomentá-las.

Com efeito, o pedido autoral deve ser julgado improcedente, relativamente à recorrente Empresa Folha da Manhã S/A, devendo o autor arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00, observados, se for o caso, os benefícios da Lei n. 1.060/1950.

5. Diante do exposto, conheço de ambos os recurso especiais para dar parcial provimento ao recurso da Infoglobo Comunicações S/A e provimento integral ao recurso da Empresa Folha da Manhã S/A.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.228.180-RS (2011/0002135-3)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: Roberto Branchelli Júnior
Advogado: Leandro Antonio Pamplona
Recorrido: Ângela Las Casas Duarte
Advogado: Joao Antonio Pinto de Moraes e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Civil. Recurso especial. Comissão de corretagem. Negócio imobiliário. Celebração de contrato de cessão e transferência de imóvel. Pagamento de sinal. Posterior arrependimento do comprador. Rescisão do contrato. Ausência de culpa da corretora. Comissão devida. Recurso não-provido.

1. A execução movida por ora recorrida em face de ora recorrente está amparada em cheque emitido por este em favor daquela, a título de pagamento de comissão de corretagem, no valor de R\$ 8.000,00. Nos embargos à execução, o executado, ora recorrente, refutou a exigibilidade do referido título de crédito, sob o fundamento de que o negócio jurídico, ao qual está vinculado, não se concluiu.

2. O cheque ostenta a natureza de título de crédito, portanto, é não-causal (CPC, art. 585, I), ou seja, em decorrência de sua autonomia e abstração, não comporta discussão sobre o negócio jurídico originário. Entretanto, se o cheque não houver circulado, estando, pois, ainda atrelado à relação jurídica originária estabelecida entre seu emitente (sacador) e seu beneficiário (tomador), é possível que se discuta a *causa debendi*.

3. Na hipótese em exame, conforme consta do v. aresto hostilizado, não houve circulação do cheque emitido e, a seguir, sustado. É, portanto, devida a oposição de exceções pessoais ao cumprimento da ordem de pagamento contida no referido título de crédito.

4. Embora o serviço de corretagem somente se aperfeiçoe quando o negócio é concretizado, dado o risco inerente à atividade, não se pode perder de vista que, nos negócios imobiliários - os quais dependem de registro do ato negocial no Cartório de Registro de Imóveis para fins de transferência e aquisição da propriedade e de outros direitos reais (CC/2002, arts. 1.227, 1.245-1.246) -, a intermediação da corretora pode encerra-se antes da conclusão da fase de registro imobiliário. Por certo, quando as partes firmam, de algum modo, atos, com mediação da corretora, que geram obrigatoriedade legal de proceder-se ao registro imobiliário, tal como ocorre no caso de celebração de promessa de compra e venda ou de pagamento de sinal, torna-se devida a percepção de comissão de corretagem, mormente quando eventual desfazimento do negócio não decorrer de ato praticado pela corretora.

5. No caso em exame, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, houve uma fase preliminar de negociações, seguida de uma fase intermediária de celebração do contrato de cessão e transferência dos direitos e obrigações constantes de promessa de compra e venda, com o pagamento do valor de R\$ 62.000,00 a título de sinal, sendo certo que essas duas etapas foram intermediadas pela corretora de imóveis. Com a celebração desse contrato encerrou-se o ofício da corretora, a qual deu por concretizada a venda, recebendo, naquela data, o cheque pós-datado referente à comissão de corretagem. A partir daí, o ora recorrente munido do contrato, providenciou, como lhe competia, o financiamento do restante do valor do imóvel junto a uma instituição financeira. Contudo, durante o trâmite do processo de financiamento imobiliário, o contratante discordou do valor das prestações a serem pagas, rescindindo o contrato e suspendendo o cheque em apreço.

6. Se havia documento válido a corroborar o negócio jurídico - suficiente para a exigência do registro imobiliário -, não obstante seu posterior desfazimento, é salutar reconhecer que a corretora alcançou o “resultado útil” da avença. Destarte, formalizado o contrato particular de cessão e transferência de imóvel entre as partes interessadas, o

direito à percepção de comissão de corretagem é incontestável, ainda que, por posterior rescisão contratual, mas não por culpa da corretora, o negócio jurídico não alcance a fase de registro imobiliário.

7. As instâncias ordinárias, soberanas na análise e interpretação do acervo fático-probatório dos autos, concluíram que não há cogitar na responsabilidade da corretora pela rescisão contratual, sobretudo porque ela apresentou as devidas informações quanto aos valores das parcelas do financiamento imobiliário, não podendo ser a ela imputada a culpa pela não concretização do negócio jurídico. Tem-se, nos termos das conclusões da c. Corte local, que a rescisão contratual decorreu de vontade externada pelo próprio contratante e sua esposa – provavelmente por insatisfação com o valor das prestações mensais do financiamento bancário.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 28.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Roberto Branchelli Júnior*, com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão, proferido pelo c. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Apelação cível. Embargos à execução. Comissão de corretagem. Caso concreto. Matéria de fato. É devida a comissão de corretagem, pois se verifica que a apelada

realizou a aproximação das partes e a formalização do contrato de cessão e transferência do imóvel, que, posteriormente, restou rescindido. Assim sendo, havendo documento hábil - cheque - a instruir a execução e não tendo o apelante se desincumbido de provar a ausência de *causa debendi*, é de ser mantida a sentença na íntegra.

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. (fl. 230).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial, o ora recorrente alega que o v. acórdão recorrido incorreu em violação ao art. 723 do Código Civil de 2002, salientando que: (i) “embora a falha na corretagem estivesse comprovada, frente as informações erradas em relação ao valor das parcelas do financiamento, entenderam que a corretagem foi bem sucedida, alcançando o seu fim que era a compra do bem imóvel negociado”; (ii) “o artigo 723 do CC é expresso em afirmar que corretor tem a obrigação de executar a mediação com diligência e prudência que o negócio requer, informando ao cliente sobre os riscos e valores do negócio, o que não ocorreu, ou ocorrer de forma errada, pois a informação sobre o valor das parcelas a serem pagas estava totalmente equivocado, ensejando o desfazimento do negócio, razão pela qual este artigo deve ser aplicado na presente demanda, sendo determinada inexigibilidade da cobrança de corretagem, pois ela foi defeituosa e deu origem ao desfazimento da compra e venda”. Sustenta, ademais, a existência de divergência jurisprudencial, no tocante à “impossibilidade de pagamento de comissão de corretagem para casos em que o negócio não se perfectibilizou”, tendo em vista o que dispõe o art. 725 do Código Civil de 2002. Por fim, ressalta que, “no caso dos autos, não houve arrependimento do recorrente, o que houve foi um vício no negócio, mais precisamente nos serviços prestados pela recorrida, pois esta deu informação falsa que levou a não concretização do negócio. Assim, não se pode dizer que houve desistência das partes, mas sim a não concretização do negócio por culpa da má prestação de serviço pela corretora de imóveis (...). Por tudo o que foi defendido, percebe-se que o cheque em questão foi corretamente sustado pelo recorrente, haja vista que a recorrida não faz jus ao pagamento de comissão, seja porque não ocorreu a compra e venda do bem ao qual estava mediando, seja porque a sua mediação foi tão desqualificada que ao invés de propiciar a concretização do negócio acabou por desfazê-lo, no momento que deu informações erradas para os compradores” (fls. 254-270).

Contrarrazões apresentadas às fls. 277-295.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

À fl. 322-326, o ora recorrente pleiteou a concessão de efeito suspensivo ao apelo especial, arguindo que depositou integralmente o valor exequendo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A execução movida por *Ângela Las Casas Duarte* em face de *Roberto Branchelli Júnior* está amparada em cheque emitido por este em favor daquela, a título de pagamento de comissão de corretagem, no valor de R\$ 8.000,00.

Nos embargos à execução, o executado, ora recorrente, refutou a exigibilidade do referido título de crédito, sob o fundamento de que o negócio jurídico, ao qual está vinculado, não se concluiu.

É certo que o cheque ostenta a natureza de título de crédito, portanto, é não-causal (CPC, art. 585, I), ou seja, em decorrência de sua autonomia e abstração, não comporta discussão sobre o negócio jurídico originário. O cheque, se não prescrito, a princípio, constitui-se em título líquido, certo e exigível, nos termos do art. 586 do Código de Processo Civil, capaz de viabilizar o processo executivo.

Entretanto, se o cheque não houver circulado, estando, pois, ainda atrelado à relação jurídica originária estabelecida entre seu emitente (sacador) e seu beneficiário (tomador), é possível que se discuta a *causa debendi*. Pode, assim, o emitente opor exceções pessoais ao não cumprimento da ordem de pagamento contida na cártula.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Execução. Título extrajudicial. Embargos à execução. Cheque. *Causa debendi*. Dissídio jurisprudencial. Ausência. Decisão agravada mantida. Improvimento.

I - Presume-se a autonomia e independência do cheque frente à relação jurídica na qual teve origem, sendo possível, excepcionalmente, a investigação da *causa debendi* e o afastamento da cobrança quando verificado que a obrigação subjacente claramente se ressentia de embasamento legal. Precedentes.

II - A reapreciação da matéria referente à regularidade do título executivo e da causa subjacente, demandaria o reexame de provas acostadas aos autos, o que

é vedado em Recurso Especial, inviabilizado o exame do dissídio jurisprudencial, nos termos da Súmula STJ - n. 7.

III - O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.254.086-PR, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe de 07.05.2010).

Cheque. Caução. *Causa debendi*. Possibilidade - Cheque entregue para garantir futuras despesas hospitalares deixa de ser ordem de pagamento à vista para se transformar em título de crédito substancialmente igual a nota promissória.

- *É possível assim, a investigação da causa debendi de tal cheque se o título não circulou.*

- Não é razoável em cheque dado como caução para tratamento hospitalar ignorar sua causa, pois acarretaria desequilíbrio entre as partes. O paciente em casos de necessidade, quedar-se-ia à mercê do hospital e compelido a emitir cheque, no valor arbitrado pelo credor. (REsp n. 796.739-MT, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, Terceira Turma, DJ de 07.05.2007, grifo nosso).

Na hipótese em exame, conforme consta do v. aresto hostilizado, não houve circulação do cheque emitido e, a seguir, sustado. É, portanto, devida a discussão da *causa debendi*.

Invoca o ora recorrente como exceção pessoal a embasar a inexigibilidade do referido título de crédito que celebrou contrato de cessão e transferência de imóvel - vinculado a compromisso de compra e venda -, pagando R\$ 62.000,00, a título de sinal, sendo que o restante do valor do imóvel seria objeto de financiamento imobiliário. Com a celebração do referido contrato, o ora recorrente efetuou também o pagamento da comissão de corretagem, por meio do cheque executado. Após, tomou conhecimento do valor das prestações do financiamento imobiliário, o qual, alega, teria sido deficientemente informado, num primeiro momento, pela corretora. Por essa razão, entendendo excessivas as mencionadas prestações, rescindiu o referido contrato, indenizando a contratada, proprietária do imóvel, no montante de R\$ 3.500,00, e sustando o cheque emitido em favor da corretora, por entender que, não tendo o negócio se perfectibilizado por sua culpa, seria indevido o pagamento da respectiva comissão.

Por conseguinte, quando a ora recorrida apresentou o cheque na instituição financeira não conseguiu sacá-lo. Moveu, então, a execução do título executivo extrajudicial, aqui em debate.

Nesse contexto, o d. Juízo *a quo* julgou improcedentes os embargos (fls. 134-137) e o c. Tribunal de Justiça Estadual negou provimento à apelação interposta pelo ora recorrente, concluindo que, embora fosse possível analisar a *causa debendi* do título de crédito emitido, não haveria como afastar o cabimento da comissão de corretagem, porquanto restou comprovada a formalização do contrato, com mediação da corretora, *in verbis*:

O cheque consubstancia-se em título executivo extrajudicial, certo, líquido e exigível, hábil a embasar o processo de execução.

Dessa forma, o título de crédito está atrelado ao princípio da abstração que, por sua vez, é relativizado no caso dos autos, porquanto, em virtude do título não ter circulado, resta possibilitada a discussão acerca da *causa debendi*.

Como se verifica dos autos, alegou o embargante, ora apelante, que o cheque não é devido, porquanto rescindido o negócio jurídico subjacente.

O conjunto probatório carreado aos autos não ampara a versão apresentada pelo apelante, tendo em vista que o contrato de corretagem tem como finalidade pôr em acordo o comprador e o vendedor. Essa mediação se consuma precisamente no momento em que aparece o acordo de vontades entre os contratantes, e o direito à remuneração nasce com a aproximação e conclusão do negócio, independente de sua execução.

No caso concreto, verifica-se que a apelada realizou a aproximação das partes e a formalização do contrato (fls. 11-12) que, posteriormente, restou rescindido (fls. 15-16). A comissão de corretagem, em consequência, é devida, na esteira do precedente jurisprudencial desta Câmara Cível:

(...)

O fato de o cheque ter sido emitido antes do termo de rescisão contratual não tem o condão de desconstituir a sentença recorrida, pois no referido instrumento, mais especificamente na cláusula 2ª (fl. 15), ficou claro que a rescisão se deu por vontade externada pelo apelante e sua esposa.

Por sua vez, conforme bem constatado na sentença, não há nos autos prova no sentido de que a apelada tenha sido a causadora da rescisão, ou mesmo que o negócio não tenha se concretizado pelas informações incorretas passadas pela corretora. Ao revés, o documento de fl. 63 revela que a parcela anunciada por ela estava de acordo com o total da operação, o que indica ausência de qualquer motivo para responsabilizá-la pelo ocorrido.

Com efeito, tendo o recorrente suscitado a discussão do negócio subjacente deve ele demonstrar que o título não tem causa, que sua causa não é lícita ou que os pagamentos foram corretamente efetuados, de acordo com o art. 333, II, do CPC.

Todavia, o apelante não se desincumbiu do encargo que lhe cabia, tendo em vista a ausência de prova de suas alegações, não havendo que se falar, no caso concreto, de inversão do ônus da prova.

Assim sendo, havendo documento hábil a instruir a execução e não tendo o embargante, ora apelante, se desincumbido de provar a ausência de *causa debendi*, é de ser mantida a sentença na íntegra. (fls. 229-234, grifo nosso).

Estabelecidas essas premissas, passa-se ao exame da questão jurídica trazida aos autos, relativa ao cabimento, ou não, de comissão de corretagem e, por conseguinte, à exigibilidade do título exequendo.

É certo que o contrato de corretagem não impõe simples obrigação de meio, mas de resultado, de maneira que somente é cabível o pagamento da comissão se a transação de compra e venda se concretizar. Esta é a jurisprudência consagrada no âmbito deste eg. Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, “o serviço de corretagem somente se tem como aperfeiçoado quando o negócio imobiliário se concretiza, posto que o risco é da sua essência. Destarte, indevida a comissão mesmo se após a aceitação da proposta, o vendedor, que concordara com a intermediação, se arrepende e desiste da venda” (REsp n. 317.503-SP, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, DJ de 24.09.2001).

A propósito:

Contrato de corretagem. Compra e venda de imóvel. Não-realização do negócio. Desistência. Comissão de corretagem indevida. Tribunal de origem alinhado à jurisprudência do STJ. Agravo regimental não-provido.

1. Contrato de corretagem. Comissão: segundo o entendimento firmado no STJ, a comissão de corretagem apenas é devida quando se tem como aperfeiçoado o negócio imobiliário o que se dá com a efetiva venda do imóvel.

2. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag n. 719.434-RS, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 20.04.2009).

Corretagem. Proposta aceita pelo comprador. Negócio não-concretizado. Comissão indevida.

A comissão de corretagem só é devida se o negócio é efetivamente concluído e não há desistência por parte dos contratantes. (AgRg no Ag n. 867.805-SP, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, Terceira Turma, DJ de 31.10.2007).

Civil. Recurso especial. Contrato de corretagem. Alienação de empresa. Proposta aceita pelo comprador. Desistência posterior. Resultado útil não configurado. Comissão indevida.

- Nos termos do entendimento do STJ, a comissão de corretagem só é devida se ocorre a conclusão efetiva do negócio e não há desistência por parte dos contratantes.

- É indevida a comissão de corretagem se, mesmo após a aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra.

Recurso especial provido. (REsp n. 753.566-RJ, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, Terceira Turma, DJ de 05.03.2007).

Civil e Processual Civil. Corretagem. Comissão. Negócio não realizado. Mera aproximação das partes.

O contrato de corretagem não impõe simples obrigação de meio, mas sim uma obrigação de resultado.

Recurso não conhecido. (REsp n. 208.508-SC, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, Quarta Turma, DJ de 11.11.2002).

Corretagem. Comissão. Negócio não consumado.

- Não se tendo aperfeiçoado o negócio jurídico em face da desistência, à derradeira hora, manifestada pelo interessado comprador, não faz jus a corretora à comissão pleiteada.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 238.305-MS, Rel. Min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, DJ de 18.12.2000).

Não se olvida, tampouco se discorda, desse entendimento jurisprudencial. Todavia, não se pode perder de vista que a realização de um negócio jurídico de compra e venda de imóvel é um ato complexo, desmembrando-se em diversas fases - incluindo, por exemplo, as fases de simples negociação, de celebração de contrato de promessa de compra e venda ou de pagamento de arras -, até alcançar sua conclusão, com a transmissão do imóvel, por intermédio do registro civil do título imobiliário no respectivo Cartório de Registro, nos termos do art. 1.227 do Código Civil de 2002. Assim, somente com a análise, no caso concreto, de cada uma dessas fases, que é possível aferir se a atuação do corretor foi capaz de produzir um “resultado útil”, para fins de percepção da remuneração de que trata o art. 725 do Código Civil de 2002.

No caso em exame, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, houve uma fase preliminar de negociações, seguida de uma fase intermediária de celebração do contrato de cessão e transferência dos direitos e obrigações constantes de promessa de compra e venda, com o pagamento do valor de R\$ 62.000,00 a título de sinal, sendo certo que essas duas etapas foram intermediadas pela corretora de imóveis. Com a celebração desse contrato

encerrou-se o ofício da corretora, a qual deu por concretizada a venda, recebendo, naquela data, o cheque pós-datado referente à comissão de corretagem. A partir daí, o ora recorrente munido do contrato, providenciou, como lhe competia, o financiamento do restante do valor do imóvel junto a uma instituição financeira. Contudo, durante o trâmite do processo de financiamento imobiliário, o contratante discordou do valor das prestações a serem pagas, rescindindo o contrato com base nesse fundamento.

Não se trata, pois, de não aceitação de meras propostas ou contrapropostas ou de desistência de proposta aceita, ou seja, de mera desistência antes de qualquer ato formal de consenso. Ao contrário, trata-se de desfazimento de negócio jurídico perfeito e acabado, sendo certo que, apenas após alguns meses de sua celebração, foi rescindido o contrato, por fatos alheios à atuação da corretora, consoante as conclusões lançadas na r. sentença de fls. 134-137 e no v. acórdão de fls. 229-234. Ademais, o cheque que embasa a execução havia sido emitido pelo ora recorrente tão logo celebrou o contrato de cessão e transferência de imóvel.

Desse modo, se havia documento válido a corroborar o negócio jurídico, não obstante seu posterior desfazimento, é salutar reconhecer que a corretora alcançou o “resultado útil” da avença. Afastar, pois, o direito à percepção de comissão de corretagem, referendando a escusa do ora recorrente em cumprir a ordem de pagamento constante do título de crédito, seria, por meios transversos, o mesmo que autorizar o exercício abusivo do direito de rescisão contratual. Por certo, a qualquer contratante é dado arrependê-lo de um negócio jurídico, mas deverá arcar com as consequências de eventual rescisão, ressarcindo eventuais prejuízos causados ao outro contratante ou a terceiros, bem como pagando as remunerações devidas, inclusive a título de comissão de corretagem.

Com efeito, embora o serviço de corretagem somente se aperfeiçoe quando o negócio é concretizado, dado o risco inerente à atividade, não se pode perder de vista que, nos negócios imobiliários - os quais dependem de registro do ato negocial no Cartório de Registro de Imóveis para fins de transferência e aquisição da propriedade e de outros direitos reais (CC/2002, arts. 1.227, 1.245-1.246) -, a intermediação da corretora pode encerra-se antes da conclusão da fase de registro imobiliário. Por certo, quando as partes firmam, de algum modo, atos, com mediação da corretora, que geram obrigatoriedade legal de proceder-se ao registro imobiliário, tal como ocorre no caso de celebração de promessa de compra e venda ou de pagamento de sinal, torna-se devida a percepção de

comissão de corretagem, mormente quando eventual desfazimento do negócio não decorrer de ato praticado pela corretora.

A respeito do tema, convém citar os seguintes comentários feitos ao art. 725 do Código Civil de 2002:

Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

O artigo presente, de relevante conteúdo, enfrenta controvérsia que há muito se estabelece acerca do pressuposto para que o corretor faça jus ao recebimento de sua comissão. Em diversos termos, cuida-se de aferir diante quais circunstâncias e condições o trabalho do corretor deverá ser remunerado, em especial se de alguma forma se frustra o negócio por ele intermediado.

Pois a propósito sempre grassou grande divergência sobre se a obrigação que assume o corretor é de meio ou de resultado, portanto se a comissão depende ou não do êxito do negócio final. E, malgrado se tenha firmado tendência em admitir que seja de resultado a obrigação contraída na corretagem, sendo mesmo costume subordinar a percepção da remuneração do corretor ao que se convencionou chamar de aproximação útil a que tenha ele procedido, a dificuldade este e está em identificar quando a aproximação, conteúdo de sua prestação, revela-se útil e proveitosa.

(...)

Já para uma posição mais liberal, *o resultado útil da corretagem está na contribuição do corretor à obtenção de um consenso das partes por ele aproximadas, porém levado mesmo que não a um documento suficiente para o aperfeiçoamento do negócio intermediado, suficiente à respectiva exigência. Assim, por exemplo, na corretagem imobiliária, ter-se-á evidenciado o proveito da aproximação sempre que as partes tiverem firmado, se não a escritura de venda e compra, uma promessa ou, simplesmente, um recibo de sinal ou equivalente.*

(...)

É certo porém que, qualquer que seja o instante em que a aproximação se tenha revelado útil, consoante a tese esposada, não se furtando a explicitar adesão à última dentre aquelas expostas. expressou o novo CC que o arrependimento de qualquer das partes, por motivos que lhe sejam alheios, não retira do corretor o direito à percepção da comissão (...).

Veja-se que é diversa a situação da desistência antes ainda de o consenso, por qualquer forma, se ter externado, portanto interrompendo-se meras tratativas, quando então nada será devido ao corretor, aí residindo a álea inerente ao seu trabalho.

Mas, mesmo adotada a segunda das teses expostas, *havida a concretização do consenso em documento que, para os negócios formais, seja apto à coativa exigência do documento definitivo, substancial, como sucede na corretagem de compra e venda imobiliária, ainda assim, recusado o documento essencial nenhuma será a influência dessa recusa no direito à remuneração do corretor.* (in **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 3ª ed., Barueri, SP: Manole, 2009, p. 711-712, grifo nosso).

Destarte, formalizado o contrato particular de cessão e transferência de imóvel entre as partes interessadas, o direito à percepção de comissão de corretagem é incontestável, ainda que, por posterior rescisão contratual, mas não por culpa da corretora, o negócio jurídico não alcance a fase de registro imobiliário.

No que tange à alegada culpa da corretora, cumpre salientar que as instâncias ordinárias, soberanas na análise e interpretação do acervo fático-probatório dos autos, concluíram que não há cogitar na responsabilidade da corretora pela rescisão contratual, mormente porque ela apresentou as devidas informações quanto aos valores das parcelas do financiamento imobiliário, não podendo ser a ela imputada a culpa pela não concretização do negócio jurídico. Tem-se, nos termos das conclusões da c. Corte local, que a rescisão contratual decorreu de vontade externada pelo próprio contratante e sua esposa - provavelmente por insatisfação com o valor das prestações mensais do financiamento bancário.

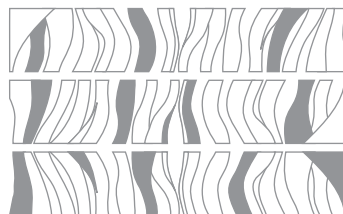
Fica, assim, repelida a tese esposada na petição de recurso especial no sentido de que a falha da corretora, por descumprimento do disposto no art. 723 do Código Civil de 2002, ensejou o não cumprimento do negócio jurídico, importando em afastamento da comissão de corretagem. Reavaliar a referida questão encontraria, inevitavelmente, óbice no Enunciado n. 7 da Súmula do eg. Superior Tribunal de Justiça.

Infere-se, portanto, que é plenamente exigível o título exequendo, embasado em cheque emitido pelo ora recorrente para pagamento de comissão de corretagem.

Por fim, tendo em vista o julgamento do presente recurso especial, resta prejudicado o exame da petição de fls. 322-326.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É como voto.



Terceira Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.451-SC (2005/0199256-0)

Relator: Ministro Og Fernandes

Revisor: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Autor: Geni Andognini

Advogado: Giovanni Gosenheimer e outro(s)

Réu: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

Ação rescisória. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço de trabalhador urbano. Cômputo do período laborado em regime de economia familiar como rurícola. Recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao lapso trabalhado anteriormente à Lei n. 8.213/1991. Desnecessidade.

1. A ação rescisória é procedimento excepcionalíssimo, cabível apenas quando observadas as hipóteses legalmente previstas, sob pena de ofensa ao instituto da *res judicata* e, por consequência, ao princípio basilar da segurança jurídica.

2. No caso dos autos, tem-se que a decisão rescindenda confirmou a tese (proclamada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região - fls. 95-96) de existência de trabalho rural no período de 13.05.1970 a 31.12.1972, esclarecendo, ainda, que a própria autarquia previdenciária reconheceu, pela via administrativa, o lapso decorrido entre 1º.01.1973 e 31.12.1980, como de efetivo exercício de atividades rurais, havendo o labor urbano se iniciado somente em janeiro de 1981.

3. Com efeito, observa-se que o cerne da questão reside no fato de ser a autora segurada do Regime Geral da Previdência Social, e não servidora pública vinculada a regime estatutário.

4. Dessa forma, tratando-se de vinculação ao mesmo regime previdenciário, descabe falar em recolhimento das contribuições previdenciárias, sob pena de malferir, efetivamente, o disposto no art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, que se encontra assim redigido: "O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no

Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: (...) § 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento”. - grifos acrescidos

5. Em situações análogas, esta Corte Superior já teve oportunidade de se manifestar acerca da procedência da ação, conforme se observa dos seguintes precedentes Ação Rescisória n. 3.242-SC, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, *Terceira Seção*, julg. em 24.09.2008, DJe 14.11.2008, Ação Rescisória n. 3.629-RS, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, *Terceira Seção*, julg. em 23.06.2008, DJe 09.09.2008, Recurso Especial n. 722.984-PR, Rel. Min. *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julg. em 02.06.2005, DJ 20.06.2005 e Agravo Regimental no Recurso Especial n. 504.745-SC, Rel. Min. *Hélio Quaglia Barbosa*, *Sexta Turma*, julg. em 1º.03.2005, DJ 21.03.2005.

6. No mesmo sentido, pronunciou-se o órgão do Ministério Público Federal, ao afirmar que: “(...) não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS”.

7. Impõe-se, portanto, o acolhimento da presente rescisória, dado que configurada a violação a literal disposição de lei, na forma prevista no art. 485, inc. V, do CPC.

8. Procedência do pedido, para, em juízo rescindendo, deconstituir em parte o julgado (precisamente no ponto em declarou a imprescindibilidade das contribuições previdenciárias, no caso concreto), e, em juízo rescisório, declarar a desnecessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período em que a parte autora exerceu o labor rural (devidamente especificado às fls. 95-96 destes autos), anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Revisor), Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Gilson Dipp, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

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

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 1º.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de ação rescisória ajuizada por *Geni Andognini*, com base no art. 485, inc. V, do CPC, contra o *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, com o objetivo de rescindir a decisão proferida no Recurso Especial n. 602.715-SC, que reconheceu a necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, em relação ao período de labor rural exercido anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991.

Na petição inicial, sustenta-se que (fl. 5): “(...) não era obrigação da autora proceder ao recolhimento das contribuições à Seguridade Social para ver reconhecido o tempo de trabalho exercido na agricultura, em regime de economia familiar, anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, tão pouco dispunha a lei que devesse ocorrer tal recolhimento, máxime em vista da peculiaridade e da destinação social que envolve o regime de economia familiar, cujas contribuições são embutidas automaticamente quando ocorre a comercialização dos produtos produzidos”.

Pede a procedência da ação rescisória, a fim de que seja reconhecido o período laborado no campo, decorrido entre junho de 1970 e dezembro de 1980 (anteriormente, portanto, à data da entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991), *independentemente de contribuições previdenciárias*.

Assistência judiciária deferida à fl. 168.

Regularmente citada (fls. 176-177), a autarquia previdenciária não apresentou contestação (fl. 179).

Razões finais somente pela autora às fls. 184-186.

Parecer do Ministério Público Federal pela procedência da ação, nestes termos:

Processo Civil. Ação rescisória. Previdenciário. Benefícios. Aposentadoria. Ofensa ao art. 55, § 2º, Lei n. 8.213/1991. Verificada. Parecer pela procedência do pedido.

1 - O art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991 dispõe: "o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início da vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento".

2 - O período em que o segurado trabalhou na área rural em regime familiar soma-se ao tempo de serviço urbano.

3 - Mesmo que não tenha havido o recolhimento das contribuições no período do labor rural antes da vigência da Lei de Benefícios, para efeito de carência, esta restar-se-á verificada se o número de prestações mensais necessárias foram recolhidas no período do trabalho urbano.

4 - Parecer pela procedência da Ação Rescisória. (fl. 190)

É o relatório.

Ao em. Ministro Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Cinge-se a presente controvérsia em saber se, ao determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias da autora em relação ao período laborado em regime de economia familiar antes da entrada em vigor da lei de benefícios, para fins de aposentadoria urbana, teria o acórdão rescindendo violado literal disposição de lei (art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991).

A ação rescisória é procedimento de natureza excepcional, sendo cabível, apenas, quando configurada qualquer uma das situações legalmente previstas, sob pena de se por em risco o instituto da *res judicata* e, por consequência, o princípio basilar da segurança jurídica.

Dessa forma, em havendo expressa afronta a literal disposição de lei, há de prosperar a ação rescisória. No aspecto, extrai-se, da elucidativa lição de Luiz Rodrigues Wambier, que ocorre a violação de uma lei quando:

A doutrina discute e decide unanimemente dizer que a violação precisa ser literal. O que se quer dizer com isso, segundo a jurisprudência, é o seguinte: se há violação de uma lei que tem sido objeto de mais de uma interpretação aceitável, essa sentença não pode ser objeto de ação rescisória.

Se se trata de uma lei cuja interpretação era controvertida, no âmbito do tribunais, à época da prolação da decisão, não pode se intentar rescisória (...).

Quando se analisam as possíveis infrações à lei, que poderiam dar origem à rescisória, percebe-se que se trata de uma só espécie de fenômeno (...) a nulidade absoluta.

(In Wambier, Luiz Rodrigues - coord. - Curso Avançado de Processo Civil, Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 747)

No caso dos autos, tem-se que a decisão rescindenda confirmou a tese (proclamada pelo Tribunal Regional Federal - 4ª Região - fls. 95-96) de existência de trabalho rural desempenhado no período de 13.05.1970 a 31.12.1972, esclarecendo, ainda, que a própria autarquia previdenciária reconheceu, pela via administrativa, o lapso decorrido entre 1º.01.1973 e 31.12.1980, como de efetivo exercício de atividades rurais, havendo o labor urbano se iniciado somente em janeiro de 1981.

Com efeito, observa-se que o cerne da questão reside no fato de ser a autora segurada do Regime Geral da Previdência Social, e não servidora pública vinculada a regime estatutário.

Dessa forma, tratando-se de vinculação ao mesmo regime previdenciário, descabe falar em recolhimento das contribuições previdenciárias, sob pena de malferir, efetivamente, o disposto no art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, que se encontra assim redigido:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

(...)

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento. - grifos acrescidos

Em situações análogas, esta Corte Superior já teve oportunidade de se manifestar acerca da procedência da ação, conforme se observa dos seguintes precedentes, *in verbis*:

Previdenciário. Ação rescisória. Trabalhador rural. Aposentadoria por tempo de serviço. Atividade rural anterior à Lei n. 8.213/1991. Cômputo. Regime de economia familiar. Recolhimento de contribuições. Desnecessidade. Precedentes do STJ. Pedido rescisório precedente.

(AR n. 3.242-SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julg. em 24.09.2008, DJe 14.11.2008)

Ação rescisória. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Trabalhador urbano. Cômputo do trabalho rural anterior à Lei n. 8.213/1991 sem o recolhimento das contribuições. Possibilidade de novo julgamento na ação rescisória. Documento não enquadrado no conceito de documento novo dado pela lei processual. Afastada a hipótese de contagem recíproca. Cômputo do trabalho rural a partir dos 12 anos de idade. Dispensa do recolhimento das contribuições referentes ao trabalho realizado anteriormente à Lei n. 8.213/1991.

1. A ação rescisória é ação desconstitutiva ou, como diz parte da doutrina, “constitutiva negativa”, na medida em que seu objeto precípua é o desfazimento de anterior coisa julgada. Ao julgar a ação rescisória, o tribunal deverá, caso precedente o pedido de rescisão por uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil, proferir novo julgamento em substituição ao anulado, se houver pedido nesse sentido.

2. Como documento novo, deve-se entender aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pode fazer uso. Ele deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de modificar o resultado da decisão rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão.

3. Não há que se falar em contagem recíproca, expressão utilizada para definir a soma do tempo de serviço público ao de atividade privada, para a qual não pode ser dispensada a prova de contribuição. A contagem recíproca é, na verdade, o direito à contagem de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de concessão de aposentadoria no serviço público ou, vice-versa, em face da mudança de regimes de previdência – geral e estatutário –, não se confundindo, pois, com a hipótese em tela, em que a segurada sempre prestou serviço na atividade privada e pretende a averbação do tempo de serviço trabalhado como rural a partir dos seus 12 anos de idade.

4. Comprovada a atividade rural do trabalhador menor, a partir dos seus 12 anos, em regime de economia familiar, esse tempo deve ser computado para fins previdenciários. Princípio da universalidade da cobertura da Seguridade Social. A proibição do trabalho ao menor de 14 anos foi estabelecida em benefício do menor e não em seu prejuízo.

5. *Para o trabalhador rural, o tempo de contribuição anterior à Lei n. 8.213/1991 será computado sem o recolhimento das contribuições a ele correspondentes.*

6. Ação rescisória procedente.

(AR n. 3.629-RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Terceira Seção, julg. em 23.06.2008, DJe 09.09.2008) - grifos acrescentados

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Aposentação no Regime Geral de Previdência Social. Cômputo do tempo exercido na atividade urbana e rural. Contribuições previdenciárias do período laborado como rurícola antes da Lei n. 8.213/1991. Desnecessidade. Não caracterizada hipótese de contagem recíproca.

1. *O tempo de serviço rural, exercido anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, é computado para fins de aposentadoria urbana por tempo de serviço, no mesmo regime de previdência – Regime Geral de Previdência Social –, sem que seja necessário o pagamento das contribuições correspondentes ao período respectivo, desde que cumprido o período de carência. Precedente da Terceira Seção.*

2. Tal hipótese não configura contagem recíproca, cujo conceito é a soma de períodos de trabalho prestados no serviço público e na atividade privada, rural ou urbana, ou vice-versa, para fins de concessão de aposentadoria pelo ordenamento no qual contemplado - RGPS ou estatutário, com a devida compensação financeira entre eles.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 722.984-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. em 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 374) - grifos acrescentados

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Averbação de tempo de serviço prestado por menor de 14 anos. Possibilidade. Condição de segurado anterior à Lei n. 8.213/1991. Irrelevância. Contribuição relativamente ao período de atividade rural. Desnecessidade.

- Ainda que mereça todo o repúdio o trabalho exercido por crianças menores de 14 anos de idade, ignorar tal realidade, ou entender que esse período não deverá ser averbado por falta de previsão legal, esbarra no alcance pretendido pela lei. Ao estabelecer o limite mínimo de 14 anos, o legislador o fez em benefício do menor, visando a sua proteção, não em seu prejuízo, razão pela qual o período de trabalho prestado antes dos 14 anos deverá ser computado como tempo de serviço para fins previdenciários.

- "A ausência da qualidade de segurado não inviabiliza o exercício do direito à contagem do tempo de serviço, porque não se confundem o direito ao benefício previdenciário, ele mesmo, e o direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço, que é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direitos subjetivos

outros, estatutário ou previdenciário, de que é instrumental.” (EDcl no REsp n. 409.986-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24.03.2003, p. 295).

- *Não há falar em necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, pois, compulsando os autos, verifica-se que o período a averbar é anterior à 1991. Dessa forma, na égide da redação original do art. 11, II, da Lei n. 8.213/1991.*

- Nego provimento ao agravo regimental.

(AgRg no REsp n. 504.745-SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. em 1º.03.2005, DJ 21.03.2005) - grifos acrescentados

No mesmo sentido, tem-se, ainda, o parecer do Ministério Público Federal (fls. 197-198):

Os argumentos trazidos pela autora procedem. O acórdão rescindendo feriu o art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, ao entender necessário o recolhimento das prestações previdenciárias nas circunstâncias descritas no processo, pois o referido artigo deixa clarividente que não há necessidade de recolhimento das prestações previdenciárias para aqueles que tenham trabalhado como rurícolas, antes da vigência da Lei n. 8.213/1991, para efeito de contagem de tempo, a fim de se obter a concessão do benefício da aposentadoria.

(...).

Desse modo, não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Impõe-se, portanto, o acolhimento da presente rescisória, dado que configurada a violação a literal disposição de lei, na forma prevista no art. 485, inc. V, do CPC.

Ante o exposto, julgo *procedente* a presente ação rescisória, para, em juízo rescindendo, desconstituir em parte o julgado (precisamente no ponto em declarou a imprescindibilidade das contribuições previdenciárias, no caso concreto), e, em juízo rescisório, declarar a desnecessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período em que a parte autora exerceu o labor rural (devidamente especificado às fls. 95-96 destes autos), anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991.

Condeno a entidade previdenciária ao pagamento dos ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), considerados a natureza da causa e o grau de zelo do profissional.

Assim é como voto.

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de ação rescisória ajuizada por *Geni Andognini*, fundamentada no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em desfavor do *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, objetivando rescindir decisão monocrática de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, no Recurso Especial n. 602.715-SC, que reconheceu a necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias.

Afirma a autora violação aos arts. 5º, XXXVI; 201, § 9º, ambos da Constituição Federal; 55, § 2º, e 96, IV, da Lei n. 8.213/1991, sob argumento da desnecessidade do recolhimento de contribuições na contagem do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, para fins de aposentadoria por tempo de serviço, no regime geral de previdência social.

Não foi apresentada contestação (fls. 179); razões finais da autora a fls. 184-186.

O Ministério Público Federal opina pela procedência da rescisória (fls. 190-193).

É o relatório.

O pedido merece acolhida, pois compulsando os autos, verifica-se que:

1) o pedido da ação originária consistia na concessão de aposentadoria por tempo de serviço em razão de contar a autora 27 (vinte e sete) anos e 10 (dez) meses trabalho, incluídos aí os 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de atividade rural, no período de junho/1968 à dezembro/1980 (fls. 24-32);

2) o pedido foi julgado procedente “para reconhecer em favor da autora e às custas do réu, o direito ao benefício de aposentadoria, em valor proporcional, de 70%, a partir da data de 1º.07.1997” (fls. 71);

3) o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, “apenas para reduzir à metade as custas processuais devidas pelo INSS, nos termos da fundamentação”, em acórdão assim ementado:

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Comprovação do exercício de atividades agrícolas. Início de prova material. Documentos em nome dos pais.

1. É possível o reconhecimento de tempo de serviço, extensível a todos os membros da família, mesmo antes de 1991, por força do art. 11, VII, da LBPS.

2. Os documentos arrolados no art. 106 da Lei n. 8.213/1991 bastam, por si só, para comprovar a atividade rural. A relação, entretanto, não é taxativa, de modo que outros documentos ali não relacionados poderão também servir para a comprovação do labor rurícola.

3. É possível a comprovação da atividade rural por meio de prova testemunhal, contanto que confortada por início de prova material.

4. Para que fique caracterizado o início de prova material, não é necessário que os documentos apresentados comprovem, ano a ano, o exercício da atividade rural, seja porque se deve presumir a continuidade nos períodos imediatamente próximos, seja porque é inerente à informalidade do trabalho campesino a escassez documental.

5. É firme o entendimento jurisprudencial de que os documentos apresentados em nome de terceiros (pai, filho, marido, esposa) são hábeis à comprovação do trabalho rural desenvolvido pelos outros membros do grupo que labora em regime de economia familiar.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 109);

4) diante disso, o Instituto apresentou recurso especial fundamentado, além da divergência jurisprudencial, na violação dos arts. 55, §§ 1º e 2º, e 96, IV, da Lei n. 8.213/1991, pois o tempo de serviço rural, sem a respectiva contribuição, não poderia ser computado para concessão de aposentadoria por tempo de serviço;

5) o Ministro Gilson Dipp, em decisão monocrática, deu parcial provimento ao recurso, “tão somente para reconhecer a necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias pelo recorrido”;

6) a matéria objeto do especial, no entanto, está pacificada nesta Corte no sentido da desnecessidade do recolhimento de contribuições previdenciárias relativas ao exercício de atividade rural anterior à Lei n. 8.213/1991, para a concessão de aposentadoria urbana pelo Regime Geral da Previdência Social.

A propósito:

Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Rurícola. Reconhecimento de tempo de serviço. Desnecessidade de contribuições. Agravo improvido.

1. *Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Precedentes do STJ.*

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 871.413-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 17.11.2008);

Previdenciário. Ação rescisória. *Trabalhador rural. Aposentadoria por tempo de serviço. Atividade rural anterior à Lei n. 8.213/1991. Cômputo. Regime de economia familiar. Recolhimento de contribuições. Desnecessidade. Precedentes do STJ.* Pedido rescisório procedente.

(AR n. 3.242-SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 14.11.2008);

Ação rescisória. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Trabalhador urbano. Cômputo do trabalho rural anterior à Lei n. 8.213/1991 sem o recolhimento das contribuições. Possibilidade de novo julgamento na ação rescisória. Documento não enquadrado no conceito de documento novo dado pela lei processual. Afastada a hipótese de contagem recíproca. Cômputo do trabalho rural a partir dos 12 anos de idade. Dispensa do recolhimento das contribuições referentes ao trabalho realizado anteriormente à Lei n. 8.213/1991.

(..) 3. *Não há que se falar em contagem recíproca, expressão utilizada para definir a soma do tempo de serviço público ao de atividade privada, para a qual não pode ser dispensada a prova de contribuição. A contagem recíproca é, na verdade, o direito à contagem de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de concessão de aposentadoria no serviço público ou, vice-versa, em face da mudança de regimes de previdência – geral e estatutário –, não se confundindo, pois, com a hipótese em tela, em que a segurada sempre prestou serviço na atividade privada e pretende a averbação do tempo de serviço trabalhado como rural a partir dos seus 12 anos de idade.*

(...) 5. *Para o trabalhador rural, o tempo de contribuição anterior à Lei n. 8.213/1991 será computado sem o recolhimento das contribuições a ele correspondentes.*

6. Ação rescisória procedente.

(AR n. 3.629-RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 09.09.2008);

Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Embargos de declaração. Violação ao art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Aposentadoria por tempo de serviço, mediante junção dos períodos de labor rural e urbano. Inobservância do cumprimento do requisito da carência durante a atividade urbana. Concessão do benefício. Impossibilidade.

1. *Para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, mediante a junção do tempo de serviço rural com o urbano, é dispensável o recolhimento de contribuições previdenciárias alusivas ao tempo de serviço rural, desde que o Segurado, durante o período de labor urbano, cumpra o requisito da carência legalmente exigida, vale dizer, o número mínimo de contribuições mensais necessárias à concessão do benefício.*

(...) 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(grifo nosso)

(REsp n. 693.736-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 28.05.2007);

Previdenciário. Embargos de divergência. Reconhecimento de tempo de serviço rural para contagem de aposentadoria urbana. RGPS. Recolhimento das contribuições previdenciárias. Desnecessidade. Embargos acolhidos.

1. Não é exigível o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas ao tempo de serviço prestado pelo segurado como trabalhador rural, ocorrido anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, para fins de aposentadoria urbana pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, a teor do disposto no artigo 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991.

2. A Constituição Federal de 1988 instituiu a uniformidade e a equivalência entre os benefícios dos segurados urbanos e rurais, disciplinado pela Lei n. 8.213/1991, garantindo-lhes o devido cômputo, com a ressalva de que, apenas nos casos de recolhimento de contribuições para regime de previdência diverso, haverá a necessária compensação financeira entre eles.

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EResp n. 576.741-RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06.06.2005).

É legítimo, destarte, o direito da autora.

Em face do exposto, julgo procedente a ação rescisória para, em *judicium rescindens*, rescindir a decisão proferida no Recurso Especial n. 602.715-SC, e, em *judicium rescissorium*, negar provimento ao referido recurso e restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual concedeu o benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

Custas e honorários pelo Instituto Nacional do Seguro Social, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.672-DF
(2009/0190408-5)**

Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)

Agravante: União
Advogado: Geraldine Lemos Torres e outro(s)
Agravado: Antonio Carlos Lopes Pires
Advogado: José Ercídio Nunes e outro(s)
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental em mandado de segurança. Questionamento quanto ao grau de satisfação do pleito concessivo da liminar. Notória explicitação dos pressupostos para concessão da medida extrema. Agravo regimental improvido.

I - É cabível agravo regimental contra decisão que defere pleito liminar devidamente fundamentado, quando presentes os requisitos autorizadores.

II - Verificado, de modo latente, a coexistência dos elementos indispensáveis para o deferimento da medida, inexistente óbice à concessão postulada, ainda que satisfativa. *In casu*, não houve decisão concessiva de tutela cautelar de natureza satisfativa *que tenha esgotado o objeto da demanda, tornando-a irreversível*.

III - Agravo Regimental improvido. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2011(data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),
Relator

DJe 04.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de agravo regimental interposto pela União contra decisão concessiva de liminar no presente *writ of mandamus*, cujo Relator originário era o E. Min. Arnaldo Esteves Lima. A decisão atacada foi proferida em primeiro de outubro de 2009. Para demonstrar total clareza aos pares, transcrevo-a em sua integralidade, *verbis*:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Antônio Carlos Lopes Pires* contra ato do *Ministro de Estado da Justiça*, consubstanciado na edição da Portaria n. 3.085, de 22.09.2009, que o demitiu do cargo de Agente de Polícia Federal.

O impetrante sustenta, em resumo, ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado, inconsistência absoluta do conjunto probatório e violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Mostra-se indiscutível o caráter alimentar de que se reveste a presente discussão, a demonstrar a presença do *periculum in mora*, porquanto se trata de discussão a respeito de demissão de servidor público, pelo que a demora na prestação da tutela jurisdicional pretendida, em regra, ocasiona danos de difícil reparação de ordem pessoal e familiar.

De outra parte, entendo relevantes os fundamentos da impetração no tocante à alegada ocorrência da prescrição quinquenal, hábil a autorizar, por si só, a concessão da tutela jurisdicional de urgência ora pretendida. 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. A propósito: MS n. 8.192-DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJ de 26.06.2006; MS n. 8.558-DF, Rel. Min. *Vicente Leal*, Terceira Seção, DJ de 16.12.2002.

No caso, a Administração teve ciência da suposta participação do impetrante na gerência da empresa privada *Out Right* nos autos de processo disciplinar instaurado em 1997 para apurar outras condutas. Ainda que se considere

referido ilícito funcional de natureza permanente, tal conduta teria cessado no início de 2002, quando referida empresa encerrou suas atividades. Instaurou 1 (um) processo disciplinar em 2004, que remanesceu anulado. Tão-somente por meio da Portaria n. 143, de 14.05.2008, foi determinada a abertura daquele que culminou na sanção impugnada, quando já transcorrido integralmente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, segundo o art. 142, inc. I, § 3º, da Lei n. 8.112/1990.

Ante o exposto, *defiro* a liminar para suspender os efeitos da portaria impugnada, até ulterior liberação desta Corte. Determino a imediata reintegração do impetrante. (fl. 535).

No seu arrazoado, a União concentra a sua irrisignação na *impossibilidade de se conceder liminar de caráter satisfativo*. Em suas razões esclarece o seguinte:

... a liminar deferida antecipou e exauriu o provimento final almejado (determinar a reintegração do impetrante), circunstância que só deveria advir, caso se entendesse pela concessão da segurança, com a sentença de mérito. (fl. 558).

Ao final, requer a reconsideração da aludida decisão ou que a mesma seja submetida ao colegiado da Terceira Seção.

À fl. 578, o E. Min. Relator determinou a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, a fim de exarar parecer, aguardando para somente após o pronunciamento do *Parquet*, apreciar o presente agravo regimental.

Instada a se manifestar, a douta Promotoria de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 1012/1016), cuja ementa restou assim sumariada, *verbis*:

Processo Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Demissão de agente da Polícia Federal. Processo Administrativo Disciplinar - PAD instaurado após o decurso do prazo prescricional para a Administração. Impossibilidade. Pela concessão da segurança. (fl. 1.012).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)(Relator): Sr. Presidente. A questão posta no presente regimental diz respeito, única e exclusivamente, a se saber: se a liminar foi satisfativa ou não, conforme explicitou o Ilustre subscritor da peça da União.

In casu, reitero que não vislumbro a possibilidade de entendimento diverso do adotado pelo E. Min. Arnaldo Esteve Lima, ao deferir a liminar *para os específicos fins*: defiro a liminar para suspender os efeitos da portaria impugnada, até ulterior liberação desta Corte. Determino a imediata reintegração do impetrante. (fl. 535).

Ressalte-se, ainda, que toda o inconformismo descrito na peça do regimental não atacou o cerne da controvérsia, qual seja, se estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão da liminar.

A irresignação da peça recursal pautou-se em não aceitar uma liminar tida como satisfativa, sob o argumento de já ter esvaziado o mérito da *quaestio iures*.

Sob esse ponto de vista, entendo que - preliminarmente - seria o caso de aplicar, à espécie, a Súmula n. 182-STJ, que assim dispõe, *verbis*:

É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. (Corte Especial, 05.02.1997).

Todavia, ainda que restasse superado o óbice sumular supra descrito, este *Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência reiterada no sentido de que em algumas situações, como ocorreu in casu, a liminar acaba por ter um elastério de satisfatividade sem, contudo, esvaziar o mérito, pois ao julgar o processo pelo colegiado, o próprio Min. Relator pode entender que não estão mais presentes os pressupostos indispensáveis para a manutenção da medida outrora concedida, sem falar nos pares que podem entender de modo diverso.*

No caso em espeque, o Min. Arnaldo Esteves Lima ponderou a situação posta e entendeu que o pedido formulado na liminar deveria ser atendido, na medida do possível, sem exaurimento do mérito do writ, com o seguinte argumento: “Mostra-se indiscutível o *caráter alimentar* de que se reveste a presente discussão, a demonstrar a presença do *periculum in mora*, porquanto se trata de discussão a respeito de demissão de servidor público, pelo que a demora na prestação da tutela jurisdicional pretendida, em regra, ocasiona danos de difícil reparação de ordem pessoal e familiar. De outra parte, entendo relevantes os fundamentos da impetração no tocante à alegada ocorrência da prescrição quinquenal, hábil a autorizar, por si só, a concessão da tutela jurisdicional de urgência ora pretendida.”

Verifica-se, de plano, que a decisão impugnada não foi satisfativa e mesmo que o fosse, há situações em que o bem da vida deve ser protegido, sob pena do Poder Judiciário não atender ao seu escopo constitucional.

Sob o assunto, nossa jurisprudência é farta. Ilustrativamente:

Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Cassação de aposentadoria. Iminência. Ato de Ministro de Estado. Delegação. Decreto n. 3.035/1999. Legitimidade passiva. Aplicação de legislação superveniente. Cumulação de aposentadorias. Compatibilidade de horário. Ocorrência. Deferimento liminar. Cabimento.

1. Na linha do entendimento firmado pela egrégia Corte Especial, no julgamento do AgRg no MS n. 11.961-DF deve ser conhecido o agravo regimental que desafia decisão concessiva de liminar.

2. *(omissis)*.

3. *(omissis)*.

4. O deferimento liminar deu-se em virtude da análise dos documentos acostados com a exordial, os quais evidenciam que a Administração, ao conceder prazo para impetrante optar por um dos seus proventos, amparou-se, tão-somente, em legislação superveniente ao ato de aposentadoria.

5. *(omissis)*.

6. *(omissis)*.

7. *(omissis)*.

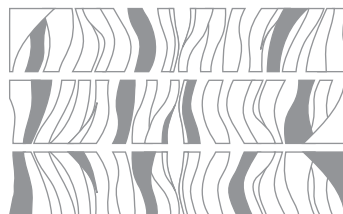
8. *A relevância do direito envolvido, de caráter alimentar, e o risco de eventual ineficácia da medida, pela iminente interrupção de um de seus proventos, motivaram a concessão da liminar.*

9. *Inexiste óbice à concessão de medida liminar de caráter satisfativo, mas, de que a concessão de tutela cautelar da natureza satisfativa esgote o objeto da demanda, tornando-a irreversível.*

10. Agravo regimental improvido. (AgRg no MS n. 14.220-DF, Terceira Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 05.10.2009).

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 128.590-PR (2009/0026980-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros

Advogada: Shyrlei Maria de Lima e outro(s)

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Ernesto Plascencia San Vicente (preso)

EMENTA

*Habeas-corp*us substitutivo de recurso especial. Impetração que deve ser compreendida dentro dos limites recursais. Ação penal movida contra o paciente e corrê. Condenação por crime de lavagem de dinheiro e naturalização fraudulenta. Sentença e acórdão regionais uniformes na condenação. Pena imposta reduzida em parte por este último para reconhecer a continuidade nos crimes de lavagem. Ordem denegada.

I. Conquanto o uso do *habeas-corp*us em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, deveras há certos limites a respeitar em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo os excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas-corp*us.

II. Cabe prestigiar a função constitucional excepcional do *habeas-corp*us mas sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de desmoralização do sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os Tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não lhe são afetas e para as quais não está institucionalmente vocacionado.

III. Alegação de falta de justa causa para a ação penal por ausência de demonstração do crime antecedente - supostamente de tráfico de entorpecentes praticado no México - do qual, sustenta a defesa, o paciente foi absolvido pelo Grande Júri norte-americano.

IV. Alegação de nulidade do processo por utilização de prova ilícita constituída por depoimento de testemunha presa nos Estados Unidos e ouvida por cooperação internacional durante a instrução judicial por autoridade não judicial e sem a participação da defesa do paciente.

V. A existência de fortes elementos de convicção reafirmados pela sentença e acórdão na apelação e uniformemente reportados por depoimentos precisos de testemunhas ouvidas diretamente pelo Juízo, entre elas agente especial da DEA (*Drug Enforcement Administration*), entidade estatal americana de repressão ao tráfico de drogas, e da companheira do chefe do Cartel de Juarez-México, comprovam a prática de tráfico internacional de drogas por organização criminosa da qual participava o paciente com destacada atuação. Justa causa indiscutivelmente presente.

VI. Improcedência da suposta nulidade do processo por violação da ampla defesa. A cooperação internacional bilateral entre Brasil e Estados Unidos em matéria penal disciplinada pelo Acordo denominado abreviadamente MLAT (*Mutual Legal Assistance Treatie*) prevê a colaboração por via direta, observados a organização e os procedimentos de cada parte, sendo certo que o depoimento de Alejandro Bernal Madrigal, cumprindo pena naquele país foi tomado por autoridade competente e com obediências às praxes locais e na presença de agentes brasileiros, recusando-se a defesa previamente ciente. Nulidade inócurrenente. Precedentes do STJ e do STF.

VII. Falsa identidade que impõe a retificação da autuação, levantado o “segredo de justiça” por falta de fundamento legal.

VIII. *Habeas-corpus* que se denega pela inexistência de nulidade ou de falta de justa causa, como por inviabilidade de reexame de provas e fatos, além de constituir utilização inadequada da garantia constitucional.

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. “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem”. Os Srs. Ministros Laurita

Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJe 28.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Os impetrantes requereram o presente *habeas-corpus* em favor do paciente, cidadão mexicano naturalizado falsamente no Brasil cujo verdadeiro nome é Lucio Ruedas Bustos - *como provam as informações constantes da sentença e acórdão juntados pelos próprios impetrantes a despeito de deliberadamente indicarem como paciente o nome falso (devendo assim ser retificados os assentos nesta Corte)* - pleiteando o trancamento da ação penal por falta de justa causa ou a nulidade do processo, haja vista ter sido processado e condenado em ambos os graus pela Justiça Federal por crime de lavagem de dinheiro, pendendo do recurso especial os embargos declaratórios.

Alegam a nulidade do depoimento da testemunha Alejandro Vernal Madrigal colhido nos Estados Unidos durante a instrução em primeiro grau, que dá assim razão à nulidade do processo, e a ausência da comprovação do crime antecedente que implica na falta de justa causa.

O Ministro Felix Fischer, então Relator, em decisão singular apreciando o pedido, liminarmente dele não conheceu ao fundamento de: a) não ter sido juntado o documento da autoridade central brasileira dando conta da cooperação internacional que culminou com a inquirição da testemunha (que se aponta de irregular por não ter garantido a presença do advogado de defesa e não ter sido tomado por autoridade judicial nos Estados Unidos); e b) já ter sido apreciada a questão relacionada com o crime antecedente no julgamento do Recurso Especial n. 1.133.944-PR, de que também era Relator, na sessão de 27 de abril de 2010, acórdão publicado em 17 de maio de 2010.

Dessa decisão agravou o primeiro impetrante (com ele oferecendo o documento referido, às fls. 858-859), alegando ofensa ao princípio da colegialidade e reiterando as mesmas razões, voltando à plenitude o exame da impetração pela decisão de fls. 870-871 com o renovado parecer do MPF pela denegação (fls. 877-892).

Cuida-se assim de examinar o conhecimento e o mérito da impetração.
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O paciente, com efeito, foi processado e julgado pelo Juiz Federal da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba-PR acolhendo denúncia do Ministério Público Federal que deu o réu como incurso nos arts. 299 e 307 CP; art. 21 da Lei n. 7.492/1986 e art. 1º da Lei n. 9.613/1998, e art. 125, XIII da Lei n. 6.815/1980, sendo a final condenado à pena de 10 anos e 06 meses de reclusão pelos crimes de lavagem, duas vezes – internação e aplicação de dinheiro ilícito provindo do México para o Brasil e aquisição de chácara em São José dos Pinhais-PR em cúmulo material - e naturalização falsa.

O Tribunal Regional Federal, ora impetrado, confirmou a sentença quanto à autoria e materialidade, reduzindo no entanto a pena imposta para excluir o crime de lavagem relacionado com a aquisição de uma chácara pois abrangida pelo outro delito de mesma natureza, fixando em definitivo a pena de reclusão em 07 anos e 06 meses.

É esta decisão colegiada que os impetrantes via de *habeas-corpus* pretendem desfazer ao argumento de falta de justa causa para a ação penal e nulidade do processo.

Cabe assinalar, contudo, a existência de recurso especial contra o acórdão do Tribunal Regional, onde o ora paciente/recorrente suscitou as seguintes questões: a) violação do art. 42 do CP pois o acórdão não aplicou a detração do tempo cumprido; b) desrespeito ao art. 59 do CP valorando fatos diversos da sentença e, embora sem alteração do total, fixando pena mínima muito acima sem fundamentação; e c) violação do art. 33, § 2º, **b** do CP e art. 381 CPP pois submetido a regime prisional mais grave do que teria direito.

Em sessão de 27 de abril de 2010, a 5ª Turma desta Corte Superior conheceu do Recurso Especial em parte e nela deu provimento rejeitando a alteração pelo Regional do fundamento da sentença sem recurso, mesmo mantida a pena fixada. Desse julgado pendem ainda embargos declaratórios.

As ocorrências processuais havidas na ação penal (apelação/recursos especial) e nos autos deste *habeas-corpus* suscitam um questionamento preliminar que tenho da maior relevância.

Com efeito. Nas razões do presente Agravo Regimental o impetrante Doutor Alberto Zacharias Toron (fls. 851-857), com relação a um dos fundamentos do pedido – isto é, a falta de justa causa que a decisão monocrática do então Relator deu por apreciada no Recurso Especial n. 1.133.944-PR –, asseverou que o

paciente no REsp **não ventilou** as matérias postas neste *writ*. Quem o fez foi a co-ré Cintia, representada por **outro advogado** e, o mais importante, **com outros fundamentos**. Afora o mais, o REsp da co-ré, com espectro mais reduzido, mereceu o veto da Súmula n. 284 do col. STF, coisa a que o *habeas-corpus* não está sujeito. Em outras palavras, as balizas para conhecimento do *writ* são menos estreitas e, portanto, ampliam as chances da defesa. (negrito do original).

E, mais adiante:

Por fim, embora pareça óbvio, nunca é demais realçar que o recurso especial tem balizas muito mais rigorosas que o *habeas-corpus*. Enquanto este não está sujeito a prazos e nem, como regra, reclama o prequestionamento, aquele, ao contrário se sujeita a inúmeros requisitos; entre outros, para exemplificar, o veto da Súmula n. 284 do STF. Ora, o REsp da co-ré não foi conhecido também por deficiência de fundamentação, o que impediu a compreensão da controvérsia. Não é justo que nesse contexto o paciente seja penalizado pela eventual inépcia de outro profissional (...)

Ora, o recurso especial de Lucio Ruedas Bustos foi apresentado pelo mesmo advogado que suscita as questões através deste *habeas-corpus* pretendendo valer-se da maior envergadura da impetração e parecendo que assim fez deliberadamente para compelir a Corte a apreciar temas que no Recurso Especial por ventura não poderia abordar sem as restrições naturais dessa espécie recursal.

Em outros termos, a impetração está aqui a cumprir obliquamente função que o regime recursal reservou aos mecanismos legais previstos e estruturados racionalmente para alcançar os resultados institucionais.

Conquanto o uso do *habeas-corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, deveras há certos limites a respeitar em homenagem à própria Constituição.

É que, acentua o art. 5º, LXVIII da Constituição, dar-se-á ordem de *habeas-corpus* quando alguém sofrer ou estiver ameaçado de sofrer *violência* ou *coação* em sua liberdade de ir e vir por *ilegalidade* ou *abuso de poder*, a significar que é essencial na conduta impetrada a mínima visualização da violência ou coação, fatores não raro de difícil percepção nas hipóteses de divergência quanto a interpretação de lei ou de fatos como no caso dos autos.

O que pondero, sem pretender desmerecer a jurisprudência, é que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo os excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas-corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Penso que tentar proteger os limites do *habeas-corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal.

Cabe assim prestigiar a função constitucional excepcional do *habeas-corpus* mas sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de desmoralização do sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os Tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não lhe são afetas e para as quais não está institucionalmente vocacionado.

Parece imperioso evitar a todo custo que a possível sobreposição de instâncias deliberativas diversas, provocada pelas impetrações sobre mesmo tema com prejuízo para a respeitabilidade e credibilidade das instâncias ordinárias de resto as únicas dotadas de amplo poder de exame e revisão dos fatos e da prova, venha a se constituir em uso discricionário da jurisdição pelas partes ao seu gosto e no momento que bem lhes parecer.

Como o caso diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, a questão é exemplar pois o recurso especial, aqui deliberadamente desdenhado por demasiadamente exíguo como reconhece o agravante, constitui a sua precípua finalidade constitucional de padronização da interpretação do direito federal.

É que a incessante reiteração de seguidas impetrações, com as justificativas agora ostensivamente reveladas pelo impetrante, além de imobilizarem a jurisprudência da Corte impedem-na de construir seus precedentes com solidez.

De outra parte, a insegurança dos veredictos das instâncias ordinárias, sempre sujeitos a impetrações de toda a ordem, leva à incerteza quanto às orientações a seguir com óbvios reflexos negativos na aplicação da lei em geral e na lei penal em particular.

Aliás, a jurisdição especial é ontologicamente destinada à proteção do direito federal e não ao direito da parte, sobretudo porque não se cuida de considerar os aspectos materiais de prova ou de fato senão apenas de direito federal.

Por outra, já existem no âmbito dos processos e recursos especiais chegados ao Superior Tribunal de Justiça mecanismos de proteção cautelar e antecipação de medidas de mérito quando assim for necessário, o que por si só constitui extraordinária exceção.

Com a devida licença, revela-se assim francamente imoderado o exercício do *habeas-corpus* quando existem inúmeros caminhos processuais idôneos para o mesmo desiderato, não constituindo argumento suficiente a alegação de que o *habeas-corpus* é instituto constitucional incondicionado ou irrestrito.

Pelo contrário, a cláusula constitucional garantidora do *habeas-corpus* como acima reproduzida não mitiga nem excepciona as demais disposições constitucionais processuais, sejam relacionadas com a sistema recursal constitucional sejam referentes ao processo judicial como a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Nessa linha de entendimento, o *habeas-corpus* é logicamente exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que *obviamente* não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

A propósito, se a jurisdição ordinária se diz demorada, a celeridade da impetração para dirimir as questões pode revelar um paradoxo lógico, ou pior, pode desqualificar a prestação jurisdicional que poderá ser mais rápida mas não necessariamente melhor só pela velocidade.

Desde que a possível demora parece ser ínsita ao contraditório, à justiça e à qualidade das decisões a rapidez não é credencial bastante para o *habeas-corpus*.

A desenvoltura do *habeas-corpus* talvez tenha respondido a aspirações relacionadas com certa hipertrofia da autoridade pública ou com a lentidão do poder judiciário.

Recentemente, porém, dada a onipresença vigilante do Ministério Público e a incessante atuação das instâncias ordinárias cada vez mais aparelhadas para a pronta prestação jurisdicional, não há mais a generalizada justificativa para atalhar a via de impetrações unilaterais, intempestivas e sem prazo, sem prequestionamento e sem despesas.

As causas da eventual falta de efetividade da jurisdição devem ser analisadas e corrigidas pelos órgãos competentes, e com seriedade, pois temos instituições próprias para isso.

Não, porém, pela via da desconsideração de instâncias ou de procedimentos consolidados de apuração dos fatos, que por outro modo ficam imprestáveis com evidente prejuízo para as partes, sem falar no desperdício de esforços para dotar os órgãos judiciários de recursos materiais, humanos e de funcionalidade institucional com capacidade de atender as demandas dos interessados cujas finalidades assim se desvirtuam.

A utilização indiscriminada do *habeas-corpus* substitutivo de recurso tende a fazer mirrar a jurisdição ordinária com efeitos até anticonstitucionais.

Daí porque, fosse aceitável a exuberância de impetrações como se vive hoje, seria de todo conveniente disciplina-lo por via de jurisprudência desta Corte, ao menos no âmbito da jurisdição do STJ, de modo a admitir tão só os pedidos cujo tema já tivesse sido objeto de exame pelas instâncias ordinárias, ou quando devida e oportunamente prequestionados.

Por fim, as razões de nulidade processual e falta de justa causa, como afirma o impetrante, aqui trazidas como fundamento da impetração mas propositadamente não suscitadas no Recurso Especial, ao contrário, foram exaustivamente discutidas na sentença de mais de 60 páginas e no acórdão de mais de 170 páginas, portanto suficientemente prequestionadas, e tudo acompanhado pelo mesmo advogado ora impetrante.

II

Nada obstante, mesmo presentes estas considerações em respeito aos termos do pedido na impetração já admitida por ato do então Ministro Relator, examino a causa.

A ação penal proposta pelo Ministério Público Federal contra o paciente (e outros) fundou-se na existência da prática de crimes de “lavagem” de dinheiro no Brasil, ou seja, de crimes de competência da Justiça Federal (em conexão com

outros de competência também federal) constituídos por internação no país de dinheiro e valores obtidos no exterior, oriundos de delitos praticados no México.

A sentença e o acórdão analisaram minuciosamente as circunstâncias dos crimes e concluíram pela inculpação do paciente, havendo prova mais do que razoável da participação dele nos crimes tidos por antecedentes no país de origem quanto no Brasil mediante típica “lavagem” pela aplicação dos recursos lá ilicitamente havidos.

Apesar de vedada a discussão da prova e dos fatos no âmbito exíguo do *habeas-corpus* – a provocação a tanto, de resto, é do próprio impetrante – encontra-se nos autos fartíssima demonstração da “lavagem” e dos crimes antecedentes. E a isso se chega pela simples valorização da prova recolhida.

No caso, a “lavagem” de dinheiro no Brasil é inquestionável e o impetrante nem se ocupa de questionar a remessa e a aplicação dos cerca de 3 milhões de dólares americanos trazidos ao Brasil pelo paciente, provavelmente vindo diretamente do México após a morte do chefe do *Cartel de Juarez* a que pertencia.

A despeito de internados os valores em grande parte via Banco Central do Brasil a origem ilícita nunca foi contestada.

O que sustenta a impetração, repita-se, nos dois pontos discutidos, é: a) a ausência de justa causa para a ação penal no Brasil por “lavagem” de dinheiro porque o crime antecedente de tráfico de drogas, pelo qual teria sido o paciente anteriormente processado nos EUA, resultou em absolvição pelo júri americano; e b) a imprestabilidade do depoimento de Alejandro Bernal Madrigal, atualmente preso nos EUA, tomado por autoridade que não é judiciária e sem o acompanhamento presencial da defesa pelo impetrante sendo as declarações essenciais para a condenação.

Quanto a este último ponto, cabe assinalar que a inquirição foi realizada por cooperação jurídica internacional nos termos do Tratado bilateral subscrito pelo Brasil e Estados Unidos, conhecido como MLAT (“*Mutual Legal Assistance Treatie*”) ou “*Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América*”, de acordo com o qual – com força de lei no Brasil (assim reconhecido por acórdão do STF no HC n. 91.444-RJ, Menezes Direito) – “as solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado requerido”.

Como está esclarecido no documento prestado pelo Ministério da Justiça brasileiro, o depoimento (“*deposition*”) na forma realizada e integralmente trazido aos autos no original foi tomado por autoridade designada pela organização local e deu-se com as cautelas legais correspondentes, presentes ainda outros interessados e certificado por entidade oficial.

O paciente ademais teve oportunidade de apresentar quesitos e foi intimado oportunamente, tendo optado por recusar-se.

A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal vem aceitando com naturalidade as características da cooperação internacional ao aceitá-la no modo como se organizam os Estados requeridos, e não como se exigiria dentro das fronteiras brasileiras.

Foi assim, por exemplo, nos EDecl no HC n. 91.992-RJ, Marco Aurélio, 1T, STF, 24.03.2009; na Decisão no Agravo na Suspensão de Segurança n. 2.382-SP, Presidência, STJ, 26.10.2010 e na Reclamação n. 2.645-SP, Corte Especial, STJ, Teori, 18.11.2009.

Nesse último caso, a ementa, a esse propósito, resumiu com perfeição:

6. Não são inconstitucionais as cláusulas dos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional (v.g. art. 46 da Convenção de Mérida - “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” e art. 18 da Convenção de Palermo - “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”) que estabelecem formas de cooperação entre autoridades vinculadas ao Poder Executivo, encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas. A norma constitucional do art. 105, I, *ii*, não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações. A competência ali estabelecida - de conceder *exequatur* a cartas rogatórias -, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais.

O que importa é que a “*deposition*”, ato de natureza não tipicamente judicial pelo ordenamento brasileiro mas cercado de inteira credibilidade como informa a origem e declara o Ministério da Justiça no Brasil, na pior hipótese vale como documento oficial idôneo e verdadeiro.

De qualquer sorte, inobstante as objeções do impetrante está manifesto que o paciente esteve envolvido nos atos reportados pelo depoimento da testemunha ouvida no exterior, cujas declarações coincidem – o que as reveste de maior credibilidade – com as do agente especial da DEA ouvido pelo Juiz Federal

no Brasil e que descrevem com precisão inúmeras atividades do paciente e seu grupo criminoso no México.

Tivesse o impugnado depoimento de Alejandro Bernal Madrigal os vícios de coleta que se apregoam, ainda assim seriam eles prontamente desvanecidos pela riqueza de pormenores do agente que prendeu o paciente nos Estados Unidos.

Aliás, só se afirma que há nulidade porque não interveio a autoridade judicial, o que no entanto é compatível com o regime de cooperação internacional, e que se impediu o acompanhamento pela defesa todavia expressamente recusada.

Os fatos reportados entretanto foram confirmados por outros depoimentos como o da companheira do chefe do Cartel e dos agentes americanos ao Juiz Federal do Brasil, de tal maneira que, apesar disso, a eventual impugnação do modo de coleta do depoimento não logra afastar a credibilidade das informações ali colhidas.

A sentença e particularmente o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - este unanimemente - por sua vez assentaram tais fatos como verdade processual após ampla discussão desses elementos e provas com observância do contraditório e da ampla defesa.

O conjunto da instrução da “lavagem” de dinheiro, no que pertine à origem dos valores e à produção desse depoimento testemunhal, está portanto a salvo das objeções da impetração, constituindo nesse aspecto processo válido e acreditável.

Com respeito à alegação de ausência de justa causa, pois não se teria configurado o crime de “lavagem” no Brasil em face da absolvição do paciente no referido crime antecedente de tráfico de drogas perante a Justiça Americana, tenho por igual improcedente a impetração.

A Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, no seu art. 2º e no que interessa, estabeleceu que o processo e julgamento dos crimes de “lavagem” obedecem às disposições do procedimento comum de competência do juiz singular (federal, nas hipóteses mencionadas e quando previsto em tratado ou convenção se a execução começa ou termina no exterior), e independente do processo e julgamento do crime antecedente ainda que praticados em outro país.

A denúncia, estabelece seu art. 2º, § 1º, será instruída com “*indícios suficientes da existência do crime antecedente*”, sendo puníveis os autores da “lavagem” ainda que desconhecidos os do crime antecedente.

À base dessas referências legais, mostra-se com efeito infundada a impetração.

De fato, os autos, contando com a profusa prova testemunhal citada, indicam que o paciente durante vários anos esteve envolvido nas atividades do Cartel de Juarez, organização voltada ao tráfico e comércio nacional e transnacional de entorpecentes e drogas ilícitas no México, tendo sido, por conta dessa atuação, na década de 80 atraído aos Estados Unidos por um agente especial da DEA (*Drug Enforcement Administration*) entidade policial especializada no combate a esse crime e lá preso e processado judicialmente.

Embora absolvido pelo Grande Juri, as provas reunidas indicaram que o paciente tinha relacionamento com os chefes da organização criminosa e são insistentes os indícios de que dela participara efetivamente inclusive com ganhos patrimoniais importantes, dos quais boa parte comprovadamente veio ao Brasil.

A impetração sustenta que a absolvição do paciente exclui o crime antecedente e nessa medida torna atípica a denunciada “lavagem” de dinheiro.

Alguns escritos jurídicos ora consideram o crime antecedente como um elemento normativo do crime de “lavagem” ora dão-no como requisito de punibilidade ou até de procedibilidade, construindo variadas teses de interessante engenharia penal. Certo é todavia que os crimes de “lavagem” e antecedentes são autônomos embora complementares.

Vale assinalar que a existência ou indicação de um ou mais crimes antecedentes constitui exigência lógica para a figuração do de “lavagem”. Mas não necessariamente uma conduta concreta identificada, visto prescindir de processo e julgamento, isto é, a sua indicação não exige a prova da ação penal ou do inquérito policial bastando ter reunidos indícios bastantes e suficientes da existência do crime.

Essa expressão “*do crime*” deve ser compreendida no seu contexto próprio, sobretudo quando presente a circunstância possível - essa igualmente prevista na lei (art. 2º, II “*ainda que praticados em outro país*”) - de ter sido praticado fora do Brasil, e no caso no México.

Nada obstante, e sem embargo de outras possíveis teses igualmente ponderáveis, no caso dos autos há substancial relação de fatos e condutas convergentes sobre o paciente que levam à certeza de evidentes indícios de sua participação no universo das atividades da organização criminosa do Cartel de Juarez.

A existência e evidência de crimes antecedentes, seja como requisito de procedibilidade ou de tipicidade material da “lavagem”, no conjunto da prova recolhida pela instrução com especial acento nos depoimentos do agente especial Elias Patrocínio Chávez, da DEA; no da companheira de Amado Carrillo Fuentes (o líder pré-morto do Cartel de Juarez), e no relatório do agente especial da DEA Kevin Wilson, todos abundantes em incriminação do paciente, conduzem à conclusão de que o crime antecedente *não se resume aqui* ao incidente judicial levado ao Grande Juri de Albuquerque/Novo México/EUA instalado em 17 de junho de 1980 e terminado para o paciente com a absolvição em 26 de agosto de 1980.

Segundo as testemunhas citadas e altamente credenciadas havia um universo de fatos e condutas interligadas por propósito delituoso multinacional (Colômbia, México, Estados Unidos e depois Brasil).

Ante esse quadro, a fórmula legal da Lei n. 9.613 só pode ser compreendida com a largueza das circunstâncias, não para forçadamente alcançar o paciente mas para decotar o universo de criminalidade em que se movia assim como sua organização e revelar a existência de um grande crime em andamento pela organização e por todos os seus integrantes.

Ademais da falta de jurisdição brasileira para exigir-se aqui ou lá a instauração processual e naturalmente respeitada a soberania mexicana, a atuação desse comando normativo não poderia ficar à mercê de fator aleatório se o crime de “lavagem” subsequente no Brasil ficasse dependente do resultado do antecedente no exterior cuja apuração estivesse vedada à jurisdição nacional.

A redação da lei, além disso, não exige *prova* de indícios senão apenas os indícios, consciente de que a prova raça de tais elementos é muitas vezes inteiramente inviável sobretudo se inexistir processo formado como ela mesma admite.

Quando a lei brasileira faz menção a indícios suficientes da existência “do crime antecedente” certamente tem em vista a apuração da ocorrência de um delito concreto, mas pelas circunstâncias já antes abordadas certamente não desconsidera como crime antecedente o ambiente de pluricriminalidade, situação compatível com a mencionada cláusula legal aqui reforçada pela possibilidade de ter sido ele praticado ou verificado “em outro país” onde a apuração pode constituir um impasse natural.

O sentido lógico dessa cláusula que também precisa ser compreendida no seu contexto, busca abranger a realidade das atividades criminosas individuais

ou coletivas no seu próprio *habitat* pois seria irracional reduzir seu alcance a uma visão microscópica que desprezasse a notória transnacionalidade e a plurivariada das atividades criminosas que envolvem o tráfico internacional de drogas, como de resto é o caso dos autos.

Para mostrar situação muito parecida, embora realizados os crimes antecedentes no Brasil e mais ricamente descritos no julgado correspondente, há o caso denominado “Operação Furacão” apreciado no HC n. 86.288-RJ, Laurita, 5T STJ, 15.12.2009, caracterizado pela abundância de delitos anteriores retratando “*verdadeiro esquema de corrupção que atingia várias esferas de poder e servidores e autoridades públicas.*” semelhante à das máfias.

A jurisprudência e a doutrina de modo geral têm como autônomos os crimes antecedente e de “lavagem” que a lei (art. 2º, II L. n. 9.613) e declara serem independentes (HC n. 87.843-MS, Jane, STJ, 6T, 25.11.2008), considerando irrelevante a inexistência de sentença condenatória quanto a eles.

No mesmo sentido, no HC n. 59.663-SP, Dipp, 5T STJ, 07.12.2006, assentou-se que a aplicação irrestrita das regras de conexão entre “lavagem” e crime antecedente “poderia causar o engessamento do processo relativo à lavagem de dinheiro..”.

Em outro caso, o fato de não ter sido denunciado pelo crime antecedente “é irrelevante para a responsabilização por lavagem de dinheiro..” pois “a participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime...” (Ação Penal n. 458-SP, Corte Especial STJ, Dipp, 16.09.2009).

No HC n. 133.274-RJ, Limongi, 6T STJ, 15.04.2010, pretendeu-se trancar a ação penal por “lavagem” eis que o crime tributário antecedente dependia do esgotamento da instância administrativa. O voto vista do Ministro Og Fernandes bem resumiu a orientação da Turma, assim: “Penso que, nos termos em que posta a acusação, o sobrestamento do feito quanto ao crime contra a ordem tributária, em razão da não constituição definitiva do respectivo crédito, não prejudica a persecução penal no tocante às infrações de lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Isso porque a denúncia narra uma intrincada e operosa fraude destinada a dar ares de licitude à origem da vultuosa quantia de R\$ 9.895.188,00 depositada na conta bancária da empresa concessionária da qual os pacientes são representantes (...)”.

Confirmando a tese de que aos crimes antecedentes se deve dar a atenção correspondente às circunstâncias respectivas, em particular quando são praticados no exterior, no Conflito de Competência n. 97.636-SP (Maria Thereza, 3S STJ, 22.04.2009) a Relatora afirmou “De se concluir, da leitura do dispositivo em questão [o art. 2º, I, II, III **a** e **b** da Lei n. 9.613], que a regra geral é que tramitem os processos relativos ao crime antecedente e o crime de lavagem separadamente, independentemente em princípio, um do resultado do outro. Tal regra se justifica porque podem ocorrer até mesmo situações em que o crime antecedente seja de competência de outro país ou que não haja provas da ocorrência do crime antecedente, o que não impede a condenação exclusivamente pelo crime de lavagem de dinheiro”.

No julgamento do HC n. 89.739-PB (Peluso, 2T STF, 24.06.2008), acerca desse ponto disse o Relator: “Ora, se (I) o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do julgamento dos crimes antecedentes e, se (II) indícios da prática de crime antecedente são suficientes para a consumação do crime de lavagem de dinheiro, pode-se, com mais razão, afirmar que a presença de tais indícios basta ao recebimento da denúncia”.

No julgamento do HC n. 94.965 (Fischer, 5T STJ, 10.03.2009) ficou estabelecido que: “IV - A adequação da conduta praticada no exterior a um dos crimes antecedentes previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro) se submete ao princípio da dupla incriminação, segundo o qual, o fato deve ser considerado ilícito penal também no país de origem. Além disso, o enquadramento legal da conduta deve ser realizado à luz do ordenamento jurídico pátrio, isto é, conforme a legislação penal brasileira.”

Essa última circunstância está presente no caso dos autos, visto serem inequívocos os inúmeros indícios de crime praticado por *organização criminosa*, ainda que nosso ordenamento não tenha definido adequadamente essa categoria jurídica.

Valem para tanto como substrato técnico os termos do art. 2º letra **a** da Convenção de Palermo, formalmente subscrita pelo Brasil (Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004), assim acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro que daí por diante dela recebe a devida juridicização.

Desse modo, ainda quando as alegações relativas à absolvição do paciente no pretendido crime antecedente pudessem sensibilizar o observador, muitos outros crimes abrangidos concretamente pelas atividades da organização criminosa de que certamente participou o paciente, objetivamente demonstrados por indícios manifestos e duplamente tipificados, justificam formal e materialmente a

instauração, processo e Julgamento do crime de lavagem praticado pelo paciente no Brasil e por eles condenado nas duas instâncias ordinárias.

Não fossem tais razões bastantes, é manifesto que a proposição do impetrante para sustentar tanto a falta de justa causa como a suposta nulidade da inquirição da testemunha no exterior pressupõe necessariamente a reapreciação aprofundada das provas da instrução penal.

Para saber se o conteúdo do depoimento impugnado foi essencial à condenação, como alega o impetrante, e, daí, pela alegada ofensa a formas processuais, derivar a *nulidade do processo*, ter-se-á de dissecar suas afirmações e qualificá-las em face dos demais fatos do processo, assim como, para concluir pela *ausência de justa causa*, seria preciso reconstituir criticamente todos os demais depoimentos que comprovam existência de ambiente de pluricriminalidade antecedente e apurar a suficiência ou não desse quadro como suporte fático da norma penal discutida (HC n. 94.958-SP, Joaquim, 2T STF, 09.12.2008 e HC n. 84.629-PR, 1T STF, Eros Grau, 21.09.2004).

Em suma, não é possível no âmbito do *habeas-corpus* dar-se o exercício dessas discussões como sugere o impetrante.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 143.304-DF (2009/0145748-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Gilberto Herbert de Lima

Advogado: Sara Vanessa Aparecida e Sousa - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Gilberto Herbert de Lima

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Estelionato tentado. Vantagem patrimonial ilícita de pequeno valor. Aplicação do princípio da insignificância.

Inviabilidade. Especial reprovabilidade da conduta do agente. Reincidência e habitualidade delitiva. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal. Ordem denegada.

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no estelionato, assim como ocorre no delito de furto, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

2. Na hipótese dos autos, a despeito da reduzida expressividade financeira da vantagem patrimonial ilícita que se buscou obter, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente. Com efeito, a conduta se revestiu de especial reprovabilidade, uma vez que o acusado aplicou o golpe, aproveitando-se da ação altruística da vítima, que se dispôs a ajudar pessoa conhecida, supostamente necessitada.

3. Ademais, o Paciente é reincidente no crime de estelionato, em continuidade delitiva, além de haver notícias da tentativa de aplicação do mesmo golpe em outra vítima.

4. Conforme decidido pela Suprema Corte, “O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.” (STF, HC n. 102.088-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21.05.2010.)

5. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. É mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

6. 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, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 14 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 04.05.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de habeas corpus, sem pedido liminar, impetrado em favor próprio por *Gilberto Herbert de Lima*, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 03 (três) dias-multa, como incurso no art. 171, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Contra a sentença, apelou a Defesa, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso.

Nas presentes razões, o Impetrante/Paciente alega, em síntese, que deve ser aplicado, na hipótese, o princípio da insignificância, tendo em vista que o fundamento apresentado pelo Tribunal *a quo* para negar sua aplicação – ter o agente se utilizado de meio fraudulento para obter vantagem ilícita, ludibriando a vítima – é inerente ao próprio tipo penal em questão.

Sustenta, ademais, que a sua condenação anterior transitou em julgado em 17.09.1990, tendo sido extinta a punibilidade em 05.08.1999. Por essa razão, não poderia obstar a aplicação do princípio da bagatela.

Aduz, por fim, que o valor do prejuízo que seria causado à vítima é de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais), justificando o trancamento da ação penal.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 44-46, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 60-67, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A ordem não comporta concessão.

Consta dos autos que o ora Paciente foi denunciado como incurso no art. 171, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por ter tentado obter, em proveito próprio e mediante emprego de meio fraudulento, vantagem patrimonial ilícita, em prejuízo de Maria Imaculada Dominici Mendonça.

Segundo a inicial acusatória, no dia 04 de outubro de 2005, o ora Paciente efetuou uma ligação para a vítima, dizendo ser marido de sua vizinha Meire Cristina. Informando ter se envolvido em um acidente, solicitou que a vítima entregasse a uma pessoa conhecida por Sr. Lima a quantia de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco) reais, prometendo, mais tarde, devolver-lhe o empréstimo. Em seguida, apresentou-se à vítima como sendo o Sr. Lima, ocasião em que recebeu um cheque no valor solicitado. Ao dirigir-se à loja de sua vizinha, a ofendida constatou o golpe, identificando posteriormente o autor em uma fila do Banco do Brasil.

Finda a instrução criminal, sobreveio sentença que condenou o Paciente às penas de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 03 (três) dias-multa, como incurso no art. 171, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Contra a sentença, apelou a Defesa, tendo a Corte de origem negado provimento ao recurso.

O Tribunal *a quo* rejeitou a aplicação do princípio da insignificância, valendo-se dos seguintes fundamentos, *ad litteram*:

Segundo o Supremo Tribunal Federal, para o reconhecimento da insignificância é necessária a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso em tela, verifica-se que não é expressivo o valor objeto do estelionato (R\$ 55,00), contudo, conforme assentou a Suprema Corte, o pequeno valor patrimonial não é o único requisito para a incidência do princípio da insignificância.

Nos delitos dessa espécie, é comum o agente do crime oferecer uma vantagem para atrair a vítima que cai no arдил pensando em obter tal vantagem, na denominada torpeza bilateral. No caso dos autos, a atitude do réu está revestida de maior reprovação social, pois se aproveitou da disposição altruísta da ofendida para lhe aplicar o golpe. Assim, o réu não visou atingir apenas o patrimônio da vítima, mas também abusou de sua boa vontade, tendo em vista que foi ludibriada a amparar uma pessoa conhecida que supostamente necessitava de seu auxílio.

Ao contrário do que afirmado pela combativa defesa, a conduta do réu causa repulsa social, de modo que não é possível afirmar que a lesão jurídica foi inexpressiva.

Assim, não tem relevância o fato de o réu ter se proposto a indenizar a vítima, pois o crime, na forma tentada, está plenamente caracterizado. Demais disso, ainda que tivesse consumado o delito e houvesse o ressarcimento do prejuízo, não afastaria a incriminação. Nesse sentido:

[...]

Ademais, a vítima informou que o réu aplicou o mesmo golpe em outra pessoa:

[...]

A própria Meire Cristina Trindade confirmou que foi vítima do apelante, consoante depoimento prestado perante a autoridade policial (fls. 09).

Ressalta-se, ainda, que o apelante, Gilberto Herbert de Lima, possui uma condenação transitada em julgado em 17.09.1990 pela prática de estelionato em continuidade delitiva (CP 71 c.c. 171), conforme consta à fl. 50.

Portanto, a tentativa de estelionato praticada pelo réu não foi um caso isolado.

A jurisprudência do TJDF aponta no sentido de que a prática reiterada de ilícitos penais obstaculiza o reconhecimento do princípio da insignificância. É a mesma razão pela qual a reincidência impede a aplicação da causa de diminuição de pena do § 1º do art. 171 do CP (estelionato privilegiado). (fls. 32-34; sem grifo no original.)

A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta, buscando identificar a necessidade ou não da utilização do direito penal como resposta estatal. Com efeito, diante do caráter fragmentário do direito penal moderno, segundo o qual se devem tutelar apenas os bens jurídicos de maior relevo, somente justificam a efetiva movimentação da máquina estatal os casos que implicam lesões de significativa gravidade.

É certo, porém, que o pequeno valor da vantagem patrimonial ilícita não se traduz, automaticamente, no reconhecimento do crime de bagatela.

De fato, a aplicabilidade do princípio da insignificância no estelionato, assim como ocorre no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

Na hipótese dos autos, porém, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente.

Como bem ressaltou o acórdão hostilizado, a conduta do agente se revestiu de especial reprovabilidade, uma vez que o acusado aplicou o golpe, aproveitando-se da ação altruística da vítima, que se dispôs a ajudar pessoa conhecida, supostamente necessitada.

Ademais, destacou a Corte de origem a reincidência do Paciente pela prática de estelionato, em continuidade delitiva, e a tentativa de aplicação do mesmo golpe em outra vítima.

Nesse aspecto, é importante destacar a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as circunstâncias de caráter eminentemente pessoal não interferem no reconhecimento do delito de bagatela, que estaria relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto, e não com a pessoa do acusado : HC n. 132.206-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15.12.2009; HC n. 154.115-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 12.04.2010; HC n. 120.972-MS, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 23.11.2009; HC n. 129.340-SP, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), DJe de 14.12.2009; REsp n. 827.960-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18.12.2006.

Contudo, melhor analisando a questão, reformulo o anterior posicionamento, por considerar não ser possível reconhecer um reduzido grau de reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete novos delitos.

Como bem acentuou a eminente Ministra *Cármen Lúcia*, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 102.088-RS, de que foi Relatora, “O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça

no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal.” (1ª Turma, DJe de 21.05.2010).

De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.

No mesmo sentido já se posicionaram ambas as Turmas do Col. Supremo Tribunal Federal, refutando a aplicação do princípio da insignificância a acusados reincidentes ou inclinados à prática delitiva:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Furto. Incidência do princípio da insignificância. Inviabilidade. Reincidência e habitualidade delitiva comprovadas. Ordem denegada.

Reconhecidas a reincidência e a habitualidade da prática delituosa, a reprovabilidade do comportamento do agente é significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes.

Ordem denegada. (STF, HC n. 97.007-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 31.03.2011.)

Habeas corpus. Furto de barras de chocolate. *Res furtivae* de pequeno valor. Mínimo grau de lesividade. Alegada incidência do postulado da insignificância penal. Inaplicabilidade. Paciente reincidente específico em delitos contra o patrimônio, conforme certidão de antecedentes criminais. Ordem denegada.

1. *Embora seja reduzida a expressividade financeira dos produtos subtraídos pelo paciente, não há como acatar a tese de irrelevância material da conduta por ele praticada, tendo em vista ser ele reincidente específico em delitos contra o patrimônio. Esses aspectos dão claras demonstrações de ser um infrator contumaz e com personalidade voltada à prática delitiva.*

2. Conforme a jurisprudência desta Corte, “o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário” (HC n. 96.202-RS, DJe de 28.05.2010).

3. Ordem denegada. (STF, HC n. 101.998-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22.03.2011; sem grifo no original.)

Habeas corpus. Penal. Furtos e tentativa de furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Crime praticado com rompimento de obstáculo e em concurso com menor. Descomprometimento do paciente com os valores tutelados pelo direito. Reincidência. *Habeas corpus* denegado.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

3. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

4. No caso dos autos, em que o delito foi praticado com rompimento de obstáculo e em concurso com menor, percebe-se o descomprometimento do Paciente com os valores tutelados pelo direito.

5. Apesar de tratar-se de critério subjetivo, a reincidência remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, já que não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica.

6. Ordem denegada. (STF, HC n. 103.359-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 06.08.2010; sem grifo no original.)

Habeas corpus. Crime de tentativa de furto (*caput* do art. 155, combinado com o inciso II do art. 14, ambos do Código Penal). Objetos que não superam o valor de R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais). Alegada incidência do princípio da insignificância penal. Acusado que responde a vários outros processos por crimes contra o patrimônio. Reincidente específico. Ato de violência. Vítima lesionada. Improcedência da alegação. Ordem denegada.

1. Para que se dê a incidência da norma penal não basta a simples adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa, sob pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

2. Na concreta situação dos autos, não há como acatar a tese de irrelevância material da conduta protagonizada pelo paciente, não obstante a reduzida expressividade financeira dos objetos que se tentou furtar. De início, porque o paciente é reincidente específico em delito contra o patrimônio, constando na respectiva certidão de antecedentes criminais as numerosas situações em que foi preso por furto, inclusive. Logo, o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário.

3. O acusado dá claras demonstrações de que adotou a criminalidade como verdadeiro estilo de vida. O que impossibilita a adoção do princípio da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionando para a apuração de condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras.

4. Por outra volta, embora o paciente responda tão-somente pelo delito de tentativa de furto simples (inciso II do art. 14, combinado com o art. 155, ambos do CP), os autos dão conta de que o réu, “mediante luta corporal com a vítima, pessoa idosa de 63 anos”, causou-lhe “ruptura do tendão do braço direito”. Tudo para dificultar o acolhimento da tese de que a ação protagonizada pelo paciente configura um irrelevante penal.

5. Ordem denegada. (STF, HC n. 96.202-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 28.05.2010; sem grifo no original.)

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Furto e tentativa de furto. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Notícia da prática de vários outros delitos pelo paciente. *Habeas corpus* denegado.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.

2. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

3. O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável.

4. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida.

5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.

6. Ordem denegada. (STF, HC n. 102.088-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21.05.2010; sem grifo no original.)

Veja-se, ainda, a seguinte ementa proferida nesta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus. Furto simples de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00. Apesar de se tratar de *res furtiva* que pode ser considerada ínfima, a existência de condenação por crime de roubo transitada em julgado, cujo paciente cumpria pena, indica a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da insignificância. O MPF manifestou-se pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 19.04.2004).

3. No caso em apreço, apesar do furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R\$ 45,00 poder ser considerada ínfima, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que, a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de roubo transitada em julgado, noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso. (HC n. 137.794-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.11.2009.)

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 148.988-SP (2009/0190457-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Márcio Thomaz Bastos e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: R A (preso)

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 213 do CP (56 vezes). Prisão preventiva. Decisão fundamentada. Garantia da ordem pública. Periculosidade. Gravidade concreta dos fatos. Ausência de constrangimento ilegal.

I - A prisão preventiva pode ser decretada como forma de garantia da ordem pública, desde que a gravidade concreta dos fatos narrados na denúncia puder denotar a *periculosidade acentuada* do paciente (*Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*).

II - Exsurgindo da decisão combatida que o paciente, em tese, teria praticado mais de 56 (cinquenta e seis) graves crimes contra a liberdade sexual, sua segregação cautelar encontra-se justificada em razão da evidenciada *gravidade dos fatos em apuração*.

III - O afastamento cautelar do paciente do exercício da medicina por órgão administrativo não afasta, *per se*, a periculosidade invocada no decreto atacado. É dizer, por tudo o que consta na decisão, que o

paciente é uma pessoa perigosa e não somente um médico perigoso. Assim, persiste o risco de que, acaso solto, volte a praticar novos delitos.

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 maioria, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho, que concediam a ordem.

Sustentou oralmente: Dra. Maria Silvia Meira Luedemann (p/ MPF).

Brasília (DF), 24 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 03.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Roger Abdelmassih, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente *foi denunciado* como incurso nas sanções do art. 213 do Código Penal (*por cinquenta e seis vezes*), oportunidade em que foi requerida a decretação de sua prisão preventiva.

Recebida a exordial, no mesmo ato, *restou decretada sua prisão*.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o e. Tribunal *a quo*, alegando falta de fundamentação da r. decisão que impôs a custódia cautelar ao paciente.

Contudo, a ordem foi, por maioria, *denegada*, em acórdão assim ementado:

1 - *Habeas corpus* - Estupro.

2 - Publicidade demasiada para o cumprimento do mandado de prisão - Violação ao direito à intimidade de pessoa ainda não condenada - Excesso eventualmente ocorrido que não decorreu da decisão que decretou a prisão preventiva e, conseqüentemente não a invalida.

3 - Defeitos da denúncia não viciam a decretação da prisão preventiva que, na sistemática do Processo Penal Nacional, pode ser determinada de ofício e antes mesmo do oferecimento da inicial acusatória. - A existência de anterior denúncia sobre 03 dos 56 crimes descritos na segunda só acarreta a reunião dos processos pela continência. - A acusação é identificada pela descrição fática inserta na denúncia, não pela capitulação jurídica nela constante.

4 - Existência de fundamentação concreta na decisão que acolheu o pedido da prisão preventiva - A invocação da gravidade da infração (concretamente considerada) deu-se apenas para - agregá-la a outras considerações que revelam a periculosidade do preso.

5 - Prisão preventiva - Cautelar que se justifica quando se faz necessária à garantia da ordem pública. - Hipótese em que o comportamento descrito na denúncia e suficientemente demonstrado para o juízo de cognição incompleta revela que o autor dos ilícitos tem importante deformidade de caráter, que coloca em risco a sociedade com sua soltura.

6 - *Writ* denegado (fl. 2.453).

Daí o presente *writ* no qual *sustenta a defesa* que “além do fato de não haver qualquer indício concreto de que a liberdade do Paciente afronte a ordem pública, o principal argumento para a prisão, o suposto risco de reiteração da conduta porque seguia clinicando, já se encontra superado, pois, em 18.08.2009, Roger Aldemassih teve o seu registro profissional cautelarmente suspenso, por decisão do Conselho Regional de Medicina.” (fl. 03). Afirma ainda que a segregação cautelar foi decretada com base em meras especulações de que o paciente poderia praticar novas condutas ilícitas. Além disso, aponta que o paciente ostenta *condições pessoais favoráveis* para responder o processo em liberdade. Busca, ao final, reconhecida a ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva, seja expedido em favor do paciente alvará de soltura.

O pedido liminar foi indeferido.

A d. *Subprocuradoria-Geral da República* manifestou-se pela concessão da ordem em parecer que recebeu a seguinte ementa:

Habeas corpus. Estupro. Prisão preventiva decretada para impedir a reiteração dos delitos cometidos no exercício da medicina. Gravidade dos delitos. Fato novo superveniente à decretação, consistente na interdição profissional do paciente pelo CRM. Cessação dos motivos da custódia cautelar.

Parecer pela concessão da ordem (fl. 2.553).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Roger Abdelmassih, acusado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo de ser o autor de 56 (cinquenta e seis) crimes de estupro (cf. capitulação da denúncia). Advirto, inicialmente, que se busca no *remédio heróico* unicamente a revogação da *prisão preventiva* decretada em seu desfavor. *Portanto, a verificação da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar é o único objeto do writ.* Dessa forma, vale acentuar não estar em discussão o *mérito da ação penal* movida pelo *Parquet*.

Pois bem, definidas as balizas do pedido, passo ao exame da decisão que impôs a *segregação cautelar* ao paciente.

Eis os fundamentos, *na íntegra*, do combatido *decisum*:

Quanto ao pedido de decretação da prisão preventiva do denunciado, passo à análise da presença de seus requisitos autorizadores.

Os crimes imputados ao acusado são punidos com reclusão e há, como acima já exposto, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Além disso, narra a denúncia a prática de 56 (*cinquenta e seis*) crimes de estupro o que, em tese, demonstra habitualidade na prática delitiva por parte do indiciado.

Além disso, a narrativa das vítimas é semelhante e indica que **Roger Abdelmassih** estaria utilizando sua clínica para abusar da sua condição de renomado médico geneticista e constringer suas pacientes a degradantes atos de conotação sexual.

Os fatos aqui tratados perduram no tempo e indicam que o denunciado estaria lesando inúmeras mulheres e, segundo notícia dos autos, continua no exercício de seu mister, o que demonstra a periculosidade da sua manutenção em liberdade.

Ressalte-se que vários dos delitos aqui tratados se referem a relatos de vítimas que sofreram abusos sexuais enquanto estavam sob o efeito de sedativos ministrados pelo acusado, o que aponta o possível desvio da atividade médica por ele desenvolvida.

O feito terá sua regular instrução e o denunciado poderá fazer amplo uso do seu direito constitucional de ampla defesa para apresentar as provas que entender pertinentes a fim de provar sua alegada inocência.

*Todavia, a gravidade dos fatos aqui tratados, a personalidade do réu, que parece ser distorcida no que pertine à sua lascívia, e a potencialidade de que inúmeras outras mulheres possam vir a sofrer toda sorte de abusos por parte de **Roger Abdelmassih**, indicam a necessidade de decretação de sua custódia cautelar, para garantia da ordem pública.*

(...)

Impossível negar que a manutenção da liberdade de indivíduo acusado da reiterada prática de crimes de estupro - alguns inclusive com violência física - e que estaria fazendo uso de sua clínica médica para abusar sexualmente de mulheres, representa perigo para o convívio social, razão pela qual a decretação de sua prisão preventiva é imperiosa.

A necessidade de afastamento do denunciado do meio social é latente, em face da possibilidade de reiteração de práticas criminosas contra vítimas incautas que vierem a procurá-lo acreditando na sua capacidade médica.

Cito outra decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que também guarda relação com o caso aqui analisado: "Prisão preventiva. Decretação. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Réu denunciado por atentado violento ao pudor. Decisão embasada na garantia da ordem pública, ante a gravidade do crime imputado, denotando a periculosidade do agente, e estar respondendo ele a outros dois processos por crimes da mesma natureza. Custódia cautelar necessária para acautelar o meio social e credibilidade da Justiça. Ordem denegada. Toda e qualquer prisão provisória funda-se na necessidade de afastar o agente do convívio social, antes mesmo de eventual sentença condenatória. É providência acautelatória, inserindo-se no conceito de ordem pública, visando não só prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão, convindo a medida quando revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio à ação criminosa" (3ª Cam. Crim., HC n. 288.405-3, rel. Walter Guilherme).

O C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou em caso semelhante ao presente, envolvendo professor que era acusado de, prevalecendo-se de sua condição, abusar sexualmente de suas alunas.

Decidiu aquela Corte Superior que: "Prisão preventiva. Salvaguarda da ordem pública. A prisão preventiva para salvaguarda da ordem pública reside na necessidade de se impedir e frustrar a prática de novos crimes, in casu, esteriotipada na condição de professor do recorrente sobre quem, a par de denúncias por infração ao art. 213 do CP, pesa a acusação de abordar suas alunas com propostas de ordem sexual" (grifei, 6ª Turma, RHC n. 6.802, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 16.02.1998).

Aqui estamos diante de situação análoga, vez que o réu, em liberdade, poderia, em tese, persistir na reiteração criminosa que lhe é imputada, vitimando mulheres que estejam submetidas a tratamento em sua clínica, o que indica, como retro já exposto, a necessidade da restrição corporal para garantia da ordem pública.

Portanto, **defiro** o requerido pelo Ministério Público e **decreto** a prisão preventiva de **Roger Abdelmassih**. Expeça-se mandado de prisão (fls. 389-393 - grifos aditados).

Depreende-se da fundamentação da decisão acima transcrita que a *ordem pública* foi o requisito invocado para justificar a imposição da medida constritiva ao paciente.

Com efeito, o *perigo visualizado à ordem pública* estaria consubstanciado na *gravidade concreta dos delitos, bem como* na apontada *periculosidade do paciente*, verificada em razão da quantidade de crimes (praticamente sem precedentes na história forense de nosso país) a ele imputados, associado ao *modus operandi* de que se valia para realiza-los.

Impende asseverar, neste contexto, que a *jurisprudência desta Corte*, há longa data, assentou entendimento segundo o qual tais circunstâncias - *gravidade concreta do delito e periculosidade do agente* - legitimam a decretação da prisão preventiva, pois evidenciariam risco à *garantia da ordem pública*, nos termos do *art. 312 do Código de Processo Penal*.

Neste sentido, *v.g.*:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Comércio ilegal de animais silvestres, receptação e quadrilha. Prisão preventiva. Fundamentação em dados concretos. Gravidade concreta da ação delituosa. Periculosidade real do agente. Reiteração criminosa. Constrangimento ilegal não-caracterizado. Excesso de prazo. Questão não-apreciada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Ordem denegada.

1. A prisão preventiva deve ser revogada sempre que se verifique irregularidade na sua decretação, por ausência dos pressupostos da materialidade e indícios da autoria ou pela não-ocorrência de qualquer das circunstâncias motivadoras descritas no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. *Estando o decreto preventivo satisfatoriamente justificado na gravidade concreta da ação delituosa, na periculosidade real do agente e na possibilidade de reiteração criminosa, resta evidente a necessidade de proteção da ordem pública* (art. 312 do Código de Processo Penal).

(...)

4. Ordem denegada.

(HC n. 141.605-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03.11.2009).

Habeas corpus. Prisão preventiva. Homicídio duplamente qualificado. *Modus operandi*. Gravidade concreta. Periculosidade. Garantia da ordem pública. Prisão cautelar fundamentada e necessária. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Constrangimento ilegal ausente.

1. Evidenciada a *periculosidade do agente*, decorrente da forma como foi cometido o ilícito - homicídio praticado contra criança de 11 anos de idade, mediante dissimulação e por motivo de recompensa, mostra-se inviável a concessão da liberdade, pois presentes circunstâncias concretas a indicar a imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar fundamentada na necessidade de garantir-se a ordem pública, diante da periculosidade acentuada do paciente.

(...)

3. Ordem denegada.

(HC n. 124.531-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 09.11.2009).

Esse também o magistério jurisprudencial do *Pretório Excelso* exemplificado em *recentes arestos*:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime de latrocínio tentado. Manutenção da prisão cautelar. Decisão fundamentada. Garantia da ordem pública. Paciente que permaneceu preso durante toda a instrução criminal. Precedentes STF. Ordem denegada.

1. O paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos de reclusão, pela prática do delito latrocínio tentado, previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, c.c. art. 14, II, todos do Código Penal.

2. A manutenção da prisão cautelar, na realidade, se baseou em fatos concretos observados pelo Juiz de Direito na instrução processual, *notadamente a periculosidade do paciente*, não só em razão da gravidade do crime perpetrado, mas também pelo *modus operandi* da empreitada criminosa.

3. Há justa causa para a manutenção da prisão quando se aponta, de maneira concreta e individualizada, fatos que induzem à conclusão quanto à necessidade de se assegurar a ordem pública.

4. Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC n. 84.658-PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03.06.2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC n. 90.398-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18.05.2007).

(...)

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 98.376-SC, 2ª Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJe de 16.10.2009).

Ementa: *habeas corpus*. Processual Penal. Triplos homicídios e ocultações de cadáver. Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Gravidade do crime. Inidoneidade. Periculosidade do réu revelada pelo *modus operandi*. Necessidade da custódia cautelar.

1. A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que o fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na gravidade do crime.

2. O decreto prisional expõe, além da gravidade do crime, a periculosidade do réu. Periculosidade revelada pelo *modus operandi* na prática dos crimes de homicídio (três vezes) e ocultação de cadáver (três vezes). *A periculosidade do paciente não resulta de mera presunção judicial, mas de afirmação concreta respaldada nos fatos*. Daí a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem denegada.

(HC n. 99.929-SP, 2ª Turma, Rel Min. Eros Grau, DJe de 29.10.2009).

A *ordem pública*, como requisito legitimador da prisão preventiva, a meu juízo, *no caso concreto*, se faz presente, na linha da jurisprudência já referida. É que a decisão fustigada faz alusão tanto à *gravidade concreta dos delitos* como à *periculosidade do paciente*.

Ademais, urge asseverar que os fundamentos invocados, a toda evidência, *encontram respaldo nos elementos colhidos nos autos principais (notadamente as declarações prestadas pelas inúmeras vítimas)*. A acusação formulada contra o paciente aponta para a *prática reiterada* de inúmeras condutas *gravíssimas*, tipificadas como crimes contra a liberdade sexual que denotam a *ousadia do paciente e sua evidente periculosidade*.

Por tal motivo, irretocável a observação feita pelo e. Tribunal *a quo* ao apontar no julgamento do *mandamus* lá impetrado que “naquele provimento jurisdicional, - a *decisão atacada* - portanto, não se levou em consideração a gravidade do delito abstratamente considerado, mas a periculosidade do réu concretamente analisada.” (fl. 2.456).

Tenho para mim que os fatos apontados *tanto na denúncia quanto no decreto em exame justificam a imposição da prisão cautelar*. Percebe-se, assim, que a manutenção da prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentada em *dados concretos extraídos dos autos* que denotam *fatos de extrema gravidade*, sendo que o paciente em liberdade acarreta *insegurança jurídica* e, por conseguinte, *lesão à ordem pública*, conforme inclusive já se decidiu no HC n. 90.726-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, DJU de 16.08.2007. De fato, a *periculosidade do agente para a coletividade*, desde que *indicada concretamente* é apta à manutenção da restrição de sua liberdade (HC n. 89.266-GO, *Primeira*

Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 28.06.2007; HC n. 86.002-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 03.02.2006; HC n. 88.608-RN, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 06.11.2006; HC n. 88.196-MS, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.05.2007).

A defesa, como já referido no relatório, alega que a *superveniência de fato novo - afastamento cautelar* do paciente do exercício da medicina pelo Conselho Regional - implicaria o reconhecimento de que o fundamento central da decisão atacada estaria *prejudicado*. Ou seja, uma vez que o *paciente valia-se da função* para praticar os delitos e, *estando dela afastado, não poderia mais continuar a delinquir*. Entretanto, *muito embora* tenha sido descrito de forma detalhada, na decisão, o *modus operandi* utilizado pelo paciente para a prática dos crimes narrados na denúncia, tal circunstância não significa, *de forma automática*, que determinado o seu afastamento das atividades profissionais, tenha, de igual modo, desaparecido a *periculosidade* que é apontada no decreto. A forma como praticados os delitos, ao contrário, *serviu para evidenciar, ainda mais*, a *gravidade das acusações formuladas*, mas não para vincular, de forma indissociável, a *periculosidade à profissão desenvolvida*. Caso contrário, *v.g.*, no caso de *estuprador* que cometeu vários crimes em um determinado parque, a sua *periculosidade desapareceria* no momento em que o local, por qualquer motivo, fosse fechado. Ou então, o assaltante que tivesse praticado inúmeros roubos à mão armada deixasse de ser considerado perigoso somente por ter provado que veio a perder a arma que utilizava. *Em resumo, o paciente, pelo decreto combatido, é uma pessoa perigosa e não somente um médico perigoso.*

Esclarecedora, neste ponto, a conclusão alcançada no voto condutor do reprochado acórdão, *verbis*:

(...) o comportamento descrito na denúncia, e que nesse peça foi imputado ao ora paciente, revela (conquanto demonstrado em juízo) que o autor dos ilícitos tem importante distorção de personalidade. Há notícia de estupro e coito anal praticados contra pessoa inconsciente, uso de força física praticada no próprio local de trabalho contra mulher em posição para exame ginecológico, exibicionismo e ataque contra quem estava com o marido aguardando na sala de espera, abuso de quem, debilitada, aguardava a melhora na sala de recuperação. (fl. 2.460-2.461).

Por fim, frise-se que o afastamento imposto ao paciente, além de ser *cautelar*, portanto sujeito a revogação a qualquer tempo, se deu por razões que não as tratadas na ação penal a que se refere o presente *writ*, mas por outras

condutas que aos olhos do Conselho Regional, *a priori*, não teriam seguido as regras éticas da profissão.

Desse modo, e por tudo o que foi debatido, concluo que o perigo à ordem pública persistiria ainda que o paciente fosse solto, porém impedido de exercer a medicina.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, recebi os memoriais muito bem elaborados, tanto pela defesa quanto pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Li também o parecer escrito elaborado pelo douto Subprocurador-Geral da República, que foi pela concessão, e ouvimos, no início do julgamento, após o relatório, o parecer da ilustre Subprocuradora-Geral aqui presente, Dra. Maria Sílvia Meira Luedemann, que se posicionou diversamente do parecer escrito e, na seqüência do julgamento, acabamos de ouvir o voto da eminente Ministra Laurita Vaz, acompanhando o voto do eminente Ministro Felix Fischer, registrando que o eminente Relator fez um voto, como aliás é próprio dos votos de S. Exa., exaurindo a matéria.

Realmente, o eminente Ministro Felix Fischer não deixou nenhuma razão ou nenhum motivo relevante sem abordagem fundamentadamente no seu judicioso voto. Minha convicção, inicialmente, se formou no sentido do afastamento, pelo menos em tese, da razão determinante da prisão preventiva que era o fato de ele exercer a Medicina, a profissão, na clínica; uma vez que sobreveio, como consignado, o seu afastamento cautelar do exercício da profissão pelo Conselho Regional de Medicina, é evidente que esse afastamento, por si só, não significa que ele ou qualquer outro em situação similar não possa, em tese, praticar novos delitos, porque isso não é razão bastante para obstar a prática delituosa, em tese.

Mas como estamos apreciando, como bem acentuou o eminente Ministro Felix Fischer, a prisão preventiva, evidentemente porque o processo está em curso, saber se haverá juízo condenatório ou não é só após a instrução e, naturalmente, o julgamento. Então, nessa fase, sem prejuízo, evidentemente, de sobrevirem outras razões de decretação de nova prisão, estou pedindo a máxima vênua ao eminente Relator, uma vez que deixou de existir aquele fundamento basilar do exercício da profissão com a suspensão, para votar favoravelmente,

com aquelas cautelas que temos adotado na concessão de *habeas corpus*, sem prejuízo de nova prisão, se for o caso, desde que ele recolha passaporte, que compareça a todos os atos do processo, em suma, não crie nenhuma dificuldade para o regular andamento do feito. Estou pedindo vênias porque, realmente, li tudo, inclusive o parecer escrito da douta Subprocuradoria-Geral nesse sentido também, ou seja, no sentido de ser afastado aquele pressuposto, quer dizer, a prisão preventiva.

Pelo que entendi de tudo que li, tanto dos memoriais, quanto do voto do eminente Sr. Desembargador, que também divergiu, que está, igualmente, muito bem fundamentado, mencionando fato e jurisprudência, como, aliás, é próprio, porque sabemos que jurisprudência é muito variada, há muito controversa nessas hipóteses, estou pedindo a máxima vênias ao Sr. Ministro Relator para votar pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

VOTO

Ementa: *Habeas corpus* liberatório. Prisão preventiva. Ausência de elementos objetivos para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes do STJ e STF. Ordem concedida.

1. A prisão preventiva é sempre medida excepcional, a ser aplicada somente quando devidamente demonstrado o perigo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da Lei Penal, que não pode se fundar em conclusões descalçadas de elementos seguros e objetivos quanto àquele perigo.

2. A apreciação do pedido de HC formulado sob o fundamento da desnecessidade da prisão preventiva, não envolve qualquer manifestação quanto ao mérito da lide penal, que deverá ter trâmite regular até final sentença.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Recebi do ilustre Advogado do paciente e do douto Chefe do Ministério Público de São Paulo memoriais sintéticos, mas descritivos da situação jurídico-processual que agora aqui se discute neste HC, limitada à crítica ao decreto de prisão preventiva do paciente, como bem alertado pelo preclaro julgador Ministro *Felix Fischer*.

2. Reitero, em primeiro lugar, que aqui se trata, *exclusivamente*, de apreciar a prisão preventiva do paciente, portanto, sem qualquer incursão ou análise quanto ao mérito da imputação ou mesmo quanto ao regular trâmite da Ação Penal.

3. Destaco que o MP de primeiro grau, no tocante à constrição ao paciente, formulou pedido alternativo, fundado no poder geral de cautela do Juiz, consubstanciado no *afastamento do denunciado de suas atividades clínicas, uma vez que as condutas teriam sido praticadas durante atuação médica*.

4. Essa circunstância, a meu sentir, me demonstra que a convicção ministerial quanto à *necessidade da prisão preventiva do paciente* não era, pelo menos naquela altura, algo que se pudesse dizer sólido e firme, e tanto é verdade que sugeriu a alternância acima apontada.

5. Em segundo lugar, observo que a decisão do Togado Singular também não trouxe elementos naturalísticos, empíricos ou objetivos, que fossem densos o bastante e fortes o suficiente a revelar a necessidade de acautelar os valores protegidos pelo art. 312 do CPP.

6. Por outro lado, a leitura do douto voto vencido do eminente Desembargador *Marco Antônio Marques da Silva*, aliás, calçado em inúmeros precedentes deste Tribunal (HC n. 124.975-AM, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJU 03.08.2009 e HC n. 103.506-SP, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJU 02.03.2009) e do STF (HC n. 97.998, Rel. Min. *Eros Grau*, DJU 21.08.2009, HC n. 94.587, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*, DJU 27.03.2009), revela que esse ilustre Magistrado detectou a insuficiência de elementos seguros para o acautelamento provisório ou antecipado do acusado, apontando a falta de fundamentação do decreto constritivo.

7. Nesta instância superior, por último, vê-se que o preclaro Subprocurador-Geral da República *Jair Brandão de Souza Meira*, reconhecido jurista e penalista afamado, manifestou-se pela *concessão da ordem*, aqui objeto de divergência pela douta Subprocuradora-Geral da República *Maria Sílvia de Meira Luedemann*.

8. Assim, defiro a ordem de HC, para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, sob a condição de *recolher ao Juízo processante o seu passaporte, comprometer-se formalmente a não se ausentar do distrito da culpa sem autorização prévia e escrita do mesmo Juízo processante, a comparecer a todos os atos do processo, bem como ficando também cautelar e provisoriamente suspenso das atividades profissionais de sua clínica médica, até ulterior deliberação*.

9. Aproveito a oportunidade deste julgamento, para lembrar que a constrição cautelar antecipada, é sempre medida de todo excepcional, sendo inaceitável que *a gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação*, antes de a decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da *presunção de inocência*, não há neste momento, por conseguinte, nenhuma apreciação ou manifestação de qualquer juízo quanto aos aspectos substantivos da Ação Penal, como é óbvio; essa ação deve prosseguir normalmente até o seu desfecho.

10. É como voto.

HABEAS CORPUS N. 173.741-RJ (2010/0093622-9)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Andreia Teixeira Moret Pacheco - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Marcos Américo da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Roubo duplamente majorado em concurso formal. Causa especial de aumento de pena. Arma de fogo. Potencialidade lesiva. Ausência de apreensão e de exame pericial. Desnecessidade. Existência de outros meios de prova a atestar o efetivo emprego do revólver. Lesividade que integra a própria natureza do armamento. Prova em sentido contrário. Ônus da defesa. Constrangimento ilegal afastado. Manutenção da causa especial de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF.

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecerem com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

Duas majorantes. Aumento de pena em 2/5 sem motivação concreta. Critério objetivo. Impossibilidade. Exegese da Súmula n. 443 deste STJ. Coação ilegal evidenciada. Ordem concedida nesse ponto.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizarem.

2. Verificando-se que as instâncias ordinárias fixaram a fração de 2/5 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula n. 443 deste STJ.

Execução. Regime inicial fechado. Roubo circunstanciado. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inadequada. Pena-base fixada no mínimo. Circunstâncias judiciais favoráveis. Art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Súmulas n. 718 e n. 719 do STF e n. 440 do STJ. Alteração para o regime semiaberto. Possibilidade. Ordem concedida.

1. O artigo 33, § 2º, **b**, do CP estabelece que o condenado à pena superior a 04 (quatro) anos e não excedente a 08 (oito) anos poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais não se justifica a escolha do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado. Súmula n. 440-STJ.

3. Na hipótese, o paciente foi condenado à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, no modo inicial fechado, o qual foi firmado apenas com base na reprovabilidade abstrata do delito.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido apenas para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), ficando a reprimenda do paciente definitiva em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa e fixar o modo inicial semiaberto.

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 21.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de *Marcos Américo da Silva*, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao julgar a Apelação n. 2009.050.05047, interposta pelas partes, negou provimento ao apelo defensivo e proveu o recurso ministerial apenas para fixar ao paciente o regime inicial fechado de cumprimento de pena, mantendo, no mais, a sentença que o condenou a 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do CP.

O impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que para a incidência da majorante do crime de roubo prevista no inciso I do

§ 2º do art. 157 do CP - emprego de arma de fogo - seria necessária a apreensão e a perícia da arma, o que aduz não ter ocorrido na espécie.

Considera, outrossim, que a elevação da reprimenda do paciente no patamar de 2/5 (dois quintos), procedida na terceira etapa da dosimetria, seria injustificada, ressaltando que “a existência de duas majorantes é insuficiente para elevar o percentual de aumento de pena acima do mínimo legal” (e-STJ fl. 08).

Por fim, sustenta que deveria ser fixado ao paciente o regime inicial semiaberto, pois a pena-base foi firmada no mínimo legal e inexistem elementos concretos a ensejar a imposição do regime mais gravoso.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja excluída da condenação do paciente a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, seja a reprimenda elevada, na terceira fase da dosimetria, no patamar mínimo legalmente previsto, qual seja, em 1/3 (um terço), bem como seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do CP (e-STJ fl. 46), porque, no dia 12.02.2009, o acusado, em concurso com o adolescente H. P. M., “teria subtraído, mediante violência consubstanciada no emprego de arma de fogo, o veículo Fiat Pálio [...], um aparelho de telefonia celular e um relógio de pulso, bens de propriedade de Miguel Antônio Pacheco Fabiano, além de uma mochila, a qual continha documentos e um aparelho de telefonia celular, objetos de propriedade de Tatiana Santos Firmino” (e-STJ fl. 35).

Irresignadas, as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao apelo defensivo e provido o recurso ministerial

apenas para fixar ao paciente o regime inicial fechado de cumprimento de pena, mantendo, no mais, o édito condenatório.

Contra esse acórdão, foram interpostos embargos infringentes, visando o prevalecer o voto vencido, que dava provimento ao apelo defensivo para afastar a causa especial de aumento de pena do emprego de arma, tendo sido negado provimento ao recurso.

No tocante à pretendida exclusão do emprego da majorante do roubo prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cabe ressaltar que a questão ainda não se encontra pacificada neste Superior Tribunal de Justiça.

Certo que a razão inspiradora da inicial mudança jurisprudencial, sentida especialmente na Sexta Turma deste Tribunal Superior, cujos fundamentos este Relator vinha acompanhando, foi, sem dúvida, o critério objetivo de interpretação segundo o qual o que agravaria o delito de roubo não seria a capacidade intimidatória do instrumento ofensivo empregado na prática delitiva - no caso a arma de fogo - mas sim o seu maior poder de ataque ou de vulneração ao bem jurídico protegido pela lei penal.

E isto porque a utilização de revólver sem potencialidade lesiva, como é o caso de arma de brinquedo, por exemplo, prestaria-se tão-somente à caracterização da elementar da grave ameaça empregada contra a vítima, com o intuito de intimidá-la, necessária à configuração do delito de roubo na sua forma simples, e que o diferencia do crime de furto, e, não havendo comprovação de que o instrumento seria apto a lesar a integridade física do ofendido, configurando-lhe perigo real, o que não ocorre nas hipóteses de mera imitação ou em que não há prova, pela necessária perícia ou por outros elementos probatórios, de seu poder lesivo, devida seria a exclusão da referida majorante.

Adotando essa posição, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, quando do julgamento do REsp n. 213.054-SP, ocorrido em 24.10.2001, houve por bem cancelar o Enunciado Sumular n. 174, que permitia o aumento de pena quando utilizada arma de brinquedo na prática do roubo, exatamente porque desprovida de qualquer poder vulnerante. Levou-se em conta que tanto a arma de brinquedo quanto a desmuniada, porque inaptas ao ataque mais gravoso, não se prestariam à configuração e incidência da causa de especial aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Veja-se a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Penal. Roubo. Emprego de arma de brinquedo. Causa especial de aumento de pena prevista no inciso I, § 2º, do art. 157, do Código Penal. Súmula n. 174-STJ. Cancelamento.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula n. 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena.

Ademais, a Súm. n. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei n. 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

Cancelamento da Súm. n. 174-STJ.

Recurso conhecido mas desprovido (REsp n. 213.054-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 24.10.2002, DJU de 11.11.2002).

Esclarecidos esses pontos, no caso, a decisão singular está assim fundamentada, quanto ao reconhecimento da incidência da majorante em questão:

No que concerne à incidência da causa de aumento de pena referente à arma de fogo, verifica-se que não assiste razão à defesa.

Devemos assinalar que Tatiana reportou que viu o comparsa do acusado mostrando a arma.

Em decorrência, não merece prosperar a tese de que, sem a apreensão da arma, não se pode comprovar seu poder vulnerante e, conseqüentemente, a causa de aumento de pena correspondente.

Não há necessidade da apreensão da arma se, diante dos indícios colhidos, resultar claro que o agente a utilizou. O argumento da necessidade de se avaliar a potencialidade lesiva da arma não encontra abrigo nem na jurisprudência, nem na doutrina.

[...]

Não é razoável exigir-se da vítima ou do Estado que comprove o potencial lesivo da arma, quando o emprego desta ficar demonstrado por outros meios de prova, mormente se o próprio acusado e seu comparsa fizerem desaparecer o objeto intimidador. (e-STJ fl. 40).

A Corte de origem, por sua vez, manteve a incidência da causa especial de aumento pelo emprego de arma de fogo, pelos seguintes motivos:

[...] tal fato não afasta a incidência da referida causa de aumento que, pelas provas constantes dos autos, restou devidamente demonstrada, mormente pelo depoimento das vítimas, que afirmaram com convicção que adolescente que acompanhava o réu portava uma arma de fogo.

[...]

Logo, para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige a apreensão e perícia da arma, desde que por outros meios de prova reste demonstrado o seu potencial lesivo.

[...] (e-STJ fl. 78-80).

Nesse contexto, e verificando que, na hipótese em exame, as instâncias ordinárias apoiaram-se *nos depoimentos das vítimas para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado*, não se pode dizer que incorreram em constrangimento ilegal.

Com efeito, de acordo com posicionamento firmado pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 96.099-RS, ocorrido em 19.02.2009, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu o Pleno, segundo notícia trazida no Informativo n. 536 da Corte Suprema, que:

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não se exige que a arma de fogo seja periciada ou apreendida, desde que, por outros meios de prova, reste demonstrado o seu potencial lesivo. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, impetrado contra decisão do STJ que entendera desnecessária a apreensão de arma de fogo e sua perícia para a caracterização da causa de aumento de pena do crime de roubo. No caso, a Defensoria Pública da União sustentava constrangimento ilegal, consistente na incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP — violência ou ameaça exercida com o emprego de arma de fogo —, sem que verificado o potencial lesivo do revólver. Assentou-se que, se por qualquer meio de prova — em especial pela palavra da vítima, como no caso, ou pelo depoimento de testemunha presencial — ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Ressaltou-se que, se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do CPP, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Aduziu-se não ser razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando o seu emprego ficar evidenciado por outros meios de prova, mormente quando esta desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece após a prática de delitos dessa natureza.

[...].

Enfatizou-se, ademais, que a arma de fogo, mesmo que, eventualmente, não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves contra vítimas inermes. Ressaltou-se, também, que a hipótese não guardaria nenhuma correspondência com o roubo perpetrado com o emprego de arma de brinquedo — exemplo frequentemente invocado pelos que defendem a necessidade de perícia para caracterização da forma qualificada do delito —, em que o tipo penal fica circunscrito àquele capitulado no *caput* do art. 157 do CP, porquanto a ameaça contra a vítima restringe-se apenas ao plano psicológico, diante da impossibilidade de que lhe sobrevenha qualquer mal físico. Concluiu-se que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que concediam a ordem, para revogar a qualificadora mencionada, ao fundamento de que ela só poderia ser aplicada nos casos em que demonstrada a lesividade potencial da arma, porque a intimidação, a violência e a grave ameaça já fazem parte do tipo penal. Afirmavam que, em caso de dúvida, como na espécie, por não se saber se a arma tinha ou não real capacidade ofensiva, a presunção não poderia correr contra o réu, seja por força do princípio do *favor rei*, seja em razão do princípio do ônus da prova que, em matéria penal, recai sempre sobre a acusação. A Min. Cármen Lúcia, não obstante reconhecendo ser elementar do tipo a existência de um instrumento que possa de alguma forma constituir a gravidade que se contém nesse tipo penal, acompanhou o relator, neste caso, por reputar comprovada a lesividade do revólver, por outros meios de prova, independentemente da perícia.

O referido acórdão, publicado em 05.06.2009, está assim ementado:

Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.

III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida.

Nesse mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal, tem-se:

Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão e perícia para a comprovação de seu potencial ofensivo. Desnecessidade. Circunstância que pode ser evidenciada por outros meios de prova. Ordem denegada.

I. Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II. Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.

III. A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV. Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V. A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI. Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII. Precedente do STF.

VIII. Ordem indeferida (HC n. 93.353, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157 § 2º, I e II, do Código Penal. Crime de roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Concurso de duas ou mais pessoas. Arma não apreendida. Prescindível apreensão da arma. Elementos suficientes de convicção. Precedente citado.

1. A qualificadora de uso de arma de fogo independe da apreensão da arma, bastando, para sua incidência, que constem dos autos elementos de convicção suficientes à comprovação de tal circunstância.

2. Ordem denegada (HC n. 92.451, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008).

Roubo. Uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I).

1. A qualificadora de uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I) independe da apreensão da arma, principalmente quando, como ocorreu nos autos, a arma foi levada pelos comparsas que conseguiram fugir.

2. HC indeferido (HC n. 84.032, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 13.04.2004).

Com as considerações trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda por motivos de política criminal, haja vista o crescente aumento da criminalidade violenta, especialmente nas capitais e grandes cidades do país, revê o posicionamento que anteriormente vinha adotando, passando a entender que exigir-se a perícia nesses casos teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o revólver empregado na prática delituosa, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.

E, verificando-se que no caso concreto as palavras das vítimas foram utilizadas para atestar o uso efetivo de arma de fogo, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157, pois, além de comprovada pelos relatos aludidos, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente a ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

No tocante à elevação da reprimenda efetuada na terceira etapa da dosimetria, em razão da presença de duas causas de especiais de aumento - emprego de arma e concurso de agentes -, observa-se que o Juízo singular optou por fixar a fração em 2/5 (dois quintos), pelos seguintes fundamentos:

Presentes as qualificadoras do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, aumento a pena-base em 2/5 (dois quintos), na terceira fase, tendo em vista: a) o fato de que, infringindo o réu a duas causas previstas em lei, torna mais grave seu delito, em comparação com outro cometido com apenas uma majorante; e b) a repulsa social ao emprego de arma de fogo, consubstanciada nas altas penas previstas pela Lei n. 10.826/2003 [...]. (e-STJ fl. 45).

A Corte impetrada manteve inalterado o *quantum* de exasperação da pena, pelos motivos abaixo expostos:

O aumento de 2/5 perpetrado na sentença é razoável e proporcional, levando-se em consideração que o delito foi praticado com emprego de arma de fogo, circunstância específica da infração que exige como digna maior censura penal.

Outrossim, aos crimes de roubo cometidos mediante duas majorantes, é de se impor o aumento das penas na fração de 2/5, estando em consonância com diversos julgados deste Tribunal, uma vez que merece consideração de se tratar de delitos pouco mais graves, não se lhe podendo aplicar a fração de 1/3 pretendida pela defesa, o que resultaria em igualá-los a condutas menos agressivas, violando, em especial, o princípio da individualização das penas. (e-STJ fl. 86).

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a pena do paciente foi aumentada em 2/5 (dois quintos) apenas considerando-se a quantidade de majorantes do roubo e a gravidade abstrata dos ilícitos praticados e, assim decidindo, as instâncias ordinárias foram contra o Enunciado Sumular n. 443 desta Corte Superior, *in verbis*: “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.” Assim sendo, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo. Perícia. Prescindibilidade. Art. 158 do CPP. Constrangimento ilegal não-caracterizado. Reconhecimento de duas causas especiais de aumento de pena. Acréscimo fixado em 3/8. Ausência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade de exasperação acima do mínimo legal. Regime de cumprimento da pena mais gravoso. Réu primário. Gravidade em abstrato do delito. Fundamentação inidônea. Ordem parcialmente concedida.

1. Muito embora a apreensão da arma seja obrigação da polícia e sua posterior perícia imprescindível para a correta aplicação da majorante inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP (art. 158 do CPP), eventual impossibilidade da apreensão, com a conseqüente não realização da perícia, autoriza a utilização de outros meios de provas para suprir tal deficiência instrutória, nos termos do art. 167 do CPP.

2. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, a presença de duas causas especiais de aumento de pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando

o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal. Destarte, Juízo sentenciante não fica adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento.

3. Conforme o magistério jurisprudencial, estabelecida a pena-base no mínimo legal, há constrangimento ilegal na fixação de regime carcerário mais gravoso do que o *quantum* da pena permite.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto.

(HC n. 145.909-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 09.02.2010, DJe 15.03.2010).

Habeas corpus. Penal. Roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Dosimetria da pena. Antecedentes e personalidade. Inquéritos policiais e ação penal em andamento.

Utilização. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência. Antecedentes. Sentença criminal transitada em julgado não utilizada para caracterizar a reincidência. Possibilidade. Agravante genérica. Aplicação. Acórdão impetrado. Recurso da defesa. *Reformatio in pejus*. Fixação da pena com o aumento de 3/8 em razão da presença de duas causas especiais de aumento de pena. Ausência de motivação concreta. Descabimento. Confissão. Utilização como fundamento da condenação. Atenuante obrigatória.

1. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

2. Embora não seja da melhor técnica, não há ilegalidade na utilização de sentença condenatória transitada em julgado para valorar negativamente os antecedentes, quando a mesma condenação não será aproveitada para fins da reincidência.

3. *A presença de duas causas de aumento no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, sendo necessária a indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento.*

4. Incide em *reformatio in pejus* e *bis in idem* o acórdão que, em recurso exclusivamente da defesa, mantém os maus antecedentes reconhecidos pela sentença e, na segunda fase da dosimetria, faz incidir a agravante da reincidência que não fora aplicada no primeiro grau.

5. Se o réu confessou espontaneamente a prática do delito perante a autoridade policial, sendo o seu relato utilizado como fundamento para a condenação, deve ser aplicada a atenuante do art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida a fim de afastar a valoração negativa da personalidade e, em parte, dos antecedentes, e para reduzir a majoração da pena, em razão das causas de aumento, para 1/3 (um terço), fixando a reprimenda em 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para afastar a reincidência aplicada pelo acórdão impetrado, além de reconhecer a atenuante da confissão espontânea. (HC n. 154.617-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29.04.2010, DJe 31.05.2010).

Desse modo, evidenciado o constrangimento ilegal apontado na exordial, impõe-se a concessão da ordem para aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) na terceira etapa da dosimetria, em razão da presença de 02 (duas) causas especiais de aumento de pena - emprego de arma e concurso de agentes -, pois não houve justificativa circunstancial que permitisse a adoção do *quantum* de 2/5 (dois quintos) na hipótese.

Procedendo-se, pois, à nova dosimetria da pena do paciente, tem-se que a sua reprimenda-base restou fixada em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, mantém-se o reconhecimento da atenuante genérica da menoridade relativa, a qual, no entanto, não poderá reduzir a reprimenda aquém do mínimo legalmente previsto, consoante o Enunciado na Súmula n. 231 desta Corte Superior de Justiça.

Na terceira fase, aumenta-se a pena do paciente em 1/3, considerando-se a presença de duas majorantes - emprego de arma e concurso de agentes -, ficando a sua reprimenda, para cada delito de roubo, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa.

Por fim, mantém-se inalterado o aumento de 1/6 (um sexto) procedido por força do reconhecimento do concurso formal de crimes, ficando a *sanção do paciente definitiva em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa.*

No que diz respeito ao regime de cumprimento de pena imposto ao paciente, verifica-se que o juiz sentenciante fixou-lhe o modo inicial intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do CP, “tendo em vista que a atenuante da menoridade não foi considerada em favor do réu para efeito de fixação da pena, devendo influenciar a fixação do regime” (e-STJ fl. 46).

O egrégio Tribunal *a quo*, por sua vez, houve por bem dar provimento ao recurso ministerial para fixar ao acusado o regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena imposta, pelos fundamentos a seguir expostos:

Para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o magistrado deve levar em conta não somente a quantidade da pena, mas também as condições pessoais do condenado, observando-se, para tanto, os critérios previstos no art. 59 do CP.

[...]

In casu, a própria sentença reconheceu a periculosidade do agente, que praticou conduta altamente reprovável, em função da ausência de temibilidade e pelo grande prejuízo material causado às vítimas, não restando dúvidas, portanto, de que a ordem pública também foi atacada em seu aspecto de sentimento de segurança coletiva.

Sendo assim, atendendo aos critérios elencados no art. 59 do Código Penal, e considerando-se desfavoráveis ao réu, demonstra-se ser o regime fechado o necessário para reprovação e prevenção do crime, até porque se trata de roubo duplamente agravado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, conduta com caráter altamente reprovável.

Logo, apesar de o acusado não ser reincidente ou possuir maus antecedentes, não se pode deixar de considerar a reprovabilidade de sua conduta, porquanto praticou crime extremamente grave, servindo o regime semiaberto como incentivo para outras práticas delituosas, o que não se pode admitir. (e-STJ fls. 94-95).

Do contexto dos autos, evidencia-se que o sistema inicial de execução foi estipulado com fulcro na opinião em abstrato dos julgadores acerca da gravidade do crime em tela, em especial no reconhecimento de 02 (duas) causas especiais de aumento de pena, justificativa que, na esteira da jurisprudência reiterada desta Corte, é inidônea à determinação de regime mais gravoso, sobretudo quando o condenado é primário e detentor de bons antecedentes e a pena-base, como verificado no caso dos autos, não foi além do mínimo legal, destacando-se, ainda, que o carro roubado foi posteriormente recuperado (e-STJ fl. 37).

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Penal. *Habeas corpus*. Roubo. Emprego de arma de fogo. Causa de aumento de pena. Apreensão e perícia. Necessidade. Circunstâncias judiciais consideradas favoráveis. Pena-base fixada no mínimo. Estabelecimento do regime fechado com base na gravidade abstrata do delito. Constrangimento ilegal configurado.

[...]

2. A gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea à fixação de regime prisional mais gravoso. No caso, a pena-base foi fixada em seu mínimo legal e consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais. Assim, não há óbice ao estabelecimento do regime semiaberto.

3. Ordem concedida para, afastando da condenação o acréscimo decorrente do emprego de arma, reduzir a pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como garantir ao paciente o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena privativa de liberdade (HC n. 119.104-SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 14.12.2009).

Penal. *Habeas corpus*. Roubos circunstanciados. Regime de cumprimento da pena. Gravidade abstrata do delito. Impossibilidade. Art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal. Súmulas n. 269 e n. 440 do STJ. Isenção de custas. Improriedade da via eleita. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida.

[...]

2. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal).

3. “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” (Súmula n. 440-STJ). [...]

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para fixar o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento das penas impostas aos pacientes (HC n. 160.769-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 02.08.2010).

A matéria, aliás, foi recentemente sumulada no âmbito desta Corte, no Enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos Verbetes n. 718 e n. 719, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Por fim, vale registrar que esse também é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos "circunstâncias e conseqüências do crime", previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. (7ª edição, 2007, p. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).

Por essas razões, de rigor a reforma do aresto impugnado nesse ponto, para estabelecer o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, do CP.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), ficando a reprimenda do paciente definitiva em *06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa* e fixar-lhe o modo inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 176.204-SC (2010/0108626-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: João Antônio de Souza Trajano

Advogado: João Antônio de Souza Trajano
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Luiz Carlos Scharnowski (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação para o narcotráfico. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Indeferimento. Circunstâncias que evidenciam a existência de organização criminosa. Quantidade da droga apreendida. Potencialidade lesiva das infrações. Gravidade concreta. Necessidade de acautelamento da ordem pública. Vedação legal à concessão do benefício. Fundamentação idônea e constitucional. Coação ilegal não demonstrada. Ordem denegada.

1. As circunstâncias demonstram a existência, em tese, de um grupo criminoso estruturado para a prática do delito de tráfico de drogas, mostrando-se necessária a custódia cautelar para o bem da ordem pública, pois há sérios riscos das atividades ilícitas serem retomadas com a soltura.

2. Evidenciada a gravidade concreta dos crimes em tese cometidos, diante da elevada quantidade de droga apreendida - 1.808,80 kg (*mil oitocentos e oito quilos e oitocentos gramas*) de maconha, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar do paciente, para a garantia da ordem pública.

3. Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n. 11.343/2006, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tal infração. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal.

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 21.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Luiz Carlos Scharnowski*, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que deu provimento ao Recurso em Sentido n. 2010.009225-5, revogando a decisão que deferiu a liberdade provisória ao paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal.

O impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não haveria elementos concretos que evidenciassem a necessidade da custódia cautelar do paciente, restando ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras da medida de exceção previstas no art. 312 do CPP.

Sustenta que, com o advento da Lei n. 11.464/2007, que conferiu nova redação ao art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990, teria sido derogada a proibição constante do art. 44 da Lei de Drogas, tornando possível o deferimento da liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos e equiparados.

Defende que o paciente não seria proprietário da droga apreendida, porque apenas estaria transportando o entorpecente mediante promessa de benefício financeiro, estando demonstrado que não é traficante habitual, o que demonstra fazer *jus* ao reconhecimento da figura do “tráfico privilegiado”, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente, assegurando-lhe o direito de responder solto aos demais termos processuais.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa extensão, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que, em 28.10.2009, o paciente foi preso em flagrante, tendo sido denunciado como incurso nas sanções previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006, na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal, pelo suposto cometimento dos fatos narrados nos seguintes termos:

1º Fato

No dia 27 de outubro de 2009, por volta das 20:00 horas, agentes da Polícia Federal receberam informações no sentido de que um caminhão vermelho [...] carregado com grande quantidade de drogas, estaria estacionado no pátio do Posto Ampessan [...].

[...] uma equipe de Policiais Federais se deslocou até o referido local, oportunamente em que localizaram o caminhão [...], de propriedade do denunciado Luiz Carlos Scharnowski [...].

No dia seguinte (28.10.2009), por volta das 08:00 horas, o denunciado Milton Luiz dos Santos compareceu no local, juntamente com o mecânico [...], oportunidade em que foram abordados pela equipe de policiais federais, que estavam em vigilância ininterrupta [...].

No interior da carroceria do aludido caminhão [...] foram localizados e apreendidos 1.808,80 Kg (mil oitocentos e oito quilos e oitocentos gramas), divididos em formato de 2.045 tijolos, da substância entorpecente *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como *maconha* [...].

[...]

Consta que a droga foi carregada no Município de Amambai, Estado de Mato Grosso do Sul e, posteriormente, transportada pelo denunciado Luiz Carlos Scharnowski [...], mediante apoio do denunciado Milton Luiz dos Santos, com quem se associou para o fim de praticar o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de forma reiterada e permanente, tendo como destino o Estado de Santa Catarina, local em que a vultosa quantidade de droga seria descarregada por ambos os denunciados e por outras pessoas ainda não identificadas (e-STJ fl. 19-20).

Em 18.11.2009, o juiz singular concedeu a liberdade provisória ao paciente, em decisão assim fundamentada:

[...] não se me apresenta nenhum motivo para a decretação da prisão preventiva do denunciado, como prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal, ou por outra razão aí não contemplada.

Às fls. 87 consta condenação do ora Requerente em 05.09.2008 por infração ao artigo 147, *caput*, c.c. o artigo 330, ambos do Código Penal, e com o artigo 7º, *caput*, da Lei n. 11.340/2006 [...]. Contudo, este fato, apenas, não pode, absolutamente, prejudicar a concessão da liberdade provisória, na hipótese.

Se o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins está entre o rol dos crimes ditos hediondos, como quer a Lei n. 8.072/1990, que não diz da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, ainda que a Lei Especial n. 11.343/2006 diga em seu art. 44 que o tipo previsto em seu art. 33, *caput*, seja insuscetível de liberdade provisória, é certo que este art. 44 veio de ser revogado, implicitamente, pela Lei n. 11.464/2007, que, alterando o art. 2º da Lei n. 8.072/1990, exclui de seu inciso II a liberdade provisória.

Então, somando a isto o princípio constitucional da presunção de inocência, de concluir-se que é possível a concessão da liberdade provisória (e-STJ fls. 90-91).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs o recurso em sentido estrito perante o Tribunal de origem, o qual, entendendo presentes indícios de autoria e prova de materialidade, bem como verificando a necessidade da custódia cautelar, proveu o recurso ministerial para revogar a decisão deferitória da soltura clausulada, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, pelos fundamentos a seguir aduzidos:

[...]

Em análise ao conjunto probatório em apreço, e sem pretender influência no julgamento do mérito da ação penal em curso, percebe-se que, em 28.08.2009, policiais federais, após obterem informações acerca de *uma grande quantidade de drogas armazenada em um caminhão* estacionado no pátio de um posto de combustíveis localizado às margens da BR-101, dirigiram-se ao referido

local, permanecendo em campanha no intuito de abordar os proprietários do veículo e da suposta carga ilícita. Na manhã, após a chegada do correu Milton Luiz dos Santos no estacionamento, os agentes público, ao perceberem que este supostamente tentava movimentar a carreta com o auxílio de um terceiro, efetuaram a abordagem, logrando êxito em apreender no reboque do aludido veículo 2.045 (dois mil e quarenta e cinco) tijolos da substância entorpecente conhecida como "maconha" [...]. Ato contínuo, o co-denunciado Milton Luiz dos Santos franqueou a entrada dos policiais em sua residência, ocasião em que prenderam o recorrido, que por sua vez confirmou a propriedade do veículo e confessou a realização do transporte interestadual da droga.

[...]

Do mesmo modo, se infere dos autos fortes sinais de autoria, mormente pela confissão procedida pelo recorrido durante a lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 08-09), o qual confirmou que *realizava o transporte de mercadoria nefasta da cidade de Amambai-MS até o Estado de Santa Catarina*, utilizando, para o sucesso da empreitada criminosa, o caminhão de sua propriedade, além do apoio do correu Milton Luiz dos Santos.

[...]

Cumpre gizar, ainda, que as narrativas dos acusados *denunciam a existência de uma estrutura criminosa, porquanto em alguns trechos há a menção da participação de ambos, inclusive com funções predeterminadas no âmbito da possível organização, fator apto a demonstrar que a soltura provisória de Luiz Carlos Scharnowski não só abalaria a ordem pública, ao passo que facilitaria o retorno deste ao seio da associação ilegal para dar continuidade às ações objetivando a comercialização nefasta, mas também dificultaria o acesso aos demais integrantes da pretensa quadrilha, porquanto o próprio recorrido afirmou em seu relato perante a autoridade policial que aguardava a chegada de um terceiro para proceder a entrega da carga ilícita.*

Referido requisito [...] não tem seu conceito adstrito unicamente à necessidade de se impedir a reiteração da prática criminosa, abrangendo, inclusive, o efetivo resguardo da credibilidade do poder Judiciário em face da gravidade do delito e sua repercussão no meio social [...].

[...] com a soltura prematura do recorrido, há uma grande chance de evasão dos demais membros da estrutura criminosa, até mesmo com a dissipação da organização para fins ilícitos, além da ocultação de outros indícios, obstando a colheita de provas de uma forma geral e o desenvolvimento regular da instrução criminal.

[...]

Imperioso ressaltar, ainda, em relação à aplicação da lei penal, que segundo informações oriundas do auto de prisão em flagrante, sobretudo do interrogatório juntado às fls. 08-09, muito embora o recorrido tenha juntado, na ação penal

que tramita no juízo de origem, documentos comprobatórios de residência (fls. 148-149), o próprio confirmou exercer a profissão de caminhoneiro, o que torna dificultosa sua exata localização, circunstância que reforça ainda mais a necessidade da segregação cautelar [...]. Ademais, o comprovante de endereço demonstra que Luiz Carlos Schrnowski não reside no distrito da culpa [...].

Diante disso, em não havendo elementos para autorizar a concessão de liberdade provisória, a decisão que decretou-a deve ser reformada [...]. (e-STJ fl. 113-123).

Não obstante os argumentos expendidos na presente impetração, verifica-se, ao contrário do afirmado pelo impetrante, que a custódia antecipada do paciente encontra-se devidamente justificada e mostra-se necessária especialmente para a garantia da ordem pública, tendo em vista que as circunstâncias narradas na denúncia demonstram a existência, em tese, de um grupo criminoso voltado para a prática do delito de tráfico de drogas, inclusive com divisão de tarefas (e-STJ fl. 118), ressaltando-se que o paciente em tese transportou grande quantidade de substância entorpecente do Estado de Mato Grosso do Sul para Santa Catarina, em atividade supostamente *planejada há cerca de 01 (um) ano* e que “há fortes indícios de que o recorrido exerça função específica dentro da organização criminosa, visando sobretudo o tráfico de entorpecentes de forma interestadual” (e-STJ fls. 119 e 121), consoante bem apontado pela Corte de origem.

Tais circunstâncias evidenciam a imprescindibilidade da manutenção da medida de exceção, pois, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95.024-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20.02.2009).

Nesse sentido, esta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus liberatório. Associação para o tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e lavagem de dinheiro. Prisão temporária em 15.10.2008, posteriormente convertida em preventiva. Pedido de extensão de liberdade provisória concedida ao correu não analisado pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Paciente supostamente gerente de organização criminosa responsável pelo tráfico de drogas em Belo Horizonte-MG e outros Estados. [...] Ordem denegada.

[...]

2. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.

3. In casu, a segregação provisória foi mantida pelo Tribunal Estadual para garantir a ordem pública e assegurar a instrução criminal, uma vez que o paciente supostamente integra organização criminosa voltada para a prática profissionalizada de comércio de grande quantidade de entorpecentes e armas, além de lavagem de dinheiro, indicando, pois, concreta possibilidade de reiteração criminosa.

4. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

[...]

6. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC n. 139.559-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29.10.2009, DJe 30.11.2009) (Grifos nossos).

Ainda que assim não fosse, verifica-se que a autoridade impetrada apontou elementos concretos dos autos que evidenciam a necessidade da custódia antecipada para a garantia da ordem pública também em razão da gravidade concreta dos delitos em tese perpetrados, evidenciada pela natureza e pela elevada quantidade de droga apreendida - 2.045 (dois mil e quarenta e cinco) tijolos de maconha, perfazendo o total de 1.808,80 Kg (mil oitocentos e oito quilos e oitocentos gramas) (e-STJ fl. 117) -, circunstâncias que demonstram a potencialidade lesiva das infrações noticiadas, a justificar a não concessão da pretendida concessão da soltura clausulada, a bem da ordem pública.

Assim, não se pode dizer que o Tribunal de origem incidiu em constrangimento ilegal, pois, em casos assemelhados, este Superior Tribunal assim já se posicionou, veja-se:

Habeas corpus liberatório. Processual Penal. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas. Receptação e porte de armas. Prisão em flagrante em 1º.08.2007. Liberdade provisória. Vedação legal. Norma especial. Lei n. 11.343/2006. Grande quantidade de droga apreendida. Necessidade de preservação da ordem pública. Fundamentação idônea. Ordem denegada.

[...]

3. Ademais, no caso concreto, o indeferimento do pedido de liberdade provisória não se ressentia de fundamentação, em face dos fartos indícios de

autoria e da comprovada materialidade do delito. Acrescente-se, ainda, que consta da denúncia que o paciente seria um dos gerentes do esquema de traficância, tendo sido apreendidos em depósito 9 gramas de cocaína, traduzidos em 127 pedras de *crack* envoltas em papel alumínio e 14 cápsulas contendo a substância em pó, bem como 57,4 gramas de *Cannabis sativa* L, vulgarmente conhecida como maconha, acondicionadas em 16 invólucros de plástico, um talão de cheques em branco e um revolver, Taurus, calibre 32 SPL, municiado, **o que revela sua periculosidade e impõe a manutenção da custódia preventiva para garantia da ordem pública.**

4. A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinqüência.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada. (HC n. 94.053-SP, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 19.06.2008 - grifamos).

Ademais, não se pode olvidar a vedação legal contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proíbe a concessão do referido benefício àqueles flagrados na prática dos crimes dos arts. 33, 34 a 35 da Lei n. 11.343/2006, cometidos na vigência da novel legislação especial, fundamento que, por si só, segundo orientação desta Quinta Turma, justifica a manutenção da constrição antecipada, mesmo após a vigência da Lei n. 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.

Veja-se, nesse sentido, entre muitos, o seguinte julgado:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Pedido de liberdade provisória. Impossibilidade. Art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Vedação legal. Não revogação pela nova redação do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, conferida pela Lei n. 11.464/2007. Excesso de prazo. Instrução encerrada. Não configuração. Alegação de condições pessoais favoráveis como fundamento para concessão de liberdade provisória. Insuficiente. Ordem denegada.

1. É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a repercussão geral no julgamento do RE n. 601.384-RS, da Relatoria do Min. Marco Aurélio, em que se discute a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados por crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006.

2. Contudo, enquanto o Plenário da Suprema Corte não decidir o mérito da questão proposta no referido Recurso Extraordinário, há de prevalecer o entendimento reiterado pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios, inclusive

deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "(...) a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais" (STJ - HC n. 139.544-MG - Rel. Ministra Laurita Vaz - T5 - Quinta Turma - DJe 23.08.2010).

3. Não houve revogação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pela nova redação do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, conferida pela Lei n. 11.464/2007. Ao contrário, o sistema normativo legal e constitucional se harmonizam, visto "que a proibição de liberdade provisória decorre da própria 'inafiançabilidade imposta pela Constituição' (CF, art. 5º, XLIII)." (STF - HC n. 91.550-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.06.2007).

[...]

5. Esta Corte já pacificou entendimento de que condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, são insuficientes para a concessão da liberdade provisória.

6. Ordem denegada. (HC n. 170.704-ES, Quinta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), julgado em 25.11.2010, DJe 06.12.2010).

No mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Prisão em flagrante por tráfico de drogas. Liberdade provisória: inadmissibilidade. Ordem denegada.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/1990 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/2007, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/1990, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/2007 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/2006, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes.

4. Ordem denegada. (HC n. 98.548-SC, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24.11.2009, DJe 11.12.2009).

Assim, tendo o delito em espécie sido supostamente praticado em 28.10.2009, portanto já na vigência da Lei n. 11.343/2006, de rigor manter o entendimento adotado pela instância de origem no sentido de negar ao paciente o direito à liberdade provisória, sobretudo porque demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a presença do *periculum libertatis*, para o bem da ordem pública.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 183.592-RJ (2010/0159633-5)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: José Carlos Tórtima e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Giane Dias de Menezes

EMENTA

Habeas corpus preventivo. Advogada denunciada por falsidade ideológica e uso de documento falso. Acusação de inserir informação falsa em contrato social (endereço da sede da empresa) e fazer uso desse documento para propor ação de forma a atrair a competência de foro declaradamente favorável à tese sustentada. Inépcia da denúncia caracterizada. Insuperável necessidade de a denúncia trazer no seu próprio contexto escrito todos os elementos da imputação. O

simples fato de ser advogada da empresa, dissociado de qualquer outra circunstância fática ou de conduta realizada, exceto o ajuizamento de ação judicial, é insuficiente para caracterizar participação em delito de falsidade ideológica ou uso de documento falso. Peça inaugural lastreada em mera presunção. Ausência de delimitação mínima da conduta da paciente. Prejuízo à defesa evidente. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem concedida, para declarar a inépcia da denúncia, e determinar o trancamento da ação penal em relação à paciente.

1. É certo que todas as funções processuais penais são de inescandível relevância, mas a de denunciar, a de aceitar a denúncia, a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.

2. A formulação de qualquer denúncia se acha legalmente submetida as rigorosas exigências formais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias [art. 41 do CPP], a se realizar dentro do seu próprio contexto escrito.

3. Na hipótese, forçoso reconhecer que a denúncia não contém a exposição clara de como teria se dado a participação da acusada nos fatos delituosos narrados; isso porque, limita-se a dizer que ela sabia da falsidade por ter ajuizado ações em favor de sua constituinte; todavia, esse fato, dissociado de qualquer outra conduta que demonstre atuação efetiva na simulação e o dolo, é insuficiente para vinculá-la à elaboração de documento com falso conteúdo.

4. Sem a indicação mínima de qualquer conduta que faça supor que a Advogada tinha ciência da falsidade da alteração contratual, o fato de ter ajuizado ações em favor do seu então constituinte só pode ser tido como próprio ao regular exercício profissional.

5. É sempre de suma relevância que a denúncia explicitamente claramente elementos seguros e sérios, coerentes e confiáveis quanto

à materialidade e a provável autoria do ilícito, pois sem eles a peça ministerial imerge em ilações ou suposições de alta vagueza, sem dúvida não bastantes para lastrear o ajuizamento de Ação Penal; é inadmissível a denúncia que não vincula o acusado a qualquer núcleo dos tipos imputados, como se dá na hipótese em apreciação, sob pena de inviabilizar totalmente o exercício da ampla defesa. Precedentes.

6. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal instaurada em relação à ora paciente, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

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, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dra. Fernanda Lara Tórtima (p/ pacte).

Brasília (DF), 22 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 04.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Giane Dias de Menezes*, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem em idêntico *writ* ali impetrado, mantendo o curso do processo-crime instaurado contra a paciente. O aresto restou assim ementado:

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Inocorrência.

I. Hipótese em que a denúncia atribui à paciente participação nos fatos delituosos de forma que lhe é possível exercer seu direito de defesa;

II. Não obstante a aparente fragilidade do conjunto probatório, não se está diante de constrangimento ilegal que ampare a pretensão de trancamento da ação penal, sendo inviável o exame aprofundado das provas na estreita via do *habeas corpus*.

III. Ordem denegada (e-STJ, fls. 47).

2. Revelam os autos que a paciente foi denunciada pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 299 e 304 do CPB (falsidade ideológica e uso de documento falso).

3. Conforme narra a denúncia, o sócio-gerente da sociedade por quotas de responsabilidade limitada *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.* teria agido em conluio com a paciente na simulação da alteração de sua sede comercial, com vistas a alterar a verdade dos fatos de forma a influir sobre o Juiz natural competente para conhecer de ação judicial proposta com o intuito de afastar a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) relativa a combustíveis.

4. No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, a inépcia da inicial acusatória, uma vez que esta não explicita fatos concretos que materializam a participação da paciente nas fraudes apontadas.

5. Aduz que, com relação ao crime de falsidade ideológica (alteração simulada do endereço da empresa do corréu *Elder Luis Mussi Bagiani* no contrato social) não menciona a denúncia de que maneira teria a paciente, Advogada contratada da sociedade comercial, participado da pretensa fraude, mormente porque sequer é ela que lança o visto no mencionado contrato, mas outra causídica.

6. Alega que, no tocante ao uso de documento falso, a inicial afirma que a paciente, mesmo tendo plena ciência da simulação, usou o referido contrato social adulterado para propor ação judicial em favor de sua contratante, sendo certo que tal afirmação, desacompanhada de qualquer elemento fático e lastreada tão-somente no fato da propositura de ações judiciais caracteriza mera presunção.

7. Indeferido o pedido de liminar (fls. 80-81) e prestadas as informações solicitadas (fls. 89-90 e 106-109), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Moacir Mendes Sousa*, manifestou-se pela denegação da ordem, ao argumento de que a denúncia permite o exercício da ampla defesa, bem como que o trancamento de Ação Penal por

meio de HC é medida excepcional, estando ausentes as hipóteses para o seu cabimento (fls. 259-266).

8. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A alegação do presente HC é de inépcia da inicial acusatória porque não descreveu, minimamente, qual a participação da paciente, Advogada da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.*, pertencente ao corréu *Elder Luís Mussi Bagiani*, na suposta *simulação de mudança de endereço comercial da empresa por meio de instrumento de alteração de contrato social*, nem indicaria como o simples ajuizamento de ação judicial configuraria *uso de documento falso*.

2. No que interessa, a peça acusatória aduziu o seguinte:

Os denunciados à época dos fatos sócio-gerente, o primeiro e Advogada, a segunda, da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.*, inscrita no CNPJ sob o n. 45.492.475/0001-03, simularam em 18 de março de 2002, de forma livre e consciente, por meio de instrumento de alteração do contrato social, a modificação da sede da empresa retro mencionada para o Município de Nova Friburgo-RJ, mas precisamente na Av. Nossa Senha do Amparo, n. 4.145, Conselheiro Paulino (vide fls. 11-16, onde consta a assinatura do primeiro na referida alteração contratual) com a finalidade de alterar a verdade sobre o Juiz Natural competente para conhecer da ação judicial proposta com o intuito de livrar-se da Cide. A alteração com falso domicílio foi registrada na Jucesp no dia 12.04.2002 (fl. 16).

Ocorre que, de fato, a empresa nunca operou no referido endereço, sendo o ato flagrante simulação.

Com efeito, a certidão aposta pelo Sr. Oficial de Justiça/Executante de Mandados em diligência de constatação (fl. 182) deixou claro que nunca houve, por parte da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio Ltda.* qualquer atividade no endereço constante da alteração contratual acima mencionada. (...). Ademais, a impetração de mandado de segurança nesse juízo por parte da empresa em questão, postulando a não incidência da chamada Cide do petróleo, se deu apenas 41 (quarenta e um) dias após a referida alteração contratual.

Como demonstrado, o primeiro denunciado inseriu informação diversa daquela que deveria constar no Contrato Social da empresa *Sul Petróleo Transporte e Comércio*, uma vez que, em momento algum, a referida pessoa jurídica exerceu atividades econômicas ou comerciais conexas com seu objeto social, ou, ainda,

qualquer outro tipo de atividade no endereço da Av. Nossa Senhora do Amparo, n. 4.145, Conselheiro Paulino, Nova Friburgo-RJ. Da mesma forma, fizeram inserir tal informação falsa nas petições iniciais das Ações n. 2002.51.05.000607-7, n. 2002.51.05.000608-9, n. 2002.51.05.001465-7 e n. 2003.51.05.000276-3, o que foi realizado com plena ciência da simulação pelo segundo denunciado, causídico da empresa, quando propôs as ações nesta subseção judiciária, mediante uso do contrato social que continha a falsidade.

Toda esta empreitada para criar a sede de fachada nesta cidade teve como objetivo firmar a competência territorial da Vara Federal de Nova Friburgo, especialmente com o intuito de os réus valerem-se, através da empresa, do entendimento já externado pela Magistrada que então era titular da Subseção da Justiça Federal de Nova Friburgo, Dra. Cláudia Valéria Bastos Fernandes, sobre a inconstitucionalidade da Cide, objeto dos mandados de segurança (...) e sobre a inconstitucionalidade da limitação de quantidade de compra por parte da ANP, objeto das ações principais de conhecimento (...), sendo fato notório entre distribuidoras de derivados de petróleo que o Juízo Federal de Nova Friburgo, na época, estava concedendo liminares antecipatórias de tutela para impedir a cobrança da Cide, bem como para liberar os pedidos de compra diretamente na Refinaria, sem intermediação da Petrobrás.

(...).

Assim agindo, os denunciados, em comunhão de desígnios, de forma livre e consciente, inseriram e fizeram inserir na alteração do contrato social acima referido e nas petições iniciais, declaração falsa, diversa da que deveria constar, sobre o real domicílio da empresa, consistente no endereço simulado, com o especial fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, firmando competência territorial diversa da que deveria prevalecer (burla ao princípio do Juiz Natural), tendo também se utilizado do contrato social mendaz junto à Justiça Federal de Nova Friburgo por quatro vezes, razão pela qual estão incursos nas penas do art. 299, 06 vezes, c.c. o 71 (falsidade ideológica em continuidade delitiva, três vezes, sendo 02 relacionadas com as alterações contratuais com endereços fictícios e 04 relacionadas às petições iniciais nas quais se inseriu o domicílio simulado) e 304, 4 vezes, c.c. 71 (uso continuado do documento falso, com a utilização da alteração contratual simulada em cada inicial), todos do Código Penal Brasileiro. (fls. 15-19).

3. A formulação de qualquer denúncia se acha submetida a exigências legais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), sem cujo integral atendimento não pode ser validamente exercido o poder de denunciar ou restará a iniciativa denunciatória carente de aceitabilidade judicial, devendo ser prontamente rejeitada pelo Juiz que a examina.

4. Com efeito, o art. 41 do CPP traça essas exigências de forma segura e rigorosa, fornecendo os dados axiais da denúncia, indispensáveis à definição dessa peça processual de tão magna relevância no Processo Penal:

Art. 41 - A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

5. A reflexão sobre o conteúdo desse dispositivo deixa à mostra que, para se cumprir a exigência legal da *exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*, impõe-se que deva o órgão denunciante *conhecer e saber*, previamente, a *realidade objetiva* do fato, sem o que terá de se valer, obrigatoriamente, de alegações genéricas ou suposições subjetivas, insuficientes para dar conta da própria *materialidade* do acontecimento que constitui o núcleo rígido do tipo penal (crime).

6. *A exposição circunstanciada dos fatos sempre esteve associada, na tradição dos estudos processuais penais, no Brasil e em outros países, ao direito de ampla defesa que é consectário da ação penal, entendendo-se que a falta dessa descrição pormenorizada ou mesmo a presença de descrição defeituosa, fantasiosa ou incompleta, além de tolher a jurisdição penal, sacrifica o pleno exercício das prerrogativas defensivas.*

7. A jurisprudência do colendo STF tradicionalmente acolheu de forma ampla essa tese da exigência da descrição pormenorizada da conduta do agente, identificando-a com as referidas prerrogativas do direito ao devido processo legal e do direito à ampla defesa [RHC n. 60.652-SP, Rel. Min. *Rafael Mayer*, RT 574/440; RHC n. 60.929-RJ, Rel. Min. *Francisco Resek*, RT 576/472; RHC n. 85.658-ES, Rel. Min. *Cezar Peluso*, DJU 21.06.2005].

8. É certo que, por vezes, se admite a chamada *denúncia* genérica, quando, pelas peculiaridades do crime ou nos crimes de autoria coletiva, não se puder, de plano, identificar a conduta de cada um dos acusados.

9. Pois bem, na hipótese, forçoso reconhecer que a denúncia não contém a exposição clara de como teria se dado a participação da acusada nos fatos delituosos narrados; isso porque, o só fato de ser Advogada da empresa e de ter entrado com ações judiciais em favor de sua constituinte, *dissociado de qualquer outra conduta que demonstre atuação efetiva na simulação e o dolo*, é insuficiente para vinculá-la à *elaboração de documento com falso conteúdo*.

10. Veja-se que a paciente foi denunciada por suposta *participação no delito de falsidade ideológica*, na modalidade *fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*; todavia, a denúncia, em nenhuma passagem, indica como teria se dado essa participação, limitando-se à assertiva de *pleno conhecimento da segunda denunciada, por ser causídica da empresa*. Merece destaque o fato de que outra Advogada assina a mencionada alteração contratual junto com o dono da sociedade empresarial.

11. Quanto ao delito de uso de documento falso, sem a indicação mínima de qualquer conduta que faça supor que a Advogada tinha ciência da falsidade da alteração contratual, o fato de ter ajuizado ações em favor do seu então constituinte só pode ser tido como próprio ao regular exercício profissional.

12. Tanto é assim que o próprio Procurador de Justiça atuante no Tribunal *a quo* opinou favoravelmente ao pleito de trancamento da Ação Penal, nos seguintes termos:

No entanto, a exordial não revela de que forma teria a Advogada contribuído para a consumação do crime de falsidade ideológica, na elaboração contratual, visto que na cópia do contrato social às fls. 41-46 consta o nome de outra Advogada, Patrícia Martins Filgueiras. Tampouco figura a paciente como testemunha do ato.

A mera indicação do suposto falso endereço nas petições iniciais subscritas pela denunciadas nas ações que foram propostas não equivalem a seu conhecimento, muito menos participação acerca da aventada falsidade do mesmo, visto que constava de documento oficial, com presunção *juris tantum* de legalidade.

Dessa forma, a denúncia não observou todos os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal quando não individualizou a conduta que teria sido praticada pela agente, com base em prova e não em conjecturas. (fls. 38).

13. Colhe-se, ainda, do voto-vencido proferido pela ilustre Desembargadora *Liliane Roriz*, o seguinte:

Concordo com o prolator do parecer do Ministério Público aqui do Segundo Grau, dizendo estar havendo uma presunção de culpabilidade pelo simples fato de a Advogada ter assinado a inicial do mandado de segurança. Não há um fato narrado sequer que diga que há um crime no fato de ela ter assinado uma inicial de um mandado de segurança. Pode até ser que haja, mas, então, que viesse numa inicial benfeita e dizendo onde está o ato típico praticado por ela. (fls. 67-68).

14. Dessa forma, não se pode admitir uma denúncia que não vincula o acusado a qualquer núcleo dos tipos imputados, como se dá na hipótese em apreciação, sob pena de inviabilizar totalmente o exercício da ampla defesa.

15. Confira-se, a propósito, a jurisprudência desta Corte sobre a questão:

Habeas corpus. Estelionato. Fraude na entrega de coisa. Trancamento da ação penal. Denúncia inepta. Imputação genérica e abstrata. Conduta atípica.

1. No caso, pela leitura da denúncia e das peças que a embasaram, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, não se vislumbra suficientemente demonstrado o dolo na conduta do paciente em induzir ou manter o seu cliente em erro, mediante qualquer artifício que lhe pudesse encobrir a realidade fática, bem como a ocorrência de vantagem ilícita obtida para si ou o prejuízo alheio.

2. Embora não seja necessária a descrição minuciosa dos acontecimentos, a denúncia deve, ao menos, relatar fato individualizado, perceptível e que traduza uma conduta típica e, na forma como se apresenta, encerra descrição abstrata, sendo atípico o fato narrado.

3. De outra parte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o descumprimento de contrato sem elementos de ilícito penal não pode ensejar a persecução penal.

4. Inexistindo previsão legal no ordenamento pátrio para o enquadramento do paciente como sujeito ativo do crime tipificado no art. 171 do Código Penal, por mero inadimplemento de obrigação contratual e, não narrando a denúncia, conforme exigência do art. 41 do CPP, indicativo de eventual conduta ilícita perpetrada pelo acusado, a continuidade da ação penal configura constrangimento ilegal.

5. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal de que aqui se cuida por falta de justa causa. (HC n. 55.889-ES, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28.09.2009).

Penal e Processo Penal. Crime contra o Sistema Financeiro, contra a ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro e crime de bando. Trancamento da ação penal. Alegação de inépcia e falta de justa causa. Ordem concedida para anular a denúncia em relação ao paciente. Nulidade dos atos subsequentes. Ressalva da possibilidade de oferecimento de outra denúncia.

1. Denúncia genérica, sem imputação fática concreta.

2. Inépcia da denúncia.

3. Alegação de dificuldade para a imputação, ante o número significativo de crimes e de réus: fundamento inidôneo que não elide a obrigação de apresentar denúncia com os requisitos do art. 41 do CPP.

4. Esboroa-se, por via oblíqua, o Estado Democrático de Direito, com todos os seus preciosos princípios, se se permite ao acusador oferecer denúncia sem imputação fática precisa.

5. Inépcia reconhecida.

6. Ordem concedida, para declarar a nulidade da denúncia, trancando-se a ação penal, mas permitido o oferecimento de outra denúncia, com os requisitos legais. (HC n. 134.044-SP, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 17.08.2009).

16. Ante o exposto, concede-se a ordem, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, determinando o trancamento da Ação Penal quanto à ora paciente.

HABEAS CORPUS N. 192.696-SC (2010/0226460-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Douglas Fischer

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Juliano Carvalho Batista

EMENTA

Penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Pesca predatória. Pequena quantidade de pescado devolvido ao *habitat* natural. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Particularidades do caso concreto. Relevância penal da conduta. Crime contra o meio ambiente. Especial relevo. Ordem denegada.

I. Hipótese em que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998, porque teria sido flagrado pela Polícia Militar de Proteção Ambiental, praticando pesca predatória de camarão, com a utilização de petrechos proibidos em período defeso para a fauna aquática e sem autorização dos órgãos competentes.

II. A quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/1998, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida, exatamente a hipótese dos autos, isto é, em época de reprodução da espécie, e com utilização de petrechos não permitidos.

III. Paciente que, embora não possua carteira profissional de pescador, faz da pesca a sua única fonte de renda.

IV. Para a incidência do princípio da insignificância devem ser considerados aspectos objetivos referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, bem como a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.11.2004), que não restou demonstrado *in casu*.

V. A Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção.

VI. Interesse estatal na repressão da conduta, em se tratando de delito contra o meio-ambiente, dada a sua relevância penal.

VII. 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. “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Douglas Fischer em favor de Juliano Carvalho Batista contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998, porque teria sido flagrado pela Polícia Militar de Proteção Ambiental, praticando pesca predatória de camarão, com a utilização de petrechos proibidos em período defeso para a fauna aquática e sem autorização dos órgãos competentes.

Recebida a denúncia, foi oferecida proposta de suspensão condicional do processo, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 01 (um) ano em entidade beneficente.

Diante do descumprimento das condições impostas, foi determinada a revogação da suspensão do processo (fl. 109), dando-se prosseguimento à ação penal.

Sobreveio sentença que o condenou, nos termos da inicial acusatória, à pena de 01 (um) ano de detenção, substituída por restritiva de direitos.

Em sede de apelação, através da qual postulava pelo reconhecimento da atipicidade da conduta em aplicação ao princípio da insignificância, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a condenação.

Na presente impetração, pugna pelo reconhecimento da insignificância penal, sob o argumento de que o caso concreto revela uma excepcionalidade, eis que se está diante de uma pesca de aproximadamente 04 (quatro) quilogramas de camarão devolvidos vivos ao *habitat* natural.

Liminar indeferida à fl. 417.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fls. 441-443).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Douglas Fischer em favor de Juliano Carvalho Batista contra acórdão do

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau.

Em razões, pugna pelo reconhecimento da insignificância penal, sob o argumento de que o caso concreto revela uma excepcionalidade, eis que se está diante de uma pesca de aproximadamente 04 (quatro) quilogramas de camarão devolvidos vivos ao *habitat* natural.

Não obstante a pequena quantidade de pescado apreendido, o que, numa visão primeira atrairia a aplicação do princípio da insignificância, outros aspectos devem ser levados em consideração na análise de seu efetivo cabimento.

A tese da insignificância penal restou afastada nas instâncias ordinárias. O Tribunal *a quo*, com efeito, assim decidiu a respeito:

Insignificante é a conduta sem censura social pelo irrelevante dano - pretendido e realizado - e não a conduta de dano relevante, que acidentalmente não atinge êxito. Seria indevidamente premiar o criminoso fracassado, excluindo-lhe mesmo a pena tentada. Insignificante é a conduta de furtar cliques de papel, de dar uma palmada no filho. Não é jamais insignificante furtar um malote bancário - ainda que coincidente com pequenos valores - ou de tentar caçar, pescar e por fatores alheios a sua vontade, ver frustrado o resultado pretendido.

Na espécie tem-se ainda outro obstáculo, há tipicidade por crime de mera conduta, de perigo abstrato, em crime ambiental. Assim, irrelevante é o resultado da pesca, considerada criminosa na conduta constante do fato principal apenas pela realização desse ato de pesca.

O tipo penal do art. 34 da Lei n. 9.605/1998 abrange condutas de resultado e crimes de mera conduta. São crimes de resultado as modalidades de pesca com produto em espécie, tamanho ou quantidades proibidos, ou pela destinação do produto da pesca; são crimes de mera conduta a pesca proibida pelo local ou época da atividade, ou pelo uso de petrechos proibidos: (...).

Acrescento, de todo modo, que na espécie resta evidente a ofensa ao bem jurídico, pois o acusado estava realizando pesca de camarão com o uso de gerival malha 25 mm em período defeso, na Baía da Babitonga, o que interrompe o ciclo de reprodução, ciclo este que permite a perpetuação das espécies.

Tem-se, assim, que a ação delituosa está longe de ser considerada insignificante. (fls. 393-394).

Na inicial acusatória consta que “o denunciado, ao avistar a embarcação policial, empreendeu fuga, tendo sido acompanhado e abordado próximo a Ilhas das Flores, portando aproximadamente 04 (quatro) quilos de camarões recém capturados, o quais foram soltos no mar.” (fl. 19).

Inicialmente, no que diz respeito à alegação de insignificância da conduta, esta Corte já entendeu, em oportunidades anteriores, *que a quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/1998*, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida, exatamente a hipótese dos autos, isto é, em época de reprodução da espécie, e com utilização de petrechos não permitidos (inciso II, do parágrafo único do art. 34).

No presente caso, verifica-se que o paciente fez uso de instrumento denominado *gerival*, que - segundo informações constantes na página oficial do Fundacentro/Fundação Acqua Forum - Programa Nacional de Segurança Saúde e Meio Ambiente de Trabalho nas Atividades de Pesca e Mergulho Profissionais - constitui-se em um tipo de arte de pesca utilizada na captura do camarão em regiões estuarinas, e que dependendo da malha pode ser altamente predatório, pois *consiste no arrasto do camarão que se encontra nos berçários, capturando assim exemplares muito inferiores ao tamanho recomendado para comercialização*.

Conforme se extrai da Notícia de Infração Penal Ambiental (fls. 24-25), o paciente, embora qualificado como pescador, não possui Carteira de Pescador Profissional, documento que o habilitaria à prática de pesca com uso de *gerival* e outros petrechos considerados de uso profissional, constando que *utilizava um tamanho de malha inferior ao estipulado pela Portaria Ibama n. 84/02*.

E embora o paciente tenha devolvido todo o pescado recolhido, ainda vivo, ao seu *habitat* natural, demonstrativa de suposta ausência de dano ao meio ambiente, o fez tão somente porque foi abordado por policiais em plena prática delitativa, o que deve ser levado em consideração no presente caso em que o paciente, embora não possua carteira profissional de pescador, faz da pesca a sua única fonte de renda (fls. 273-275).

Dentro desse contexto, embora se pretenda demonstrar a inexistência de lesividade ao meio ambiente no caso específico, não se pode acolher a tese de ausência de relevância penal da conduta, eis que o paciente incidiu no delito previsto no art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998 e faz da pesca o seu meio de vida.

Para a incidência do princípio da insignificância devem ser considerados aspectos objetivos referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, bem como a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.11.2004), que não restou demonstrado *in casu*.

Deve ser ressaltado, por último, que a Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção. Em seu art. 225, com efeito, a Carta Magna assim proclama:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sendo assim, tratando-se de delito contra o meio-ambiente, é inviável a afirmação do desinteresse estatal na sua repressão.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 193.111-RJ (2010/0228401-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Dário José Soares Júnior

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Carlito Martins da Silva (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Paciente condenado pela prática dos delitos previstos nos arts. 273, § 1º, alínea **b**, e 334, § 1º, alínea **c**, do Código Penal. Mantida, na sentença, a custódia cautelar. Fundamentação inidônea. Ilegalidade. Presunção de não-culpabilidade que prevalece até o trânsito em julgado da condenação. Precedentes. Inobservância, pelo magistrado singular, da regra prevista no parágrafo único, do art. 387, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Ordem concedida.

1. A segregação processual, no caso, fora justificada, em síntese, sob o fundamento de que houve transporte noturno da mercadoria ilegal, por via de uma estrada vicinal – o que demonstraria sua intenção de cometer outros crimes.

2. Ocorre, entretanto, que a presunção mais plausível é contrária ao que decidido. Por ser o Paciente pequeno comerciante, doente crônico, com quase sessenta anos, é de se supor que não se envolverá com delitos. Vê-se, assim, que não fora explicitado um motivo concreto, sequer, apto a justificar a medida constritiva.

3. “Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (STF, HC n. 101.705-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 03.09.2010).

4. Frise-se: “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (HC n. 84.078-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26.02.2010).

5. Vê-se, assim, que o Juiz sentenciante não atendeu à regra prevista no parágrafo único, do art. 387, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 – regra que exige fundamentação idônea para a manutenção ou decretação da prisão quando da prolação da sentença.

6. Ordem concedida para, em conformidade com o parecer ministerial, ratificar a liminar deferida, assegurando ao Paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 04.04.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Requer-se, na presente impetração, em suma, liminarmente e no mérito, seja reconhecido o direito do Paciente de apelar em liberdade.

O pedido liminar fora deferido, no período de férias, pelo Eminentíssimo Presidente desta Corte, Ministro *Ari Pargendler* (fl. 224).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 239-249, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 258-262, pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de *Carlito Martins da Silva*, contra acórdão assim ementado (fls. 17):

Habeas corpus. Prisão preventiva após a sentença condenatória. Presença de elementos concretos. Necessidade de garantir a ordem pública. Ordem denegada.

I - O paciente restou condenado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 273, § 1º, **b**, e 334, § 1º, **c**, do CP, a uma pena definitiva de 11 (onze) anos de reclusão, sendo fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. Para a fixação da pena relativa ao crime do art. 273 do CP, ponderou o magistrado sentenciante o quantitativo expressivo de medicamentos apreendidos junto ao paciente, quando de sua prisão em flagrante (2 mil comprimidos de *Pramil*), a demonstrar o grande potencial de dano à saúde da comunidade;

II - Plenamente justificada a manutenção da prisão preventiva do paciente, na medida em que a presença de elementos concretos a denotar a necessidade de garantir a ordem pública – já analisada quando do julgamento de *writ* anterior – restou corroborada pela sua condenação, bem assim pela pena que lhe foi atribuída;

III - Ordem denegada.

A título elucidativo, extraio o seguinte trecho do Voto condutor do Acórdão ora impugnado (fls. 11-16):

Inicialmente, observo que a presença de motivos para manutenção da prisão preventiva do paciente, com amparo na necessidade de resguardo à ordem pública já restou analisada por este Relator, quando do julgamento do HC n. 2010.0201.008842-9, cujo voto ora transcrevo, *verbis*:

O MM. Juízo *a quo*, ao rejeitar o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, converteu a prisão em flagrante em preventiva nos seguintes termos, *verbis*:

Ao contrário do que tenta afirmar, principalmente no que toca à primariedade e bons antecedentes, o requerente já foi, em 2 outras oportunidades recentes, preso em flagrante por estar portando produto contrabandeado.

A primeira vez em que Carlito foi preso se deu no dia 13 de junho de 2008, onde fora preso em flagrante exatamente no Posto Policial que se situa na cidade de Porciúncula-RJ, caminho para Tombo-RJ. Nesta ocasião, Carlito foi preso com pacotes de cigarro, sendo que na ocasião estava dirigindo exatamente a D-20 que diz estar apreendida. A segunda vez ocorreu em 24 de outubro de 2008, quando Carlito foi surpreendido no centro de Itaocara portando 626 pacotes de cigarros, dentro do mesmo carro (Chevrolet D-20). Na ocasião, a 135ª DP fez o registro.

Ao que parece, Carlito desenvolve as mesmas atividades, preso sempre em flagrante delito. Há enorme probabilidade destes fatos ocorrerem novamente caso não haja a positividade da medida coercitiva de privação da liberdade. A garantia da ordem pública resta sobejamente comprometida. Solto encontrará, com certeza, novos horizontes para continuar a perpetrar ações delituosas, principalmente os de contrabando/descaminho, como aliás vem ocorrendo ao longo de 02 anos. (...)

(...) Não está este magistrado decretando a preventiva sob o fundamento da gravidade da pena e sim em razão da grande

probabilidade de reincidir na conduta que o levou à prisão. Ressonância por fim, que o acusado não comprovou ter residência fixa e muito menos que possui atividade lícita.

In casu, o paciente foi preso em flagrante transportando de maneira ilegal um total de 535 pacotes de cigarro de origem estrangeira, que não apresentavam o selo de recolhimento do IPI - Imposto sobre Produtos Importados, e 100 (cem) cartelas do medicamento *Pramil*, totalizando 2.000 (dois mil) comprimidos, cuja substância ativa, o Sildenafil, é a mesma utilizada no remédio *Viagra*.

Como informado pela autoridade apontada como coatora, esse medicamento, de origem paraguaia, teve a sua importação e comercialização proibidas no Brasil pela Anvisa através da Resolução n. 2.997/2006.

Verifica-se pela fundamentação utilizada pelo juízo que a prisão preventiva do paciente, decretada com base na garantia da ordem pública, teve por fim impedir a reiteração de condutas criminosas, tendo em vista que, em duas outras ocasiões, ele já teria sido preso em flagrante pelo contrabando de cigarros.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que a possibilidade objetiva de reiteração criminosa constitui motivação idônea para a fixação da custódia cautelar com vistas à preservação da ordem pública, tal como se sucede no caso destes autos. *In casu*, como ressaltado pelo juízo *a quo*, a necessidade da custódia cautelar se justifica diante da possibilidade de o paciente, posto em liberdade novamente, encontrar os mesmos estímulos para delinquir.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu, acertadamente, que a preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas para a "irrupção de conflitos e tumultos", mas abrangeria também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.

E ainda, em que pese os crimes praticados pelo paciente não terem sido dados mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, não se pode concluir, ao contrário do sustentado pela defesa, pela ausência de gravidade das infrações penais, tendo em vista que o crime do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, prevê uma pena mínima abstrata de 10 (dez) anos de reclusão, o que impedirá, no caso de uma eventual condenação, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Por outro lado, ao contrário do sustentado pelo MD. Procurador da República, tal crime não se reveste do caráter de hediondo, pois, como

informado pela própria autoridade impetrada, “a denúncia não narra fato referente à falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto para fins terapêuticos”, e conforme decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “a introdução clandestina, em solo brasileiro, de produto de origem estrangeira destinado a fins terapêuticos ou medicinais somente é considerada crime hediondo quando o medicamento é ‘falsificado, corrompido, adulterado ou alterado’ (art. 1º, VII-B, da Lei n. 8.072/1990)”, muito embora não se deixe de reconhecer que a saúde pública também corre riscos pela comercialização clandestina desse medicamento.

Daí porque irrelevante a necessidade de um laudo pericial para atestar ou não a falsidade dos medicamentos apreendidos, e assim, comprovar a materialidade do crime do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, como sustentado pela defesa.

Quanto ao crime de descaminho previsto no artigo 334 do Código Penal, muito embora seja possível a declaração de extinção da punibilidade do agente, conforme previsão contida na Súmula n. 560 do Supremo Tribunal Federal, esta somente se dará no caso de pagamento integral do tributo devido. E como bem observado pelo juízo *a quo*, não há qualquer manifestação do paciente nesse sentido. Ao contrário, os elementos contidos nos autos indicam que, na verdade, a sua intenção não era fraudar o Fisco, mas o lucro fácil e a qualquer custo, já que em todas as ocasiões em que foi preso em flagrante estava dirigindo a caminhonete Chevrolet D-20, de propriedade de seu filho.

Por fim, o fato de o paciente ostentar a condição de primário e possuir bons antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), além de ter família constituída, não constitui, por si só, motivo suficiente para afastar a necessidade de sua segregação cautelar, conforme já ficou assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - e do Superior Tribunal de Justiça. E, como observado pelo MD Procurador da República, o paciente não poder ser considerado idoso, por não ter ainda 60 anos completos, *ex vi* da Lei n. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, já que nasceu no dia 30.01.1952.

Com relação ao seu problema de saúde, a mera juntada do atestado médico informando que o paciente é portador de uma doença crônica, adenoma prostático, e necessita de cuidados médicos e uso de medicação contínua, não se revela apta a revogar a sua custódia cautelar, tampouco determinar a sua prisão domiciliar.

Ante o exposto, *denego a ordem de habeas corpus* requerida.

Por ora, pretende o impetrante sejam reavaliados os motivos para manutenção da prisão preventiva após a prolação de sentença condenatória pelo MM. Juízo *a quo*.

Em suas informações, dá conta o MM. Juízo impetrado que, na r. sentença, ressaltou-se que “os motivos iniciais para a decretação da prisão preventiva extrapolam o átimo da prolação da sentença. Independentemente desta, há o risco concreto de reiteração criminosa (...). Numa fundamentação mais profunda, agora, vejo o acerto da decisão anteriormente consignada, pois, apesar de haver notícia de anteriores anotações acerca da prática do crime de descaminho (02 ocorrências em 2008), vejo que o *modus operandi* do acusado (transporte à noite de mercadoria, através de uma estrada vicinal) transparece ainda mais o desejo do mesmo em continuar na senda criminosa, se especializando ainda mais no coércio de cigarros internados indevidamente (e até falsificados) e expandindo seus horizontes, agora, para o tráfico de remédios. (...) Desta forma, mantenho a prisão preventiva decretada anteriormente, respeitando o art. 387, parágrafo único do CPP”. (fls. 254-256).

Mister salientar, ainda, que, como se vê da cópia da r. sentença, acostada às fls. 10-34 do *writ*, que o paciente restou condenado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 273, § 1º, **b**, e 334, § 1º, **c**, do CP, a uma pena definitiva de 11 (onze) anos de reclusão, sendo fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena. Para a fixação da pena relativa ao crime do art. 273 do CP, ponderou o magistrado sentenciante o quantitativo expressivo de medicamentos apreendidos junto ao paciente, quando de sua prisão em flagrante (2 mil comprimidos de *Pramil*), a demonstrar o grande potencial de dano à saúde da comunidade.

Dessarte, entendendo plenamente justificada a manutenção da prisão preventiva do paciente, na medida em que a presença de elementos concretos a denotar a necessidade de garantir a ordem pública – já analisada quando do julgamento do *writ* acima citado – restou corroborada pela sua condenação, bem assim pela pena que lhe foi atribuída.

Ante o exposto, voto pela denegação da ordem.

O eminente Presidente desta Corte, Ministro *Ari Pargendler*, ao deferir o pedido liminar, fundou-se no que se segue (fl. 224):

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Dário José Soares Júnior em favor de Carlito Martins da Silva contra acórdão proferido pela Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região “para conceder ao paciente o direito de apelar em liberdade” (fl. 10).

O impetrante alega que a possibilidade do paciente voltar a delinquir não é motivo para permanecer preso.

2. A regra é a de que o réu responde o processo em liberdade. A exceção supõe que, solto, possa comprometer a ordem pública ou a instrução do processo. Na espécie, essas situações excepcionais não estão presentes. A gravidade do delito, invocada na decisão impugnada, faz parte do tipo penal, e uma certeza acerca

da prática da conduta nele contemplada depende da conclusão do processo. ***Já a possibilidade de que o paciente volte a delinquir é uma hipótese. Pode não ser uma probabilidade. Pequeno comerciante, com quase sessenta anos, padecendo de doença crônica (vide fl. 15), a presunção, salvo melhor juízo, é que não mais se envolverá com o ilícito, diante da pena a que está sujeito em função da acusação que pesa contra si.***

Defiro, por isso, a medida liminar para relaxar a prisão do paciente, se por outro motivo não estiver preso. (sem grifos no original)

Com efeito, efetivamente não se demonstrou a necessidade da medida excepcional adotada, relevando, para isso, ainda, os fundamentos da decisão deferitória proferida pelo Eminentíssimo Ministro-Presidente.

Como é cediço, a prisão cautelar é medida extrema e excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual, sendo imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva.

Desse modo, a gravidade em abstrato do delito, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não têm, por si só, o condão de justificar a custódia cautelar, pois é imprescindível que a prisão provisória seja decretada com motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nas instâncias antecedentes, a prisão fora justificada, em síntese, repita-se, sob o fundamento de “que o *modus operandi* do acusado (transporte à noite de mercadoria, através de uma estrada vicinal) transparece ainda mais o desejo do mesmo em continuar na senda criminoso, se especializando ainda mais no comércio de cigarros internados indevidamente (e até falsificados) e expandindo seus horizontes, agora, para o tráfico de remédio”.

A presunção mais plausível, entretanto, é contrária ao que decidido. Por ser o paciente doente crônico (fl. 15), com quase sessenta anos, é de se supor que o pequeno comerciante não se envolverá com delitos.

Vê-se, assim, que não fora explicitado um motivo concreto, sequer, apto a justificar a medida constritiva, razão pela qual a ordem deve ser deferida.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos do art. 312 do CPP. Garantia da ordem pública. Considerada tão-só a gravidade abstrata do crime. Fuga do

estabelecimento prisional. Ausência de aditamento ao decreto de prisão. Falta de fundamentação. Ordem concedida.

1. Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC n. 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º).

3. Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social.

4. Ordem concedida. (STF, HC n. 101.705-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 03.09.2010).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado consumado. Homicídio qualificado tentado. Prisão cautelar. Ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Gravidade abstrata do crime. Ausência de fundamentação idônea e concreta. Ordem concedida com recomendação. Expedido alvará de soltura clausulado. Demais pedidos julgados prejudicados.

1. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como a alegação de ser abstratamente grave o delito em tese praticado, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculada de qualquer fator concreto.

2. A tentativa de sair do local do crime, logo após a sua suposta prática, não pode ser interpretada como tentativa de fuga e obstrução de aplicação da lei penal, eis que é comum ao ser humano a prática de atos que impliquem em sua própria defesa.

3. Se não estão presentes os elementos fáticos, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para conceder a liberdade provisória, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

4. Ordem concedida para revogar a prisão decorrente da pronúncia. Com recomendação, nos termos do voto da Relatora. Expedido alvará de soltura clausulado. Demais pedidos julgados prejudicados. (STJ, HC n. 109.586-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ-MG, DJe de 10.11.2008.)

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Gravidade do delito. Fundamentação genérica e abstrata. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

1. A ameaça à ordem pública, como pressuposto que autoriza a prisão preventiva (CPP, art. 312), deve estar demonstrada de forma consistente no decreto prisional, não sendo suficiente o juízo valorativo sobre a gravidade do delito.

2. A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que esse dispositivo legal não admite conjecturas. A decretação da medida restritiva de liberdade antecipada deve reger-se sempre pela demonstração da efetiva necessidade no caso concreto.

3. Ordem concedida para determinar a imediata expedição de alvará de soltura ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia cautelar, com a estrita observância do disposto no art. 312 do CPP. (STJ, HC n. 81.225-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03.11.2008).

Acrescente-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 84.078-MG, Rel. Min. *Eros Grau*, decidiu que a custódia cautelar, mesmo após a sentença condenatória, mantida em segundo grau, e sem trânsito em julgado, só pode ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A referida orientação deve ser adotada por todos os Tribunais Pátrios, como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência. Confira-se a ementa do referido julgado:

Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os Tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE n. 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/1961, que deu nova redação à Lei n. 869/1952], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando

verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (HC n. 84.078-MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, DJe de 26.02.2010).

Vê-se, portanto, que o Juiz sentenciante não atendeu à regra prevista no parágrafo único, do art. 387, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 – regra que exige fundamentação idônea para a manutenção ou decretação da prisão quando da prolação da sentença, *in verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

Parágrafo único. O juiz decidirá, **fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar**, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (sem grifos no original.)

Ante o exposto, *concedo a ordem*, nos termos do Parecer Ministerial, para confirmar a liminar deferida pelo Eminentíssimo Ministro-Presidente *Ari Pargendler* e assegurar ao Paciente o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 29.970-PA
(2009/0134964-5)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Rita de Cássia Gaspar da Silva

Advogado: Mário David Prado Sá

Recorrido: Estado do Pará

Procurador: Sérgio Oliva Reis e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Contratação temporária de professor da Secretaria de Educação do Estado do Pará. Prorrogação do contrato por mais de 15 anos consecutivos. Superação da nota de provisoriedade identificada no momento da primeira avença. Consumação da situação jurídica colmatada *ex ope temporis*. Direito líquido e certo à permanência no serviço público. Recurso ordinário provido.

1. A teor do disposto nos arts. 37, II e 206, V da Constituição Federal, o ingresso no serviço público está sujeito à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo no caso de cargo em comissão e na hipótese prevista no inciso IX do citado art. 37, qual seja, contratação temporária de prestação de serviço, caso em que a Administração pode rescindir a qualquer momento o contrato administrativo em virtude da extinção do interesse na sua continuação.

2. Contudo, considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas *ex ope temporis*, ainda que o ato administrativo tenha nascido de forma irregular.

3. No presente caso, a recorrente encontra-se no exercício do cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará há mais de 15 anos, o que, por si só, revela a extensão das consequências da reversão, a esta altura, da Docente à

situação anterior à sua contratação, impondo não apenas um recuo de 15 anos em seu *status* profissional, mas também um retrocesso na sua vida, com os mais variados desdobramentos.

4. Em caso como este, seria uma penalização injustificável a exclusão da Professora do quadro de Docentes do Esta do Pará, decorrente unicamente da opção administrativa de prorrogar o contrato de prestação de serviço, transmudando a natureza excepcional da contratação temporária, utilizada para atender necessidade provisória de interesse público, por tempo determinado. Nas palavras do Professor VICENTE RÁO, *seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças* (O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, RT, 1991, p. 323).

5. Ademais, neste caso, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando desde 1992, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojada e sofra uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.

6. Recurso Ordinário provido para assegurar o direito líquido e certo da recorrente de ser reintegrada no cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará, com o ressarcimento de todos os seus direitos, inclusive vencimentos e cômputo do tempo de serviço, desde a data da sua exoneração; bem como para assegurar o direito de ser mantida no serviço público.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 28.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por *Rita de Cássia Gaspar da Silva*, em adversidade ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que extinguiu o feito sem resolução do mérito, em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Mandado de segurança. Servidor público temporário. Ausência de direito líquido e certo. Provimento a cargo público. Concurso. Princípio constitucional. Prejudicial ventilada no Tribunal acolhida. Processo extinto sem resolução do mérito.

I - Considerando que se trata de mandado de segurança preventivo e em face da questão prejudicial levantada na tribuna consistente em que o Estado do Pará não demitirá os servidores temporários até que o cargo seja ocupado por servidores efetivos, aplica-se o Princípio da Continuidade do serviço público.

II - Prejudicial acolhida.

III - À unanimidade de votos, processo extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267, IV do CPC, nos termos do voto do relator (fls. 187).

2. Os Embargos de Declaração opostos (fls. 197-200) foram conhecidos, mas improvidos (fls. 245-253).

3. A recorrente assevera ter direito líquido e certo a ser reintegrada no seu cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará, bem como a ser albergada pela estabilidade plena para permanecer nesse cargo. Caso assim não se entenda, alega ter direito a permanecer no referido cargo até que venha a ser realizado pelo Estado concurso público para a educação especial.

4. Aduz que foi contratada como servidora temporária pela Secretaria de Educação do Estado do Pará em 1º.06.1992, tendo o seu contrato de trabalho sido prorrogado sucessivamente até 31.12.2007. Alega que em virtude da boa-fé dos servidores públicos contratados temporariamente, bem como do

princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, como o presente caso, destinado aos alunos portadores de deficiência, deve ser atribuído caráter permanente à contratação.

5. Em contrarrazões, o Estado do Pará alega preliminar de deserção. Quanto ao mérito alega a ausência de direito líquido e certo da Impetrante, uma vez que o servidor temporário não possui estabilidade no serviço público, sendo certo que *a dispensa do servidor temporário pode ser efetivada pela Administração Pública em qualquer momento, sem prévio aviso, diante de critérios pautados na oportunidade e na conveniência do encerramento do pacto* (fls. 273).

6. Além disso, informa que *o Entre Federado vem cumprindo cláusula de acordo judicial celebrado com o Ministério Público do Trabalho, no escopo de substituir os servidores temporários pelos efetivos, depois de ultimadas as fases integrantes dos concursos públicos* (fls. 274).

7. O douto Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Moacir Guimarães Morais Filho*, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso (fls. 283-288).

8. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, deve ser afastada a preliminar de deserção do recurso por ausência de preparo, uma vez que os beneficiários da justiça gratuita, como no caso (fls. 26), estão dispensados desse recolhimento, pelo que a alegação do Estado do Pará não merece acolhimento.

2. Como visto, o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança foi interposto para adversar acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Pará que denegou a ordem impetrada pela recorrente para manter o ato da Governadora do Estado do Pará que negou a efetivação da recorrente no cargo de Professora da Educação Especial, para o qual foi temporariamente contratada. A recorrente alega seu direito líquido e certo ao provimento definitivo no referido cargo em razão da sua boa-fé, bem como do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

3. Por sua vez, o Estado do Pará sustenta que a função pública exercida pela Impetrante é temporária e tem natureza precária, sendo certo que a

Administração Pública detém discricionariedade para exonerar *ad nutum* o servidor, independentemente de prévio processo administrativo.

4. Ao que se constata, os fundamentos que dão suporte à impetração revestem-se de inquestionável plausibilidade jurídica, porquanto põe em relevo controvérsia de índole superior, consubstanciada na ponderação de valores relacionados ao princípio da legalidade dos atos administrativos, em face do postulado da segurança jurídica, igualmente prezável pela ordem jurídica.

5. Com efeito, não se discute que, a teor do disposto nos arts. 37, II e 206, V da Constituição Federal, o ingresso no serviço público está sujeito à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo no caso de cargo em comissão e na hipótese prevista no inciso IX do citado art. 37 (contratação temporária de prestação de serviço). Também não se questiona que a Administração pode rescindir a qualquer momento o contrato administrativo dos servidores temporários em virtude da extinção do interesse público na continuação da contratação.

6. Ocorre que a presente controvérsia reveste-se de peculiaridades que demandam uma flexibilização dos citados preceitos, que não podem ser aplicados de forma absoluta, como se passa a demonstrar.

7. A Impetrante foi contratada temporariamente por 06 meses pela Secretaria de Educação do Estado do Pará, em 1º de junho de 1992, em conformidade com a Lei Complementar Estadual n. 7, de 28 de agosto de 1991, que regulamenta a contratação temporária no Estado do Pará, e estabelece, em seu art. 2º, que as contratações têm prazo determinado de 06 meses, *prorrogável por igual período e por uma única vez*.

8. No entanto, com fundamento nas posteriores Leis Complementares Estaduais Paraenses n. 11/1993, n. 19/1994, n. 30/1995 e n. 36/1998, esse contrato foi sucessivamente prorrogado até 31.12.2007.

9. Diante desse quadro, impõe-se reconhecer a realidade das coisas e constatar que a situação da recorrente é resultado de ato da própria Administração Pública que, ao invés de promover concurso público específico para o cargo, *dentro do prazo da temporariedade*, optou por prorrogar o contrato, assim transmudando a natureza excepcional da contratação temporária, que realmente deveria ser utilizada apenas para atender necessidade provisória de interesse público, por tempo determinado.

10. Além disso, não se pode perder de vista que a recorrente encontra-se no exercício do cargo de Professora *há mais de 15 anos*, o que, por si só, revela a extensão das consequências da reversão, a esta altura, da sua situação funcional. A manutenção do acórdão recorrido significará impor à recorrente não apenas um recuo de 15 anos em seu *status* profissional, mas significará, em verdade, recuar a sua vida, com os mais variados desdobramentos, importando numa penalização injustificável, como há de se convir, já que, como visto, decorre unicamente da referida opção administrativa do Estado.

11. Acerca dessa questão, convém trazer à baile a brilhante lição do Professor VICENTE RÃO:

(...) a inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de ser destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas, Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças (O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, RT, 1991, p. 323).

12. Diante desse quadro, impõe-se a aplicação da teoria do fato consumado, a fim de atingir o equilíbrio entre os princípios da legalidade e da igualdade com os princípios da segurança jurídica e da estabilidade nas relações sociais tocadas pelo Direito Público, de modo a confirmar-se juridicamente uma solução socialmente aceitável; é inegável que Administração Pública pode muito, mas não pode tudo, não podendo, por exemplo, sobrepor-se aos efeitos do tempo ou impedir que o seu decurso inevitável produza resultados que não podem ser ignorados, como se o desfazimento de atos administrativos pudesse devolver às pessoas o tempo pretérito e todas as suas passadas alegrias.

13. Dest'arte, considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas *ex ope temporis*, ainda que o ato administrativo tenha nascido de forma irregular.

14. Importa, ainda, destacar que o Estado do Pará não traz elementos que permitam a conclusão de que a recorrente violou o princípio da boa-fé objetiva,

nem que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fito de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da *teoria do fato consumado*.

15. Além do que, não é nada recomendável, do ponto de vista do interesse público, que uma pessoa que já se encontra trabalhando desde 1992, sem que haja qualquer indício de que exerça seu trabalho de maneira insatisfatória, seja abruptamente dali desalojada e sofra uma drástica modificação na sua situação profissional, econômica e moral, com consequências irreversíveis.

16. A corroborar a tese expendida, confira-se os seguintes precedentes:

Administrativo. Exame da Ordem. Em regra não cabe ao Poder Judiciário revisar os critérios adotados pela banca examinadora. Legítima consolidação da situação fática. Teoria do fato consumado.

1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões em concurso público, salvo se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou teratológica.

2. Todavia, ainda que a instância ordinária incida em desacerto, a Primeira Seção desta Corte Superior tem entendido que as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de se causar à parte excessivo prejuízo. Trata-se da aplicação da teoria do fato consumado, que privilegia o princípio da segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais.

3. A teoria do fato consumado, contudo, não pode ser aplicada indiscriminadamente sem uma análise sobre as particularidades de cada caso. Há situações onde o princípio da boa-fé objetiva impõe o seu afastamento. A título de exemplo, não se poderia considerar consolidada uma situação de fato resultado de conduta antijurídica premeditada. O Direito não pode premiar a torpeza.

4. *In casu*, todavia, não há elementos no acórdão que permitam a conclusão de que o recorrido violou o princípio da boa-fé objetiva, nem de que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fim de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da teoria do fato consumado.

5. Recurso especial improvido (REsp n. 1.130.985-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19.02.2010).

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso público, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei n. 9.784/1999, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica. Recurso ordinário provido.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.

2. O art. 55 da Lei n. 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, *a contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da Administração, dest'arte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias (RMS n. 25.652-PB, de minha relatoria, DJe 13.10.2008).

Agravo regimental em recurso especial. Administrativo. Concurso público. Reprovação em exame psicotécnico. Continuidade no certame por força de medida liminar. Aprovação. Posse e exercício há mais de dez anos. Convalidação e teoria do fato consumado.

1. A teoria do fato consumado é discutível criação jurisprudencial, cuja invocação, quando admitida, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. Pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, forçoso reconhecer como caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado, nas hipóteses tais, em que o candidato, por força de medida liminar, prossegue no certame e é aprovado, e assim permanece no exercício da função por mais de dez anos.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 139.279-ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 22.04.2008).

17. Encontra-se patente, portanto, o direito líquido e certo da recorrente de ser mantida no serviço público; por tais fundamentos, dou provimento ao Recurso Ordinário, para determinar a reintegração da Servidora no cargo de Professora de Educação Especial da Secretaria de Educação do Estado do Pará, com o ressarcimento de todos os seus direitos, inclusive vencimentos e cômputo do tempo de serviço, desde a data da sua exoneração; bem como assegurar o direito dela de permanecer no referido cargo.

18. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 962.078-RS (2007/0139871-1)

Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ)

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Leonardo Beulk

Advogado: Léa Brito Kasper - Defensora Pública e outros

EMENTA

Execução penal. Recurso especial. Regime semiaberto. Apenado trabalha em comarca diversa daquela em que deve cumprir a pena. Possibilidade da prisão domiciliar. Peculiaridade do caso concreto. Fins sociais da pena. Ressocialização e condições pessoais do detento. Violação ao art. 117 da LEP não configurada. Princípio da razoabilidade. Divergência jurisprudencial indemonstrada.

1. O condenado tem o dever e o direito de trabalhar garantidos pela Constituição Federal e pela legislação específica.

2. Assim, *em virtude da particularidade do caso ora em análise, qual seja - tendo o Réu encontrado emprego em comarca diversa e distante daquela onde deveria cumprir sua pena*, há de ser mantido seu direito a prisão domiciliar, não se aplicando o disposto no art. 117 da LEP.

3. É consabido que o apenado também é um sujeito de direitos e que o objetivo principal da pena, na moderna concepção de Estado democrático de direito, é a sua ressocialização e não o seu banimento nefasto do convívio em sociedade.

4. Não havendo o recorrente demonstrado, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e o direito aplicado nos acórdãos mencionados e paradigmas, resta desatendido o comando do art. 255 do RISTJ.

5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ),
Relator

DJe 21.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ): Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento ao agravo em execução interposto pelo ora Recorrente contra decisão de 1ª instância pela qual fora deferido ao Recorrido a prisão albergue domiciliar, autorizando-o a recolher-se à prisão apenas nos fins de semana, nos termos da seguinte ementa (e- STJ fl. 182):

Execução penal. Regime semi-aberto. Trabalho exercido pelo apenado em cidade distante da comarca do juízo da execução. Determinação de recolhimento à casa prisional apenas nos finais de semana mantida. Imposição de prisão domiciliar durante os dias da semana. Necessidade de aplicação do direito de acordo com as circunstâncias de modo a viabilizar a finalidade precípua da execução penal, de “harmônica integração social” (art. 1º da LEP).

Agravo parcialmente provido.

Sustenta o recorrente ofensa ao art. 117 da LEP, ante a concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses legais expressamente estabelecidas, aduzindo, em síntese, que “no caso sob apreço, o apenado não está cumprindo pena em regime mais gravoso, afastada qualquer hipótese de ausência de vaga em estabelecimento condizente com aquele regime fixado na decisão judicial, porquanto vem cumprido regularmente a pena no regime semi-aberto em estabelecimento adequado. In casu, *o apenado conseguiu emprego em cidade distante da Comarca do Juízo da execução, não podendo esse fato prevalecer como óbice ao regular cumprimento da pena privativa de liberdade. Ao contrário teríamos que admitir que qualquer preso consiga uma oportunidade de emprego em comarca distante da onde cumpre pena, obrigará o Estado a transferi-lo imediatamente, sob pena de obrigar-se a autorizar o recolhimento para regime mais brando, em flagrante afronta à lei de execução penal.*” (e-STJ fls. 197-198) (grifei)

Colaciona arestos oriundos do Excelso STF para configurar a divergência jurisprudencial.

Requer, assim, a cassação do acórdão impugnado para que seja mantido o regular cumprimento da pena do apenado no regime prisional semiaberto.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 203-212) e admitido o recurso na origem (fls. 214-216), foram os autos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República *Francisco Dias Teixeira*, opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 225-230).

Importante frisar que estes autos foram a mim atribuídos em 17.12.2010, último dia útil de funcionamento desta Colenda Corte, antes do recesso de final de ano, determinado pela Portaria n. 651, datada de 11.11.2010.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ) (Relator): Conforme relatado, sustenta o recorrente ofensa ao art. 117 da LEP, ante a concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses legais expressamente estabelecidas.

Da análise dos autos, verifica-se que o recorrido cumpre pena de reclusão de 7 anos e 3 meses, em regime semiaberto, pela prática de roubo e furto qualificado (fls.49).

O apenado deveria cumprir pena na Comarca de Espumoso, tendo conseguido emprego, no entanto, na cidade de Colorado, o que o fez postular a prisão domiciliar que, concedida pelo juízo monocrático, foi mantida em sede de agravo em execução, em decisão assim ementada, *verbis*:

Execução penal. Regime semi-aberto. Trabalho exercido pelo apenado em cidade distante da comarca do juízo de execução. Determinação de recolhimento à casa prisional apenas nos finais de semana mantida. Imposição de prisão domiciliar durante os dias da semana. Necessidade de aplicação do direito de acordo com as circunstâncias de modo a viabilizar a finalidade precípua da execução penal, de "harmônica integração social" (Art. 1º da LEP). Agravo parcialmente provido. (e-STJ fls. 182)

É certo que o trabalho é um direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro, garantido pelo art. 6º da Magna Carta: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Grifei).

Por outro lado, a Lei de Execuções Penais determina que o labor é, não só um dever, como um direito do apenado:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

II - atribuição de trabalho e sua remuneração.

O que nos leva à conclusão de que o condenado em razão da legislação aplicável, tem garantido o seu direito de trabalhar, além de possuir a obrigação de fazê-lo, como meio de promover a cidadania e a sua ressocialização, objetivo principal da pena na moderna concepção de Estado democrático de direito, ou seja, ele também é um sujeito de direitos e a função social da pena é a sua ressocialização e não o seu banimento nefasto do convívio em sociedade.

O acórdão impugnado manteve a decisão primeva, aduzindo que:

...omissis...

Em qualquer regime o trabalho constitui direito-dever do preso e deve ser compatibilizado com o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Negar ao apenado o direito de apresentação semanal fazendo com que perca o trabalho, meio de sustento, em grave situação de desemprego geral, implicaria exacerbação da pena e desvio do objetivo primordial da execução, de propiciar harmônica integração social do condenado (art. 1º, da LEP).

Para que a liberação não fique incondicionada, é possível e necessário aplicar por analogia, excepcionalmente, as regras dos arts. 115 a 117 da LEP, impondo-se ao apenado a prisão domiciliar semanal, além do recolhimento à casa prisional nos finais de semana. (e- STJ fls. 184)

Aliás, esse é o mesmo entendimento adotado no parecer do Ministério Público Federal, que pode ser assim sintetizado:

Execução da pena. Trabalho externo. Regime semiaberto e prisão albergue domiciliar (art. 117 da Lei n. 7.210/1984)

1) O art. 117 da LEP, que dispõe sobre a prisão albergue domiciliar, não a prevê para a hipótese de sentenciado em cumprimento de pena em regime semiaberto e exercendo trabalho externo com vínculo empregatício.

2) O artigo 1º da LEP, a par de estabelecer que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”, também preconiza que é sua finalidade “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

3) Demonstrada, no caso concreto, a impossibilidade ou extrema dificuldade de se conciliar o trabalho com o regime semiaberto de cumprimento da pena, não ofende o art. 117 da LEP a concessão da denominada prisão albergue domiciliar ao sentenciado, já que, apesar de aparente colidência com esse dispositivo legal, a solução acaba por se compatibilizar com outras normas da mesma lei.

Parecer no sentido de ser negado provimento ao recurso.

...omissis...

6. A decisão do Juízo da Execução está assim fundamentada:

[...]

Compareceu a este Juízo o apenado Leonardo Beulk, dizendo, em síntese, não possuir condições financeiras de deslocar-se diariamente ao município de Espumoso, haja vista encontrar-se laborando na cidade Colorado.

Evidente é a escassez de vagas no mercado de trabalho em nosso país. De notar, que o apenado está devidamente empregado em atividade lícita, a qual exerce na cidade de Colorado-RS. Não considerar o pedido do reeducando significaria deixar-lhe à míngua, uma vez que o gasto com o deslocamento diário importa em quase todo o montante de sua renda.

[...].

Isto posto, tenho por conceder ao reeducando a apresentação semanal, devendo para tanto, apresentar-se na Casa Prisional às 12 horas do sábado, e lá permanecendo até às 07:30 min da manhã de segunda-feira, bem como feriados. (e- STJ fls. 225-228)

Assim, a decisão ora recorrida, ao conceder a prisão domiciliar, não importou em ofensa à lei federal e nem dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior, que tem adotado o entendimento no sentido de ser possível a permissão do cumprimento da pena em regime domiciliar, *em casos excepcionais*,

que diferem do elencado no art. 117 da LEP, *hipótese dos autos*.

Importante ressaltar que, em razão da peculiaridade do caso concreto, visando a ressocialização do condenado e levando em consideração suas condições pessoais, entendo que é possível enquadrá-lo como exceção das hipóteses discriminadas no dispositivo legal tido como violado.

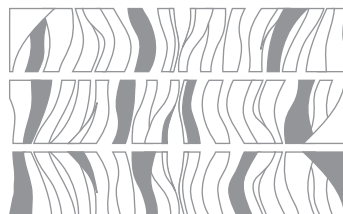
Dessa forma, não há se falar em violação ao art. 117 da Lei n. 7.210/1984.

Por outro lado, o recorrente, malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, não realizou o necessário cotejo analítico, que não se satisfaz pela mera transcrição de ementas ou trechos de votos, não restando demonstradas, assim, as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e os arestos paradigmas.

Ademais, é pacífico o entendimento segundo o qual “para apreciação do recurso especial com base em aventado dissídio pretoriano impõe-se que teses jurídicas antagônicas tenham incidência em situações concretas de absoluta similitude fática, evidenciada mediante o cotejo analítico estabelecido entre o aresto recorrido e o paradigma indicado” (EDcl no REsp n. 731.510-MA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 09.03.2009).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 95.450-SP (2007/0282206-1)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Cícero José da Silva e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Laelson Almeida Santos (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Inépcia da denúncia. Crimes de autoria coletiva. Descrição de elementos suficientes ao exercício da defesa. Prisão preventiva. Alegada falta de fundamentação adequada. Superveniência de sentença condenatória. Novo título a impor a segregação. Pedido prejudicado em parte e denegado.

1. Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal, descreve os elementos indispensáveis quanto à prática, em tese, dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, bem como a existência de indícios suficientes de autoria em relação ao paciente, além de apontar subsídios aptos a configurar a materialidade dos aludidos crimes, notadamente pela apreensão de elevada quantidade de entorpecente - cerca de 500 kg de cocaína - além dos equipamentos e insumos utilizados na produção e distribuição da droga, viabilizando o pleno exercício do direito de defesa.

2. Em se tratando de crime de autoria coletiva, é desnecessária a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos, bastando o vínculo entre os réus e o crime a eles imputados, sendo certo que caberá à instrução processual o detalhamento acerca da participação de cada um dos agentes na empreitada delituosa. Precedentes desta Corte e do STF.

3. Proferida sentença condenatória, a alegação de inépcia perder força, principalmente se considerado que para a desconstituição do que ficou estabelecido em primeiro grau, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

4. Diante da prolação de sentença, que constitui novo título judicial a respaldar a segregação do paciente, esvaziou-se o objeto do pedido aqui formulado, onde se atacava os fundamentos do decreto de prisão preventiva.

5. *Habeas corpus* prejudicado em parte e, no restante, denegado.

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, julgar prejudicado em parte o *habeas corpus*, e no mais, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 28.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* deduzido em favor de Laelson Almeida Santos, preso preventivamente e denunciado como incurso nos artigos 33, *caput*; 33, parágrafo 1º, inciso I; 34 e 35, todos da Lei n. 11.343/2006, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Alega o impetrante inépcia da peça acusatória, que não conteria os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, bem como não estarem presentes os requisitos autorizadores para a imposição da custódia cautelar.

A liminar foi indeferida à fl. 151 pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator.

Notificado, o Juiz de primeiro grau prestou informações às fls. 155-157.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 382-386), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Eis o teor da inicial acusatória:

Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que em período anterior e no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e n. 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeçerica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo e na Rua Jaurú, n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, bem como em outros diversos lugares, nesta Cidade e Comarca de Itapeçerica da Serra, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduardo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieira de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino da Silva*, *Josenildo Paulino da Silva*, *Manoel Soares da Silva* e *Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos*, *Denis Massetti da Silva* e *Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, de forma estável, contínua e organizada, associaram-se para o fim de praticar reiteradamente, o tráfico de drogas, ou seja, condutas previstas nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006.

Consta também dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeçerica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo, e na Rua Jaurú n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduardo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieira de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino da Silva*, *Josenildo Paulino da Silva*, *Manoel Soares da Silva* e *Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos*, *Denis Massetti da Silva* e *Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, adquiriram, prepararam, tinham em depósito, transportaram e guardavam, para o fim de entregar ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente mas principalmente através de vendas, drogas, consistentes em:

a) 30 porções de cocaína, com peso líquido de 28.800 gramas; b) 30 porções de cocaína, com peso líquido de 28.800 quilos; c) 30 porções de cocaína com peso líquido de 28.620 quilos; d) 30 porções de cocaína com peso líquido de 28.620,80 quilos; e) 23 porções de cocaína com peso líquido de 20,880 quilos, todas prensadas em forma de tijolos; f) 02 porções de cocaína fragmentada, com peso líquido de 837 gramas; g) 01 porção de cocaína acondicionada em uma barrica plástica e saco de nylon com peso líquido de 18,800 quilos; h) 01 porção de cocaína acondicionada em barrica de papelão e saco de nylon com peso líquido de 34,600 quilos; i) uma porção acondicionada em saco plástico azul, com inscrição "dog show", com peso líquido de 28,500 quilos; j) uma porção de cocaína acondicionada em barrica plástica com peso líquido de 20 quilos; k) uma porção de cocaína, acondicionada em saco plástico, com peso bruto de 25,800 quilos; l) uma porção de cocaína, acondicionada em tambor de papelão, com peso líquido de 27,000 quilos; m) uma porção de cocaína, acondicionada em saco plástico, com peso bruto de 20,00 quilos; n) uma porção de cocaína acondicionada em saco plástico com peso líquido de 20,00 quilos; q) uma porção de cocaína acondicionada em barrica de plástico com peso bruto de 31,00 quilos; r) uma porção de cocaína acondicionada em barrica de papelão com peso bruto de 24,500 quilos; t) uma porção de cocaína, acondicionada em barrica de papelão, com peso bruto de 27, quilos; w) uma porção de cocaína, acondicionada em saco plástico, com peso líquido de 26,000 quilos; x) uma porção de cocaína acondicionada em saco de nylon, com peso líquido de 25,300 quilos; z) uma porção de cocaína, acondicionada em tambor de papelão, com peso líquido de 26,700 quilos; aa) uma porção de cocaína, acondicionada em saco de nylon, com peso líquido de 19,900 quilos (conforme auto de apreensão e exibição de folhas 25-28); duas porções de cocaína, prensadas em forma de tijolo e embaladas em fita adesiva, com peso líquido de 1903,5 gramas (conforme auto de apreensão e exibição de folhas 32-33); ae) uma porção de cocaína, prensada em forma de tijolo, embalada em fita adesiva, com peso bruto de 931 gramas (conforme auto de apreensão e exibição de folhas 62); ad) duas porções de cocaína, prensadas em forma de tijolo e embaladas em fita adesiva, com peso líquido de 1.903,5 quilos (conforme auto de exibição e apreensão de folhas 66); tudo substâncias entorpecentes e que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal regulamentar, submetidas a constatação conforme folhas 70-71 e 74 periciadas conforme laudo pericial de folhas 154-158.

Consta também dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeverica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo, e na Rua Jaurú, n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduardo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieijj\ de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino*

da Silva, *Josenildo Paulino da Silva*, *Manoel Soares da Silva* e *Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos*, *Denis Massetti da Silva* e *Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, tinham depósito e guardavam produto químico destinado a preparação de drogas, conforme laudo pericial de folhas 210-215, consistente em acetona e insumo para a preparação do entorpecente em pó branco para mistura e aumento do volume do entorpecente (conforme laudo de folhas 155-159 - itens "o", "p", "s", "u", "v", "y", "ab", e "ac").

Consta também dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 13 de março de 2007, por volta das 15 horas, nas residências situadas na Rua Montreal, n. 86 e 88, nesta Cidade e Comarca de Itapeverica da Serra, na rua Anhanduí Mirim, n. 503, Bairro Jardim das Flores, São Paulo, e na Rua Jaurú, n. 172, Bairro Parque Alves de Lima, em São Paulo, *Rogério Edson da Silva*, qualificado e indiciado a folhas 81-84, *José Eduahdo Peccora de Oliveira*, qualificado e indiciado a folhas 86-89, *Emerson Alves Amorim*, qualificado e indiciado a folhas 95-98 e *Paulo Reinom Vieira de Aguiar*, qualificado e indiciado a folhas 75-78, *Antônio Paulino da Silva*, *Josenildo Paulino da Silva*, *Manoel Soares da Silva* e *Fábio Soares da Silva*, identificados a folhas 153, *Laelson Almeida Santos*, *Denis Massetti da Silva* e *Gilberto Vieira Alves*, identificados a folhas 179 dos autos, além de outros indivíduos ainda não qualificados nos autos, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, possuíam e guardavam maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, marca "Ton Farex", e objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros, apreendidos conforme folhas 25-28 sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado na fase administrativa do presente procedimento, os denunciados se associaram de forma organizada e estável, nutrindo unidade de propósitos e divisão de tarefas, para a prática do tráfico de drogas. Para tanto, adquiriam drogas, notadamente a cocaína, preparavam a cocaína aumentando seu volume, transportavam a droga para diversos locais, guardavam e tinham em depósito em vários locais o entorpecente, sempre destinado a entrega ao consumo de terceiro através de vendas.

Na quadrilha organizada para a realização do tráfico, cada um dos integrantes mantinha sua função, sendo que mantinham veículos, telefones celulares e rádios-comunicadores, endereços diversos, além de sistema que garantia o uso do dinheiro obtido do tráfico em compra de bens de consumo, principalmente veículos. Os denunciados agiam dividindo tarefas, de forma que participavam do tráfico de drogas, mesmo sem exercer a posse direta da droga, concorriam para as vendas, as aquisições, os transportes e com a divisão do dinheiro produto das vendas de entorpecentes.

Os denunciados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, tinham em depósito e guardavam produto químico destinado à preparação de drogas, conforme laudo pericial de folhas 210-215, consistente em acetona e insumo para a preparação das drogas, consistente em pó branco destinado a aumentar o volume do entorpecente e o lucro obtido pelo grupo.

Na data dos fatos, os denunciados, previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas tinham em depósitos, localizados nos endereços acima apontados, toda a substância entorpecente suso descrita, para o fim de fornecer ao consumo de terceiros, através de vendas principalmente, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Os denunciados ainda possuíam e guardavam maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, marca "Ton Farex", além de objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros, sendo certo que os integrantes da quadrilha ora obravam na "toca", ora negociavam e vendiam o entorpecente.

Durante investigações realizadas, inclusive através de escutas telefônicas judicialmente autorizadas, Policiais Cíveis do DENARC identificaram os integrantes da quadrilha, monitoraram as atividades dos mesmos e, por fim, lograram prender em flagrante delito Rogério Edson da Silva, José Eduardo Peccora de Oliveira, Emerson Alves Amorim e Paulo Reinon Vieira de Aguiar. Os demais foram identificados, sendo postulada a prisão dos mesmos sendo que como já dito, todos participavam ativamente das atividades direcionadas ao tráfico de drogas.

Segundo as informações obtidas, Paulo Reinon, um dos chefes da organização criminosa, negociava a compra e venda de entorpecentes, recebia e transportava o dinheiro obtido com as vendas de entorpecentes. Emerson, chamado de "Preto" ou "Meu Sobrinho", era responsável pela preparação de veículos para transporte de entorpecentes, ou seja, montar "fundos falsos" em veículos, para o transporte da droga. Rogério, chamado por "Lelo", também realizava o acondicionamento do entorpecente em veículos e o transporte. Os demais também participavam destas e de outras atividades destinadas ao tráfico de entorpecentes.

Na Rua Montreal, n. 86 e 88 foram apreendidos entorpecentes que estavam sob responsabilidade dos quatro primeiros denunciados. Em poder de Paulo Reinon foram apreendidos documentos de automóveis, dólares e cheques de valores elevados, que serviram para dar aparência de lícito ao dinheiro obtido pelo grupo através das vendas de entorpecentes. Na residência de José Eduardo Peccora foi apreendida uma porção de droga em forma de tijolo (folhas 62) e na residência de Rogério Edson, duas porções de droga em forma de tijolo (folhas 66). Os denunciados agiam, sempre, preordenados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, possuíam, ainda que indiretamente e ocultavam as drogas acima apontadas, conforme comprovará o conteúdo das escutas telefônicas.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência, Rogério Edson da Silva, José Eduardo Peccora de Oliveira, Emerson Alves Amorim, Paulo Reinom Vieira de Aguiar, Antônio Paulino da Silva, Josenildo Paulino da Silva, Manoel Soares da Silva e Fábio Soares da Silva, Laelson Almeida Santos, Denis Masseti da Silva e Gilberto Vieira Alves, todos qualificados nos autos, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006; artigo 33, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei n. 11.343/2006; artigo 34 da Lei n. 11.343/2006; artigo 35 da Lei n. 11.343/2006; todos combinados com o artigo 29 do Código Penal Brasileiro e requeiro que recebida e autuada esta, sejam os mesmos citados e interrogados, prosseguindo-se nos demais atos processuais previstos nos artigos 48 e seguintes do citado diploma legal, até final sentença condenatória, ouvindo-se no decorrer da instrução processual as testemunhas do rol abaixo, inclusive as extranumerárias em razão da busca da verdade real. (fls. 25-31)

O Tribunal de origem, ao denegar o *writ* atacado, assim se manifestou sobre alegação de inépcia da denúncia:

A inicial acusatória apresentada é válida, e de sua leitura não se vislumbra qualquer nulidade, na medida em que ela expõe, claramente, fato revestido de ilicitude penal, possibilitando aos denunciados o exercício de ampla defesa.

Para oferecimento da denúncia, exige-se apenas prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Tais indícios, *in casu*, fazem-se presentes.

Ademais, a exordial narra fatos bem especificados e revestidos de tipicidade, imputados ao paciente e demais co-réus, o que lhes possibilita o exercício da ampla defesa.

E ainda que se alegue suposta generalidade apresentada na descrição dos fatos, é ela admitida na hipótese de concurso de agentes, pela impossibilidade de o *Parquet* individualizar a conduta de cada autor, desde que não constitua óbice à ampla defesa. No presente caso, verifica-se que a denúncia oferecida e recebida contra o paciente apresenta-se regular, pois contém a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias, tudo de molde a possibilitar o exercício do direito à ampla defesa.

Nesse sentido, diz a Jurisprudência:

(...)

Convém transcrever trecho do r. parecer exarado no caso pela d. Procuradoria de Justiça:

Considerado o elevado número de denunciados e a maneira intrincada com que agem os autores desse tipo de infração, a individualização precisa da conduta de cada um de cada um é tarefa árdua, praticamente impossível nessa fase processual. A efetiva participação individualizada, assim como a

responsabilização que se lhes deva dar, é matéria que compete à instrução demonstrar, ou não, motivo pelo qual a ação penal não pode ser obstada de plano (fls. 145-147).

Como visto, restaram descritos na denúncia os elementos indispensáveis quanto à prática, em tese, dos delitos de tráficos de drogas e associação para o tráfico, bem como a existência de indícios suficientes de autoria em relação ao paciente, além de apontar subsídios aptos a configurar a materialidade dos aludidos crimes, notadamente pela apreensão de elevada quantidade de entorpecente - cerca de meia tonelada de cocaína - além dos equipamentos e insumos utilizados na produção e distribuição da droga, viabilizando o pleno exercício do direito de defesa, atendidos, assim, os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, apontou a exordial acusatória que o paciente e os demais corréus “previamente ajustados, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, de forma estável, contínua e organizada, associaram-se para o fim de praticar reiteradamente, o tráfico de drogas, ou seja, condutas previstas nos artigos 33 e 34 da Lei n. 11.343/2006” (fl. 25) , bem como “adquiriram, prepararam, tinham em depósito, transportaram e guardavam, para o fim de entregar ao consumo de terceiros, ainda que gratuitamente mas principalmente através de vendas” aproximadamente 500 kg de cocaína (fl. 26), e “tinham depósito e guardavam produto químico destinado a preparação de drogas, conforme laudo pericial de folhas 210-215, consistente em acetona e insumo para a preparação do entorpecente em pó branco para mistura e aumento do volume do entorpecente” (fls. 27-28). Afirmou, ainda, que os denunciados “possuíam e guardavam maquinário, consistente em uma prensa hidráulica com capacidade de 40 toneladas, marca ‘Ton Farex’, além de objetos destinados à fabricação, preparação e transformação de drogas, tais como balança, liquidificadores, bacias e outros, sendo certo que os integrantes da quadrilha ora obravam na ‘toca’, ora negociavam e vendiam o entorpecente” (fl. 28) delimitando perfeitamente os atos ilícitos imputados ao paciente de forma a assegurar o integral exercício do direito de defesa.

De outro lado, cumpre registrar que, em se tratando de crime de autoria coletiva, é desnecessária a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos, sendo suficiente a demonstração do vínculo entre os réus e os crimes a eles imputados, sendo certo que caberá à instrução processual o detalhamento acerca da participação de cada um dos agentes na empreitada delituosa.

Ademais, consoante a Certidão de Objeto e Pé recebida, via fax, da 2ª Vara Judicial de Itapeverica de Serra-SP, já foi proferida sentença condenatória na ação penal de que aqui se cuida, circunstância que faz a alegação de inépcia perder força, principalmente se considerado que para se desconstituir o que ficou estabelecido em primeiro grau, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido é a nossa jurisprudência:

A - Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (artigos 33 e 35, combinados com o artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006). Alegação de falta de individualização da conduta do recorrente. Peça inaugural que atende aos requisitos legais exigidos e descreve crime em tese. Ampla defesa garantida. Inépcia não evidenciada.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria, de acordo com os indícios colhidos na fase inquisitorial, é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. Nos crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos pacientes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Precedentes.

3. No caso dos autos, a peça inaugural narra adequadamente a participação do paciente na associação destinada ao tráfico de drogas, explicitando que, além de guardar e armazenar substância entorpecente para o consumo de terceiros pessoas, era o responsável pela contabilidade e pelo depósito das quantias obtidas com a prática delituosa.

(...)

5. Ordem denegada.

(HC n. 111.722-SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 16.11.2010)

B - Agravo regimental no recurso especial. Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. Inépcia da denúncia. Improcedência. Peça acusatória que descreve suficientemente as condutas, assegurando o exercício da ampla defesa.

1. No caso, verifica-se que a peça acusatória não apresenta qualquer vício de forma, uma vez que descreve os fatos delituosos, conforme preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal, com suficiente clareza e precisão, estabelecendo os vínculos necessários entre o acusado e as condutas criminosas que lhes foram imputadas, inexistindo qualquer prejuízo à defesa.

2. Cumpre ressaltar que a jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de não ser necessária, na hipótese de crimes de autoria conjunta ou coletiva, que conste na denúncia, de maneira pormenorizada, a participação de cada um dos acusados, bastando para tanto a menção à unidade de propósito ou de desígnios nas ações desenvolvidas.

3. Ademais, no caso vertente, a exordial acusatória atribui a todos os envolvidos participação nos atos executórios. Com efeito, a descrição do modus operandi do delito como um todo satisfaz aos requisitos legais, pois permite ao acusado o conhecimento dos fatos dos quais deve se defender.

4. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 813.440-PR, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 29.11.2010.)

E a do Supremo Tribunal Federal:

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Denúncia: corrupção passiva e tráfico de influência. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para a ação penal.

I. - Desde que permitam o exercício do direito de defesa, as eventuais omissões da denúncia, quanto aos requisitos do art. 41 do CPP, não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (CPP, art. 569). Precedentes.

II. - Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência da Corte não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado.

III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.

IV. - HC indeferido. (HC n. 85.636-PI, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJU de 24.02.2006.)

No tocante ao pedido de liberdade provisória, constata-se que a impetração volta-se contra decisão proferida pelo Juiz de primeiro grau que decretou a prisão preventiva do paciente, em ação penal onde ele é apontado como integrante de estruturada quadrilha envolvida com o tráfico de grande quantidade de droga, tendo sido apreendida cerca de 500 quilos de cocaína.

De notar, contudo, conforme demonstra a Certidão de Objeto e Pé recebida da 2ª Vara Judicial de Itapeceira de Serra-SP, que houve a superveniência de sentença na ação penal, tendo o paciente sido condenado a 22 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais multa.

Dessa forma, ante a prolação de sentença condenatória, que constitui novo título judicial a respaldar a segregação do paciente, esvaziou-se o objeto do pedido aqui formulado, devendo o novo provimento ser submetido inicialmente à análise do Tribunal Estadual, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido, são os recentes precedentes desta Corte:

A - Processual Penal. Prisão preventiva. Superveniência. Sentença condenatória. Habeas corpus. Prejudicialidade da matéria.

1. A prolação de sentença condenatória prejudica a alegação de falha na segregação cautelar, apta à concessão da pretendida liberdade provisória. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Decorrendo a custódia cautelar, agora, de novo título, fica superada a tese da falta de elementos concretos à custódia preventiva.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 172.783-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18.10.2010)

B - Processual Penal. Agravo regimental no habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Superveniência de sentença. Prejudicialidade do pedido. Agravo improvido.

1. A superveniência da sentença penal condenatória torna prejudicado o pedido de liberdade provisória, por configurar novo título da custódia cautelar, nos termos do parágrafo único do art. 387 do CPP.

2. A ausência de cópia da sentença condenatória impede o Superior Tribunal de Justiça de examinar os novos fundamentos da prisão cautelar.

3. Ao condenado pelos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 não assiste o direito de apelar em liberdade se permaneceu preso cautelarmente durante toda a instrução criminal, conforme dispõe o art. 59 da referida lei.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 160.091-MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 02.08.2010.)

C - Habeas corpus. Porte ilegal de arma. Prisão em flagrante. Indeferimento de liberdade provisória. Alusão à reiteração na prática delitiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Prolação de sentença. Negativa de apelar em liberdade. Novo título a respaldar a segregação cautelar.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória –, são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

2. No caso presente, entendo que a necessidade do encarceramento provisório é extraída da necessidade de garantia da ordem pública.

3. Tem-se que o paciente foi condenado, recentemente, em duas ações penais: a primeira, por roubo, e a segunda, por furto qualificado. Esses apontamentos denotam a concreta propensão à reiteração na prática delitiva.

4. Além disso, já há sentença, na qual se negou o direito de apelar em liberdade. Essa decisão, por certo, constitui novo título a respaldar a prisão, o que esvazia o objeto da impetração.

5. Ordem denegada.

(HC n. 176.524-DF, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 17.12.2010)

Igual posicionamento se verifica no Supremo Tribunal Federal:

A - *Habeas corpus*. Manutenção de prisão em flagrante. Superveniência de sentença condenatória. Novo título prisional. Pedido julgado prejudicado.

A superveniência de sentença condenatória que constitui novo título prisional prejudica o habeas corpus que ataca unicamente o indeferimento de pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, que havia sido preso em flagrante.

Habeas corpus julgado prejudicado.

(HC n. 96.555, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 17.12.2009)

B - Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Superveniência de sentença condenatória. Novo título da custódia cautelar não apreciado pelas instâncias inferiores. *Writ* não conhecido.

1. O presente *habeas corpus* visa à revogação da prisão preventiva do paciente mantida pelo Juízo de primeira instância, ao indeferir pedido de liberdade provisória, sob o fundamento da inexistência dos seus requisitos autorizadores.

2. Ocorre que, após a impetração, sobreveio sentença condenatória, o que constitui novo título legitimador da custódia cautelar do acusado.

3. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que “a superveniência da sentença condenatória prejudica o *habeas corpus* quando esse tenha por objeto o decreto de prisão preventiva, dado que passa a sentença a constituir novo título para a prisão.” (HC n. 83.919-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.06.2004; HC n. 86.016-MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 12.05.2006).

4. Por outro lado, o prosseguimento do feito após a superveniência da sentença condenatória implicaria inadmissível supressão de instância, uma vez que o novo título prisional não foi submetido à análise das instâncias inferiores. 5. *Writ* não conhecido.

(HC n. 97.839, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 10.12.2009)

Diante do exposto, julgo o pedido prejudicado em parte e, no restante, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 146.208-PB (2009/0170960-4)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Luciana de Brito Pereira Nunes

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Paciente: Lucero Cipriano de Brito

Paciente: Luiza Sandra Cipriano Fontes

EMENTA

Habeas corpus. Sentença absolutória proferida por juiz absolutamente incompetente. Ocorrência de trânsito em julgado. *Ne reformatio in pejus*. Ordem concedida.

1. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a declaração de incompetência absoluta do Juízo se enquadra nas hipóteses de nulidade absoluta do processo. Todavia, a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente, embora nula, após transitar em julgado, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado, uma vez que, apesar de eivada de nulidade, tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

2. O princípio *ne reformatio in pejus*, apesar de não possuir caráter constitucional, faz parte do ordenamento jurídico complementando

o rol dos direitos e garantias individuais já previstos na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática permite a conclusão de que a Magna Carta impõe a preponderância do direito a liberdade sobre o Juiz natural. Assim, somente se admite que este último - princípio do juiz natural - seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo.

3. Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta, eventual reapreciação da matéria, não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, a sua liberdade. Não se trata de vinculação de uma esfera a outra, mas apenas de limitação principiológica.

4. Ordem concedida para tornar sem efeito a decisão proferida nos autos da ação penal que tramita perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

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.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Relator

DJe 16.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Lucero Cipriano de Brito e Luíza Sandra Cipriano Fontes, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Regional Federal da 5ª Região.

Colhe-se dos autos que os pacientes foram denunciados pelo Ministério Público da Paraíba como incurso no art. 96, I e V da Lei n. 8.666/1993 e absolvidos das imputações que lhe foram feitas, pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital. A sentença absolutória transitou em julgado em 12.06.2002 (fl. 23).

Posteriormente, pelos mesmos fatos, foram denunciados perante o Juiz Federal da 1ª Vara, restando condenados a 3 anos de reclusão, e 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos consistente na prestação de serviço à comunidade por 1 ano e 6 meses, condenação mantida em sede de apelação criminal.

Busca a impetração a declaração de nulidade da ação penal em trâmite na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, sustentando, em síntese, que há identidade das demandas e que a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente produz coisa julgada material.

A liminar foi indeferida à fl. 80.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 83-87), opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Discute-se nos autos se a sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente, pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.

Narra a inicial acusatória, apresentada perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital:

Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no ano de 2000, nesta cidade e comarca da Capital, os indiciados, já qualificados, fraudaram, em prejuízo da Fazenda Pública Estadual, o processo licitatório n. 958/2000, instaurado para aquisição de material para o projeto Pintando a Liberdade, entre os materiais, estavam trinta e quatro (34) bicos para compressor de bola, cujo o preço foi elevado arbitrariamente, tornando injustamente mais onerosa a proposta, conforme se infere das fls. 44-46.

Narram os inclusos autos de inquérito policial, que os indiciados, já qualificados, são proprietários da *Alfa Print Comercial Ltda.*, conforme se infere do contrato de constituição da sociedade por quota de responsabilidade limitada de fls. 47-48, tendo por meio desta participado do processo licitatório n. 958/2000, que foi instaurado para aquisição dos produtos precitados, que foram utilizados no projeto Pintando a liberdade, entretanto, um técnico subordinado à Secretaria Nacional de Esporte, ao analisar o produto constatou que o mesmo não estava compatível para o uso na produção de bolas de futebol, bem como verificou que o seu valor estava superfaturado.

A Coordenadoria do Programa Pintando a Liberdade face às declarações supramencionadas procedeu pesquisa de preços junto ao comércio local e constatou que os referidos produtos apresentavam uma altíssima elevação do preço real, pois se aferiu que o valor unitário do produto era de R\$ 8,50 (oito reais e cinquenta centavos), ou seja, os trinta e quatro bicos deveriam estar orçados em R\$ 289,00 (duzentos e oitenta e nove reais) e não em R\$ 6.290,00 (seis mil, duzentos e noventa reais), segundo se constata às fls. 44-46.

Destarte a Secretaria de Cidadania e Justiça por meio do seu Secretário exarou a Portaria n. 072/GS de 16 de março de 2001 a qual constituiu Comissão Especial de Sindicância Administrativa para apurar as irregularidades, e após o devido processo administrativo concluiu que a precitada firma elevou arbitrariamente o preço do precitado produto, destarte o Secretário ofereceu *noticia criminis* postulatória que deu azo a persecução penal.

Assim, estão os denunciados incursos no art. 96, I e V da Lei n. 8.666/1993, pelo que oferece esta promotoria a presente Denúncia, requerendo que depois de recebida e atuada esta, seja instaurado o devido processo penal, observado o disposto nos art. 539 e seguintes do Código de Processo penal, citando o denunciado e intimando-o para interrogatório, ouvindo-se as testemunhas arroladas na sequência e prosseguindo-se até a final sentença condenatória. (fls. 15-17)

Por sua vez, após a prolação de sentença absolutória em favor dos pacientes, o Ministério Público Federal apresentou nova denúncia, dessa vez perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, a qual se extrai:

Consta do inquérito policial em anexo, o Sr. Lúcerio e a Sra. Luiza, na qualidade de sócios da empresa *Alfa Print Comercial Ltda.*, participaram de um processo licitatório promovido pela Secretaria da Cidadania e Justiça deste estado para aquisição de vários produtos, dentre eles, 34 (trinta e quatro) bicos para compressor de bola.

Durante o referido processo licitatório, os denunciados informaram que a mercadoria custava R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) a unidade, perfazendo, destarte, R\$ 6.290,00 (seis mil, duzentos e noventa reais). Tendo em

vista que as demais empresas não apresentam propostas, a *Alfa Print Comercial Ltda* foi a vitoriosa.

A Secretaria da Cidadania e Justiça, com recursos provindos do Governo Federal, através do Ministério dos Esportes, pagou a quantia cobrada pelos denunciados que, em contrapartida, forneceram o material.

Acontece que alguns meses depois de realizada a referida licitação, constatou-se que o produto custava aproximadamente R\$ 8,00 (oito reais).

Verifica-se que a conduta dos denunciados emoldura-se no tipo previsto pelo art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

(...)

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Ao serem interrogados pela autoridade policial (f. 137-139 e 145-147), os indiciados confessaram a prática do delito, mas afirmaram que não tinham a intenção de lesar o erário, informando ainda que já houve o ressarcimento dos valores recebidos (conforme doc. de folha 157).

Ante o exposto, provada restou, por conseguinte, a materialidade do fato criminoso e a sua autoria, devendo a presente denúncia ser recebida para o fim de serem os denunciados processados pela prática do delito tipificado no art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 16 do Código Penal Brasileiro. (fls. 26-27)

O Tribunal de Regional Federal da 5ª Região negou provimento ao apelo da defesa, assim se manifestando sobre o assunto:

Antes de adentrar ao mérito, verifico o suscitamento de matérias preambulares que urgem pronunciamento anterior.

A primeira delas diz respeito à competência desta Justiça Federal para o julgamento da presente demanda.

Nesse diapasão, ao contrário do que defenderam os apelantes, tenho por destacar que o crime, objeto de análise, foi sim cometido em prejuízo de interesse da União, na medida em que parte das verbas utilizadas para ultimar a licitação referida, cujos atos havidos por ilícitos deram ensejo à presente demanda, tem natureza federal, o que conduz à competência desta justiça especializada, conforme os preceitos traçados pelo art. 109, IV, da CF.

Assim, estando diante de convênio firmado com o governo federal através de autarquia, sujeita ao controle federal, não há como não se vislumbrar interesse latente da União na fiscalização e aplicação das verbas advindas.

Por tais motivos, entendo ser esta justiça especializada a competente para o julgamento dos presentes autos.

Vencida a primeira preliminar, passo à segunda, que diz respeito à alegação de coisa julgada.

Da mesma forma que arrematei pela impertinência da primeira matéria preambular, concluo pela segunda, já que os apelantes não cuidaram de comprovar que, realmente, a mesma questão, objeto do presente processo, já foi julgada pelo juízo estadual.

É que dos documentos acostados (fls. 168-170 e 237-253) não se depreende de forma clara e satisfatória a identidade de demandas, em partes, causa de pedir e pedido, requisito imprescindível para que se possa falar em coisa julgada.

Ademais, ainda que tal identidade restasse comprovada, tenho por destacar que o proferimento de referida sentença, por juízo estadual, mostra-se, à primeira vista, absolutamente impertinente, pelos mesmos motivos elencados neste ato quando do enfrentamento da competência desta justiça federal no caso concreto. Em outras palavras: seria inquestionável a ausência de validade da sentença estadual, evento que tornaria também inexistente a coisa julgada.

Por tais motivos, deixo de acolher também a segunda preliminar suscitada, passando à análise do mérito. (fls. 66-67)

Inicialmente, depreende-se dos autos que as duas ações penais instauradas, tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça Federal, visavam à persecução dos mesmos fatos, ou seja, irregularidades observadas no procedimento licitatório realizado pela Secretaria da Cidadania e Justiça do Estado da Paraíba, para aquisição de 34 bicos de compressor de bola.

De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a declaração de incompetência absoluta do Juízo se enquadra nas hipóteses de nulidade absoluta do processo.

Todavia, a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente, embora nula, após transitar em julgado, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado, uma vez que, apesar de eivada de nulidade, tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

A bem da verdade, o princípio *ne reformatio in pejus*, apesar de não possuir caráter constitucional, faz parte do ordenamento jurídico, complementando o rol dos direitos e garantias individuais já previstos na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática permite a conclusão de que a Magna Carta impõe a preponderância do direito à liberdade sobre o Juiz natural. Assim, somente se admite que este último - princípio do juiz natural - seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo.

Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta, eventual reapreciação da matéria, não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, à sua liberdade. Não se trata de vinculação de uma esfera a outra, mas apenas de limitação principiológica.

Nesse sentido, confirmam-se os nossos precedentes:

*A - Habeas corpus. Direito Penal Militar. Constrangimento e lesões leves (arts. 222, § 2º, e 209, caput, ambos do CPM). Paciente que, pelos mesmos fatos, já cumpriu obrigação imposta em transação penal (prestação de serviços à comunidade), perante Juizado Especial Criminal, com extinção da punibilidade. Denúncia recebida pelo Juízo Militar. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Comum. Princípio do *ne bis in idem*. Centralidade, em nosso ordenamento constitucional, dos direitos e garantias individuais. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar-RS.*

1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente - ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo Parquet -, embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da reformatio in pejus.

*2. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença. Na seara penal, a *res judicata* sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda.*

*3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional.*

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

(HC n. 90.472-RS, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 03.11.2009)

*B - Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crimes de denunciação caluniosa e corrupção de testemunhas (arts. 339 e 343, parágrafo único, do Código Penal). Acórdão proferido em sede originária pelo TJPB. Absolvição pelo primeiro crime e condenação pelo segundo. Acórdão anulado pelo STJ por incompetência absoluta. Repercussão da decisão anulada no juízo competente. *Reformatio in pejus* indireta. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência.*

(...)

3. Hipótese em que o Recorrente, em sede de ação penal originária, foi absolvido pelo crime de denunciação caluniosa e condenado pelo de corrupção de testemunhas a um ano e seis meses de reclusão, com posterior anulação do processo por esta Corte em razão da incompetência absoluta do Tribunal de Justiça, sendo novamente denunciado pelos mesmos crimes perante o Juízo de primeiro grau.

4. *O Juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo da defesa, ou por impetração de habeas corpus, como no caso, não há como o Juiz competente impor ao Réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente anulada, sob pena de reformatio in pejus indireta.*

5. A prevalecer a sanção imposta no acórdão condenatório originário, qual seja, de um ano e seis meses de reclusão, o prazo prescricional é de quatro anos, a teor do art. 109, inciso V, do Código Penal. Nesse cenário, vê-se que entre a data dos fatos (fevereiro de 1999) e o recebimento da nova denúncia perante o Juízo de primeiro grau (02 de agosto de 2004) transcorreu o lapso temporal prescricional.

6. Prejudicada a análise da alegada inépcia da denúncia.

7. Recurso parcialmente provido para decretar a prescrição da pretensão punitiva estatal nos autos em tela, restando extinta a punibilidade do Recorrente.

(RHC n. 20.337-PB, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 04.05.2009)

C - *Habeas corpus*. Processual Penal. Sentença absolutória proferida por Juiz da Infância e da Juventude. Ocorrência de trânsito em julgado. Representado maior de idade. Remessa à Justiça Comum. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. *A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.*

2. *Incide, na espécie, o princípio do ne bis in idem, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.*

3. Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal *pro societate*, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.

4. Ordem concedida.

(HC n. 36.091-RJ, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 24.02.2005)

D - Habeas corpus. Roubo contra empresa pública federal. Competência da Justiça Federal. Competência *ratione personae*. Nulidade absoluta. *Ne reformatio in pejus*. Prescrição. Ordem concedida.

1. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes cometidos em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de qualquer de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, na qual se inclui, por indúvidoso, a Caixa Econômica Federal.

2. A violação da competência *ratione personae* dá ensejo à nulidade absoluta do feito.

3. *Em não se podendo ultrapassar o limite imposto na sentença penal anulada, em face do princípio ne reformatio in pejus, é de se declarar a prescrição da pretensão punitiva quando satisfeito o lapso temporal extintivo.*

4. Ordem concedida para declarar a nulidade do processo, desde a denúncia, e a conseqüente a prescrição da pretensão punitiva.

(HC n. 23.352-SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 10.02.2003)

Essa orientação encontra amparo, ainda, na jurisprudência da Suprema Corte:

Ação penal. Duplicidade de processos sobre o mesmo fato. Feitos simultâneos perante a Justiça Militar e a Justiça Estadual. Extinção da punibilidade decretada nesta. Trânsito em julgado da sentença. Coisa julgada material. Incompetência absoluta do juízo comum. Irrelevância superveniente. Falta, ademais, de coexistência dos requisitos previstos no art. 9º do CPM. Extinção da ação penal em curso perante a Justiça Militar. HC deferido para esse fim. Precedentes. Se, no juízo comum, que seria absolutamente incompetente, foi, com coisa julgada material, decretada a extinção da punibilidade pelo mesmo fato objeto de ação penal perante a Justiça Militar, deve essoutra ação ser extinta, sobretudo quando não coexistam os requisitos capitulados no art. 9º do Código Penal Militar.

(HC n. 87.869-CE, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJU de 02.02.2007)

Diante do exposto, e em consonância com o douto parecer do Ministério Público Federal, concedo o *habeas corpus* para tornar sem efeito a decisão proferida nos autos da Ação Penal n. 2002.82.00.6582-7, que tramita perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 147.541-RS (2009/0180525-3)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Impetrante: David Rechulski e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Paulo Domingos

EMENTA

Crime ambiental. Art. 60 da Lei n. 9.605/1998. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para ação penal. Ordem concedida.

1. O trancamento de uma ação penal, no âmbito do *habeas corpus*, só é admissível excepcionalmente, quando evidente a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Quando falta à denúncia a descrição individualizada da conduta do acusado, com a exposição do fato criminoso e todas as suas circunstâncias, isto é, se não reúne a peça as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, é formalmente inepta.

3. Na espécie, a peça acusatória não relata, nem singelamente, o nexo de imputação correspondente, não esclarece de que forma o gerente de redes da empresa de telefonia celular teria contribuído para a consecução do delito – instalar e fazer funcionar as Estações de Rádio Base (ERB) potencialmente poluidoras –, tampouco aponta o eventual dolo na ausência de licença ou de autorização dos órgãos ambientais competentes.

4. Além disso, para a caracterização do delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, poder causar danos à saúde humana. No caso, não se justifica a ação penal, pois o próprio Ministério Público estadual atestou que “os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos”.

5. Como somente se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais nas hipóteses de imputação simultânea

da pessoa física que atua em seu nome, responsável por sua gerência, *in casu*, concedida a ordem em relação ao gerente da *TIM Celular S.A.*, não há como manter o feito apenas em relação à empresa.

6. Ordem concedida a fim de trancar 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, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Sustentaram oralmente o Dr. David M M Rechulski, pela parte Paciente: Paulo Domingos e Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. Brasilino Pereira dos Santos.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 14.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Consta dos autos que, em 09.08.2006, a 1ª Promotoria de Justiça Especializada Defesa Comunitária instaurou o Inquérito Civil n. 33/2006 “com o fim de esclarecer o seguinte fato: ‘ausência de licenciamento ambiental das estações de rádio-base instaladas” na cidade de São Leopoldo-RS (fl. 46).

Em 25.01.2008, o mencionado inquérito foi arquivado por estas razões (fls. 147-150):

Um dos efeitos biológicos que mais causa preocupação à população é a indução de cânceres pela exposição de longa duração à radiação emitida pelas ERB's e pelos aparelhos celulares. No entanto, até o presente momento os casos relatados na mídia e na literatura técnica aberta, e examinados à luz da ciência,

não são suficientes ainda para se afirmar, de forma categórica, que as radiações emitidas pelas ERB's e pelos aparelhos celulares provocam o aparecimento de doenças no ser humano. As partes do organismo humano mais sensíveis à ação das radiações são os tecidos transparentes dos olhos e os testículos, além daqueles que possuem atividade elétrica, como o cérebro, o coração e o sistema nervoso central, que podem sofrer a interferência de radiação externa, sob determinadas condições, cujos reais efeitos são ainda pouco conhecidos e alvo de intensas pesquisas em todo o mundo. Por outro lado, o estímulo de músculos e nervos periféricos e a elevação da temperatura nos tecidos do corpo humano, chamados de efeitos térmicos, são melhor conhecidos e nortearam os trabalhos consolidados pela ICNIRP e que são amplamente divulgados pela Organização Mundial da Saúde.

Considerando que os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos, não há como ajuizar Ação Civil Pública com base única e exclusivamente no princípio da precaução.

Nesse sentido, cita-se:

[...]

Assim, considerando que as estações de rádio-base instaladas no município de São Leopoldo pelas operadoras Telet, Tim, Nextel e Brasil Telecom estão regularizadas, pois obtiveram o licenciamento ambiental, e que não há comprovação de efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas geradas pelas ERB's, entendo resolvida a questão.

Na esfera criminal, determinada a instauração de Procedimento Investigatório Criminal.

Em 07.02.2008, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul instaurou o Procedimento de Investigação Criminal n. 01/08, com o objetivo de apurar a instalação de seis antenas de telefonia celular (ERB), na cidade de São Leopoldo-RS, pela *TIM Celular S.A.*, sem o respectivo licenciamento ambiental (fl. 45).

Sob a alegação de que, em 30.03.2007, teria sido firmado entre a *TIM Celular S.A.* e a Prefeitura Municipal de São Leopoldo o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta n. 001/07, e já teria sido cumprido o acordo de que procederia, no prazo de cento e oitenta dias, à obtenção das respectivas licenças para a operação de suas ERB's, a empresa requereu, sem sucesso, o arquivamento do procedimento de investigação criminal por falta de justa causa.

Concluída a investigação, o Ministério Público local, em 10.07.2008, requereu a designação de audiência preliminar com *TIM Celular S.A.* e Paulo

Domingos (apontado como gerente da Rede da Tim Celular da Região Sul), tendo em vista a ocorrência, em tese, do delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998 (fls. 262-263).

Em 1º.08.2008, o Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da comarca de São Leopoldo, nos autos do Procedimento n. 033/2.08.0003937-8, incluiu *Paulo Domingos*, ora paciente, como autor do fato e designou a audiência preliminar para o dia 21.08.2008 (fl. 265).

Em 12.08.2008, o Ministério Público, em relação à *TIM Celular S.A.*, ofereceu transação penal, consistente na doação de cinquenta salários mínimos para o Fundo Municipal do Meio Ambiente, e, em relação a *Paulo Domingos*, a doação seria de vinte salários mínimos ou quatro meses de prestação de serviços à comunidade (fls. 269-270).

Após a apresentação da recusa da proposta de transação penal (fls. 282-307), em 10.12.2008, o *parquet* ofereceu denúncia contra a empresa e o gerente territorial, *Paulo Domingos*, como incurso nas sanções do art. 60 da Lei n. 9.605/1998 c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal. A acusação foi recebida em 16/4/2009, nestes termos (fl. 359).

Aberta a audiência pelo(a) MM. Pretor foi dito que passava a palavra à defesa do(a) acusado(a), para apresentação da prévia, tendo sido apresentada defesa por escrito, bem como, juntados documentos aos autos. Após, pelo MM. Julgador foi dito que *recebia a denúncia* apresentada legalmente exigidos pelo ordenamento processual, e presente justa causa à ação penal. A seguir, pelo MM. Pretor foi dito que passava à fase do art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Como o(a) acusado(a) e seu (sua) defensor(a) não aceitaram a proposta apresentada pelo Ministério Público, trazida aos autos com a denúncia, pelo MM. Julgador foi dito que determinava o prosseguimento do feito, designando o dia 15.10.2009, às 16 horas, para audiência de instrução e julgamento, ficando intimados os presentes. Intime-se as testemunhas arroladas pela defesa e MP. Em relação ao acusado Paulo Domingo, aguarde-se o retorno da carta precatória a fim de verificar-se quanto ao cumprimento da mesma. Caso haja necessidade de expedição de precatória, concede-se o prazo de 45 dias para cumprimento. A parte ré fica alertada de que não poderá transferir residência sem prévia comunicação ao juízo, sob pena de revelia. Nada mais. OF. Escrevente.

Sobreveio, então, *habeas corpus*, sob o argumento de que *Paulo Domingos* e *TIM Celular S.A.*, na audiência que culminou com o recebimento da denúncia, teriam apresentado defesa escrita, sem, contudo, tenha sido apreciada pela autoridade coatora. Além disso, alegou-se falta de justa causa para o

prosseguimento do procedimento criminal, tendo em vista o seguinte: (I) a atipicidade dos fatos, pela retroatividade mais benéfica do complemento à norma penal em branco; (II) a assinatura e o cumprimento de termo de compromisso de ajustamento de conduta; e (III) a inexistência de demonstração de nexos de causalidade entre os supostos fatos delituosos e a conduta do ora paciente. Requereu-se, diante disso, ou o trancamento da ação penal ou a anulação do procedimento criminal (fls. 468-512).

A Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul denegou a ordem. Eis a ementa do julgado (fl. 460):

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Incabível a análise de prova que diz com o mérito. Falta de justa causa não demonstrada.

Ainda não apreciada pelo julgador monocrático as matérias arguidas, não há que se falar em ilegalidade ou abuso de poder, tampouco estando o paciente na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. A falta de justa causa para a ação penal não estão evidenciadas a priori na via estreita do *writ*.

Habeas corpus denegado.

Contra tal ato, impetrou-se outro *habeas corpus*, e a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de igual modo, negou a ordem (HC n. 70031348519), consoante acórdão assim ementado (fl. 635):

Habeas corpus. Art. 60 da Lei n. 9.605/1998. Justa causa para a ação penal. Fato típico, em tese. Ordem denegada.

Descrito fato típico, em tese, há justa causa para a ação penal, devendo ser afastado o pedido de trancamento. A via estreita do *habeas corpus* não comporta exame de prova, legislação doméstica e matéria jurídica controvertida. Ordem denegada.

Daí a presente impetração substitutiva de recurso ordinário, buscando, liminarmente, sobrestar o prosseguimento do procedimento criminal, “*especialmente* a audiência de instrução e julgamento designada para o próximo dia 15 de outubro de 2009”; e, no mérito, o trancamento do feito.

Insistem os impetrantes para que seja anulado o feito “a partir da audiência realizada em 16 de abril de 2009 (fl. 313), ocasião em que foi apresentada a defesa escrita do Paciente e da TIM Celular S.A. (fls. 314-358), não tendo sido apreciada pelo MM. Juízo processante” (fl. 3).

Reiteram os argumentos anteriormente apresentados, asseverando, em suma, a falta de justa causa para o prosseguimento do procedimento criminal. Em defesa de *Paulo Domingos* alegam: (I) atipicidade da conduta; (II) assinatura e efetivo cumprimento do Termo de Compromisso e Ajustamento de Conduta n. 001/07, devendo ser observado o princípio da proibição do *bis in idem* e o princípio do Direito Penal como *ultima ratio*; e (III) ausência de demonstração de nexó causal entre os fatos delituosos e a conduta do paciente. Ademais, aduzem que

(...) a Lei Municipal n. 6.079/06, que complementa o artigo 60 da Lei n. 9.605/1998, além de abordar especificamente “situações fáticas já consolidadas” e dispensar o atendimento de requisitos anteriormente fixados – leiam-se os contidos na Lei Municipal n. 4.957 “A” de 2001, alterada pela Lei n. 5.518 “A” de 2002 –, desde que celebrado o Termo de Compromisso do Ajustamento de Conduta, o qual não há dúvida de que foi feito (fls. 94-100), e revogar expressamente as disposições em sentido contrário contidas na aludida lei, por ser posterior e mais benéfica, tem necessariamente que retroagir para atingir situações pretéritas, conforme é premissa básica do Direito (fl. 14);

Finalmente, sustentam que, “em um outro procedimento criminal idêntico, de n. 033/2.08.0003770-7, oriundo também do Inquérito Civil supracitado [n. 33/06], mas tendo como autora dos fatos a empresa BCP S.A., no decorrer da audiência, a denúncia foi rejeitada pelo mesmo Juiz de Direito” (fl. 9).

Num primeiro momento, o pedido de liminar foi indeferido (fls. 742-743).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, e o parecer portou esta ementa (fl. 746):

Habeas corpus. Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Impossibilidade. Inépcia da denúncia.

O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, somente admissível quando emerge clara, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não plenamente evidenciadas no caso.

Todavia, não foram atendidos os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, pelo que a denúncia é inepta. A inicial acusatória não demonstra, sequer de passagem, porque a Estação de Rádio-Base pode causar degradação ambiental; também não indica qualquer ato normativo que classifique dita atividade como **potencialmente poluidora**, lembrando que o Inquérito Civil Público foi arquivado à consideração de não se poder Propor a Ação Civil Pública apenas

com base no **princípio da precaução**. A denúncia, de outro lado, não descreve convenientemente em que consistiu a conduta do paciente para consumação do crime ambiental previsto no art. 60, da Lei n. 9.605/1998, referindo-se apenas à sua condição de Gerente Territorial de Rede da Região Sul (RS, SC e PR), *TIM Celulares S/A*, primeira denunciada.

Parecer pela concessão parcial da ordem para anular a ação penal, a partir da denúncia, por sua inépcia formal.

Em 08.10.2009, reconsiderando decisão anterior, concedi a liminar a fim de sobrestar a ação penal proposta contra o paciente até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Devido às informações dando conta de que fora deferido o requerimento do Ministério Público estadual de cisão do feito em relação ao paciente, para que pudesse prosseguir contra a pessoa jurídica, em 25.02.2010, tendo em vista haver litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica e a pessoa física, determinei o sobrestamento da ação penal também relação à *TIM Celular S.A.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A Lei n. 9.605/1998 dispõe sobre condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, razão pela qual não creio que a conduta exposta pelo denunciante se enquadre no art. 60 (construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes). Confira-se, no ponto, a denúncia (fls. 321-322):

Desde meados de 2002 até novembro de 2007, na Rua Independência, n. 189, Centro; na Rua Primeiro de Março, n. 330, Centro; na Rua Seminarista Wendelino Plein, n. 63, Bairro Campina; na Avenida Unisinos, n. 950, Bairro Cristo Rei; na Rua Clemente Pinto, n. 317, Bairro Fião, e, ainda, na Rua Viamão esquina com Ijuí, Bairro Santa Teresa, ambas nesta Cidade, os denunciados, *TIM Celular S/A* e *Paulo Domingos*, em comunhão de esforços e conjunção de vontades, instalaram e fizeram funcionar 06 (seis) Estações de Rádio-Base - ERBs, sem licença e autorização do órgão ambiental competente.

Nas ocasiões, a pessoa jurídica *TIM Celular S/A*, prestadora de serviços de telefonia celular, e *Paulo Domingos*, Gerente Territorial de Rede da Região Sul (RS,

SC e PR) da 1ª denunciada, instalaram e mantiveram em pleno funcionamento as supracitadas Estações de Rádio-Base para prestação de serviços e atividades potencialmente poluidoras sem o licenciamento ambiental necessário, qual seja, a licença de operação emitida pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente - SEMMAN, em desacordo com as Leis Municipais n. 4.957/01, 5.158/02 e 6.079/06.

Os denunciados, apesar de terem pleno conhecimento da legislação municipal sobre o assunto e das regulamentações da *Anatel*, que impõem à operadora a observância das leis municipais e estaduais, instalaram e fizeram funcionar 6 (seis) Estações de Rádio-Base, as quais somente obtiveram licença de operação em novembro de 2007, conforme os documentos das fls. 144-159.

No meu modo de entender, a inicial acusatória não descreve em que teria consistido a prática dos atos para a consumação do delito, deixando de demonstrar o nexos causal entre a conduta e o resultado previsto no supracitado dispositivo. Ora, é inadmissível que se atribua determinada conduta a pessoa pelo simples fato de exercer função de gerência, sem se especificar a relação existente entre a sua ação e o evento criminoso. Ademais, para a caracterização do delito, a poluição gerada deve ter a capacidade de, ao menos, poder causar danos à saúde humana. No caso, em que medida haveria a poluição, se o próprio Ministério Público estadual, quando do arquivamento do Inquérito Civil n. 33/2006, atestou que “os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em seres humanos ainda não são completamente conhecidos”? Não se justifica, pois, a ação penal, por ser evidente a atipicidade da conduta descrita, mal descrita, aliás.

A propósito, veja-se o que disse a parecerista (fls. 754-759):

Na hipótese dos autos, embora a acusação tenha narrado a conduta que entende delituosa e apontado o paciente como co-responsável, na condição de gerente de redes da empresa de telefonia celular, não relata, ainda que de forma singela, o nexos de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, o elemento subjetivo, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito – instalar e fazer funcionar as ERB's potencialmente poluidoras –, nem apontou o eventual dolo na ausência de licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

Nesse particular, não há prova de que o paciente teria concorrido para a instalação das ERB's, até porque a própria Secretaria Municipal do Meio Ambiente de São Leopoldo não possui informação acerca da data em que foram instaladas as antenas de telefonia celular - se antes ou depois de 2006, quando o paciente teria assumido o Estado do Rio Grande do Sul -, conforme o Ofício/PGM n. 209/2008, de 24 de julho de 2008 (fl. 215).

É certo que, dentre as atribuições da gerência da rede, destacam-se funções como: supervisão e monitoração das sub-redes com seus equipamentos e recursos; medição da utilização dos recursos; configuração dos equipamentos para funcionamento; configuração dos canais de transmissão; disponibilidade de recursos; manutenção dos equipamentos; provisionamento; confidencialidade de dados; integridade de dados e controle de acesso.

Também não se desconhece que o paciente, juntamente com *Alcides Athadeu Silveira*, representou a *TIM Celulares S/A* no Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta n. 001/2207, firmado entre Prefeitura Municipal de São Leopoldo-RS e a empresa, em 30 de março de 2007 (fls. 137-143).

Não restou demonstrado, todavia, o vínculo, ainda que mínimo, entre o risco causado ao objeto penalmente tutelado - estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidor - e a efetiva conduta do denunciado - instalando ou fazendo funcionar as ERB's -, para que se pudesse dar início à ação penal com o recebimento da denúncia.

Outro não é o entendimento desta Colenda Corte de Justiça:

Criminal. HC. Crimes de responsabilidade. Prefeito. Inépcia da denúncia. Enumeração genérica dos acontecimentos criminosos. Inexistência de individualização da conduta. Necessidade de descrição mínima da relação do paciente com os fatos delituosos. Ofensa ao princípio da ampla defesa. Ordem concedida.

I. Hipótese na qual o paciente, ex-Prefeito do Município de Gurinhém-PB, processado pela suposta prática de crimes de responsabilidade, alega, em especial, a inépcia da exordial, a qual teria atribuído ao réu meras irregularidades, que não configurariam tipos penais, além de ter descrito genericamente as condutas a ele imputadas, prejudicando a ampla defesa.

II. Evidenciado que nada foi esclarecido na denúncia, estando os fatos genericamente enumerados, de modo a criar óbices à ciência do acusado acerca dos atos concretos que ocasionaram a imputação a ele dos crimes de responsabilidade, resta configurado o constrangimento ilegal.

III. Não se constata o atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP, pois os fatos delituosos não se encontram devidamente expostos, com suas circunstâncias, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

IV. *A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente, isso não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele atribuída.*

V. *O simples fato de o réu ser ex-Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações*

e a sua condição de gestor da municipalidade, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

VI. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Precedentes.

VII. Deve ser anulada a ação penal instaurada contra o paciente, por ser inepta a denúncia.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 53.466-PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 25.04.2006, DJ de 22.05.2006)

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal. Desarquivamento de inquérito policial. Novas provas a lastrearem a medida. Denúncia. Inépcia. Ocorrência.

I - Reconhecida a falsidade ideológica de certidão comprovatória do pagamento integral de contribuição previdenciária, circunstância capaz de alterar o panorama probatório em que foi acolhido o pedido de arquivamento do inquérito policial, não há ilegalidade no seu desarquivamento. Inteligência do art. 18 do Código de Processo Penal e da Súmula n. 524 do STF.

II - *A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente no crimes societários, isso não significa que o Parquet possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada.*

III - *O simples fato de o paciente ser sócio da sociedade empresária não autoriza a persecutio criminis in iudicio por crimes praticados em sua gestão se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da instrução criminal, o mínimo vínculo entre as imputações e a sua atuação na qualidade de sócio, porquanto a inobservância de tal ônus por parte do órgão acusador ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.*

Habeas corpus parcialmente concedido.

(HC n. 47.124-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19.09.2006, DJ de 23.10.2006)

Habeas corpus preventivo. Crime ambiental. Art. 40 da Lei n. 9.605/1998. Inépcia da denúncia. Ocorrência. Ausência de descrição mínima da conduta do paciente que teria contribuído para causar dano direto ou indireto à unidade de conservação. Mera alusão ao fato de ser proprietário do terreno. Inamissibilidade. Ordem concedida.

1. A formulação de qualquer denúncia criminal se acha submetida a exigências legais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), sem cujo integral atendimento não pode ser validamente exercido o poder de denunciar ou restará a iniciativa denunciatória carente de aceitabilidade judicial, devendo ser prontamente rejeitada pelo Juiz que a examina.

2. *In casu*, a denúncia não descreve, de forma clara e objetiva, como seria de rigor, a conduta perpetrada pelo agente que teria dado causa, provocado ou desencadeado, de forma direta ou indireta, o dano à área inserida em unidade de conservação ambiental.

3. Colhe-se dos autos, especialmente das peças do Inquérito Policial, que a conduta não teria sido perpetrada diretamente pelo paciente, mas por um caseiro, que trabalha e reside no local, tanto que o *Parquet* aduziu que a responsabilidade do acusado derivaria de sua condição de proprietário do sítio (art. 2o. da Lei n. 9.605/1998); entretanto, ainda nessa hipótese, mostrava-se indispensável que se declinasse qual a atitude ou a conduta que teria concorrido para o dano, de forma direta ou indireta, sendo vedada a imputação tão-somente pela relação da pessoa com a coisa (possuidor, proprietário, gerente, etc).

4. Concede-se a ordem, para declarar a nulidade da denúncia oferecida em desfavor do ora paciente, por inépcia, facultando ao Ministério Público apresentar nova peça acusatória, perante o Juízo competente, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

(HC n. 86.259-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 10.06.2008, DJe 18.08.2008)

Habeas corpus. Crime ambiental. Prefeito. Inépcia da inicial configurada. Responsabilidade penal objetiva. Ordem parcialmente concedida.

1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. *Hipótese em que, embora tenha narrado o delito e apontado o paciente como responsável, na condição de prefeito, da pessoa jurídica poluidora, no caso a municipalidade, praticante de, em tese, conduta típica, a acusação não relata, ainda que de forma singela, o nexó de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, a conduta subjetiva, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito e o eventual dolo específico na degradação do meio ambiente.*

3. A atribuição do delito ao paciente pelo fato, tão-somente, de ele ser o chefe da administração municipal, sem a demonstração da forma pela qual participou na operacionalização dos atos administrativos afetos ao recolhimento e à destinação do lixo da cidade, significa impor-lhe o odioso instituto da responsabilidade penal objetiva.

4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal (PCO-CR 1.0000.05.425115-2/000) desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez sanados os vícios.

(HC n. 71.071-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 28.08.2008, DJe 06.10.2008)

Lado outro, no que tange à conduta delituosa imputada ao paciente, penso que a denúncia não a descreve com os elementos previstos no art. 60, da Lei n. 9.605/1998, que estabelece como crime as ações de “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços **potencialmente poluidores**, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes”.

A denúncia alhures transcrita deixa de apontar circunstância elementar do tipo penal imputado ao paciente, qual seja, **a potencialidade poluidora** da obra ou serviço que instalou e fez funcionar. A denúncia não demonstra, sequer de passagem, porque a Estação de Rádio-Base pode causar degradação ambiental; também não indica qualquer ato normativo que classifique dita atividade como **potencialmente poluidora**.

Para caracterização do tipo penal em destaque, “faz-se necessário que o estabelecimento, obra ou serviço seja suscetível – de maneira virtualmente provável – de causar poluição – em sentido amplo, podendo ser hídrica, atmosférica, sonora, etc.” (Luiz Regis Prado, *in* Crimes contra o Ambiente, 2ª Ed., Ed Revista dos Tribunais, 2001, pág.181). Ainda como bem asseverou Guilherme de Souza Nucci, a lei fez questão de deixar clara a situação de perigo abstrato, pois não se está construindo, reformando, ampliando, instalando ou fazendo funcionar estabelecimento, obra ou serviço *efetivamente* poluidor, isto é, que gera sujeira, maculando o meio ambiente; mas, sim, *potencialmente* poluidor, ou seja, que tenha vigor, força, para poluir o meio ambiente (Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 843).

Assim, a denúncia deve demonstrar, minimamente, a **possibilidade** de o empreendimento **causar poluição**, o que não se fez na denúncia.

Aliás, ao deixar de propor Ação Civil Pública contra a empresa, o Ministério Público consignou:

Considerando que os níveis de radiação praticados pelas investigadas estão regulamentados pela Anatel e que os possíveis efeitos biológicos em

seres humanos ainda não são completamente conhecidos, **não há como ajuizar Ação Civil Pública com base única e exclusivamente no princípio da precaução.**

Nesse sentido, cita-se:

(...)

Assim, considerando que as estações de rádio-base instaladas no município de São Leopoldo pelas operadoras Telet, Tim, Nextel e Brasil Telecom estão regularizadas, pois obtiveram o licenciamento ambiental, e que **não há comprovação de efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas geradas pelas ERB's, entendendo resolvida a questão.** (Fls. 147-150 - vol. 01)

Parece até contraditório que não tenha vislumbrado motivo para a propositura da ação civil pública – de repercussão mais branda para o indivíduo que a ação penal, com reflexos na liberdade de locomoção –, por falta de **comprovação de efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas geradas pelas ERB's**, e por conta dos mesmos fatos, pretenda perseguir criminalmente o paciente, imputando-lhe a prática da conduta de *instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores*, sem indicar, todavia, em que consiste tal risco.

A denúncia, portanto, não atende às exigências previstas no art. 41, do Código de Processo Penal.

À vista do exposto, opina-se pela concessão da ordem para anular o processo desde a denúncia, por sua inépcia formal.

Há, ainda, precedente da Sexta Turma segundo o qual fatos tais e quais o aqui relatado pela denúncia não interessam ao Direito Penal. Para o HC n. 148.061-SC (DJe de 23.08.2010) o Ministro Nilson Naves escreveu esta ementa:

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção). Crime ambiental (caso). Antena de telecomunicações (instalação). Licença (deferimento). Estação de rádio (funcionamento). Autorização definitiva (concessão). Princípio da insignificância (adoção).

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. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões menores.

4. Antes, falou-se, a propósito, do princípio da adequação social; hoje, fala-se, a propósito, do princípio da insignificância. Já foi escrito: "Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se."

5. É penalmente insignificante, dúvida não há, o funcionamento de estação de rádio no período de dois meses entre o vencimento de licença ambiental e a concessão, em definitivo, de nova autorização pela autoridade administrativa.

6. A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime.

7. *Habeas corpus* concedido.

De mais a mais, é estranho que o Ministério Público archive o inquérito civil por não haver poluição e, ao mesmo tempo, sugira a abertura do inquérito policial, esquecendo-se de que o Direito Penal é residual, opera, somente, em *ultima ratio*.

Por fim, como somente se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais nas hipóteses de imputação simultânea da pessoa física que atua em seu nome, responsável por sua gerência, *in casu*, concedida a ordem em relação ao gerente da *TIM Celular S.A.*, não há como manter o feito apenas em relação à empresa.

Acolhendo o parecer, voto pela concessão da ordem a fim de extinguir a ação penal (Procedimento n. 033/2.08.0003937-8), em trâmite no Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da comarca de São Leopoldo, resultante da denúncia de 10.12.2008.

HABEAS CORPUS N. 148.140-RS (2009/0184111-1)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)
Impetrante: Luiz Alfredo Schütz - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Márcio Rodrigues Portes da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Furto qualificado. Absolvição em primeiro grau. Acórdão condenatório amparado em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitorial. Nulidade. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem concedida.

1. A função do inquérito é fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal, a exemplo do que reza o art. 12 do Código de Processo Penal: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

2. A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial.

3. Ordem concedida a fim de restabelecer a sentença absolutória.

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 Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) 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 Og Fernandes.

Brasília (DF), 07 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 25.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Márcio Rodrigues Portes da Silva, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 70030370019).

Narra a impetração que o paciente e o corréu Vitor foram denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque no dia 22.01.2003 teriam subtraído, mediante rompimento de obstáculo, um aparelho de som, dois rádios de transmissão, uma sacola de viagem, três relógios de pulso e duzentos chicletes de diversos sabores, pertencentes a Silfredo Ari Tischer.

A denúncia foi recebida no dia 05 de dezembro de 2003.

Quanto ao denunciado Vitor, foi então o processo separado, tendo em vista a instauração de incidente de insanidade mental.

Data a sentença de 13.01.2009, e eis aqui a sua conclusão:

A autoria do delito não resta comprovada, no caso.

Conquanto as provas produzidas na seara extrajudicial tenham apontado o denunciado como um dos possíveis co-autores do furto, referidas provas não foram corroboradas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Importa referir que, em consonância com o art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, temos:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nenhum depoimento prestado é conclusivo, no sentido de apontar, com segurança, a autoria do delito descrito na denúncia.

[...]

Conquanto o corréu interrogado tenha apontado o denunciado como autor do delito praticado, importa referir que o fez eximindo-se da culpa, imputando a Márcio toda a prática do delito. Por outro lado, mister referir que foi instaurado incidente de insanidade mental com relação ao denunciado Victor, “diante da existência de dúvida sobre a sua integridade mental”.

Assim sendo, tenho que o teor do interrogatório de fl. 59 não possui a credibilidade necessária de modo a suportar um decreto condenatório.

A vítima nada sabe acerca da autoria do fato, tendo em vista que não estava em casa quando de sua ocorrência.

O policial militar ouvido em juízo também declarou nada saber acerca da autoria.

As testemunhas, portanto, não apontam uma única circunstância capaz de assegurar a autoria do réu.

Portanto, diante da dissonância existente entre as provas produzidas na investigação e as colhidas em juízo, a tese esposada na denúncia não se sustenta.

Ademais, importa salientar que a condenação deve estar alicerçada em juízo de certeza, que inexistente ante a prova produzida, tornando impositiva a absolvição, em face do princípio *in dubio pro reo*, mormente tendo em vista que o Direito Penal busca pela verdade real e não admite o exercício intelectual da presunção como fundamento condenatório.

Irresignado, recorreu o Ministério Público ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A Quarta Câmara Criminal deu provimento ao apelo, e os fundamentos foram estes:

A materialidade do delito está consubstanciada nos vários documentos acostados durante a fase inquisitorial, como boletim de ocorrência (fls. 08), autos de apreensão, arrecadação e restituição (fls. 11, 14 e 23), além da prova oral colhida na delegacia.

Não se pode fechar os olhos e dizer que faltam provas, pois ambos os agentes confessaram na polícia (fls. 15 e 18) e a companheira do réu Márcio, foi entregar parte da *res furtiva* na delegacia (fls. 14). Ainda, o relato dos agentes converge com o depoimento do lesado, sendo compatível com as demais provas do processo. Inclusive, a qualificadora do rompimento de obstáculo ficou estampada no relato do corréu Vítor, ao confirmar que o réu/apelado Márcio “estourou” uma janela dos fundos (fls. 18), fato também referido pelo lesado, tanto na delegacia (fl. 19) como em juízo (fls. 89), sendo suficiente a prova oral para comprová-la.

Em juízo, o corréu Vítor (fls. 59-60) teceu relato semelhante àquele prestado na delegacia, confirmando a autoria dos dois, mas imputando a iniciativa do delito a Márcio, revel, cuja condenação o Ministério Público pede nas razões recursais.

Contudo, foi instaurado incidente de insanidade mental em relação ao corréu Vitor, com suspensão do processo em relação ao mesmo, prosseguindo a ação penal somente contra o réu Márcio.

De qualquer forma, o que sobressai é a autoria por parte dos dois réus e a necessidade de condenação do réu Márcio, estando igualmente comprovada a qualificadora do concurso de pessoas. É certo que o art. 155 do CPP dispõe que a condenação criminal não pode se basear somente na prova produzida na delegacia. Porém, as novas disposições do Código de Processo Penal, se forem interpretadas unicamente de forma literal, reduzem significativamente as chances de punição. No caso, há confissão integral na fase inquisitorial, além de comprovação de que a *res furtiva* realmente estava em poder dos agentes, tanto que a maior parte foi devolvida, sendo impositiva a condenação do réu Márcio, nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV do CPP.

Sopesando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, sobressai negativa a certidão de antecedentes, fls. 103-104, com outras duas denúncias contra o réu Márcio, o que indica má conduta social.

Assim, a pena-base deve ser fixada em 03 (três) anos de reclusão, tornando-se definitiva nesse patamar, na ausência de causas modificadoras da pena. A multa vai fixada em 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo e, em razão da certidão de antecedentes, o regime de cumprimento de pena é o semi-aberto e fica vedada a substituição por penas restritivas de direitos.

Por tais fundamentos, voto pelo provimento do recurso do Ministério Público.

Vieram ter o Superior Tribunal de Justiça os impetrantes do atual *habeas corpus* com estas conclusões:

Com a devida venia, o argumento utilizado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para condenar o réu é manifestamente inidôneo. Não é admissível que se diga que se pode condenar um acusado somente com a prova produzida na delegacia porque do contrário “se reduzem significativamente as chances de punição”.

Há flagrante constrangimento ilegal na condenação imposta.

[...]

Além de condenar o réu passando por cima do art. 155 do CPP, o Tribunal Gaúcho ainda estabeleceu a pena-base 01 ano acima do mínimo legal de 02 anos, ao fundamento de que o réu apresenta má conduta social por ter outras duas denúncias contra ele.

Porém, ação penal em andamento não deve ser levada em consideração na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, conforme a firme jurisprudência dos Tribunais Superiores a tal respeito.

[...]

Pelo exposto, demonstrado o constrangimento ilegal que sofre o condenado ora apontado como paciente, requer-se a Vossa Excelência a concessão da ordem de habeas corpus, conforme o disposto no art. 647, c.c. o art. 648, inciso I, do CPP, para que seja cassado o acórdão atacado e restabelecida a sentença absolutória de primeiro grau ou, assim não sendo, seja redimensionada a pena, com o afastamento do reconhecimento como desfavorável a circunstância judicial da conduta social pela só consideração de processos em andamento.

O pedido de liminar foi deferido. Eis o teor da decisão:

Este Superior Tribunal de Justiça entende que é vedado ao Magistrado proferir sentença condenatória baseada exclusivamente em elementos de convicção colhidos nos autos do inquérito policial, em razão do artigo 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008.

No entanto, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório.

A propósito: AgRg no HC n. 118.761-MS, de minha relatoria, DJe 16.03.2009; HC n. 68.193-PE, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 04.05.2009.

No presente caso, o acórdão impugnado está assim fundamentado:

[...]

Assim, baseando-se o aresto exclusivamente em elementos de convicção colhidos na fase do inquérito policial, entendo estar justificada a concessão da cautela de urgência.

Por outro lado, o pedido de redução da pena, em face da ausência de maus antecedentes do paciente, possui natureza inteiramente satisfativa, sendo incompatível com o juízo antecipado e superficial.

Desta forma, concedo a liminar, apenas para suspender os efeitos do acórdão impugnado, mantendo a decisão de primeiro grau, até o julgamento final do presente *writ*.

O Ministério Público Federal é pela concessão da ordem, e o parecer recebeu esta ementa:

Habeas corpus. Apelação. Furto qualificado. Condenação respaldada em confissão extrajudicial. Inobservância do art. 155 do CPP. Pela concessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Concluiu o Juiz da sentença, quanto a Márcio, que a ação penal era improcedente. Eis, em repetição, o que disse o Juiz sobre a autoria do crime de furto qualificado:

Nenhum depoimento prestado é conclusivo, no sentido de apontar, com segurança, a autoria do delito descrito na denúncia.

[...]

Conquanto o corréu interrogado tenha apontado o denunciado como autor do delito praticado, importa referir que o fez eximindo-se da culpa, imputando a Márcio toda a prática do delito. Por outro lado, mister referir que foi instaurado incidente de insanidade mental com relação ao denunciado Victor, “diante da existência de dúvida sobre a sua integridade mental”.

Assim sendo, tenho que o teor do interrogatório de fl. 59 não possui a credibilidade necessária de modo a suportar um decreto condenatório.

A vítima nada sabe acerca da autoria do fato, tendo em vista que não estava em casa quando de sua ocorrência.

O policial militar ouvido em juízo também declarou nada saber acerca da autoria.

As testemunhas, portanto, não apontam uma única circunstância capaz de assegurar a autoria do réu.

Portanto, diante da dissonância existente entre as provas produzidas na investigação e as colhidas em juízo, a tese esposada na denúncia não se sustenta.

Segundo o que visto do relatório, o Ministério Público Federal é pela sentença, de sorte que é pela concessão da ordem. Veja-se:

De fato, mesmo antes da reforma do processo penal a confissão extrajudicial possuía valor probante relativo, não servindo por si só como elemento de condenação em juízo. A nova redação do art. 155 do CPP tornou expresso o que já vinha sendo consagrado na jurisprudência, ao expor que, em regra, o juiz deve proferir sua decisão baseando-se na prova produzida na fase judicial, e excepcionalmente, os elementos colhidos na fase do inquérito policial poderão ser utilizados pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que não sejam os únicos, e, evidentemente, devem ter sido colhidos com a garantia do contraditório.

No caso vertente, a confissão obtida na fase extrajudicial e não confirmada em juízo não serve por si só como elemento de prova, não podendo, por isso, ser utilizada para respaldar a decisão condenatória proferida pelo TJRS.

Como vimos das transcrições acima, o acórdão está amparado somente na prova do inquérito. Confirmo-lo: (I) “ambos os agentes confessaram na polícia (fls. 15 e 18) e a companheira do réu Márcio, foi entregar parte da *res furtiva* na delegacia (fls. 14)”;

e (II) “É certo que o art. 155 do CPP dispõe que a condenação criminal não pode se basear somente na prova produzida na delegacia. Porém, as novas disposições do Código de Processo Penal, se forem interpretadas unicamente de forma literal, reduzem significativamente as chances de punição”.

A função do inquérito é fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal, a exemplo do que reza o art. 12 do Código de Processo Penal: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.” Na Exposição de Motivos do Código, escreveu-se o seguinte: (I) “foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais”; (II) “há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal”; (III) “por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo?”. Funcionando, pelo visto, como processo preliminar ou como instrução provisória, o inquérito, por si e somente, isto é, por somente o que nele se colheu, bastaria, é a pergunta que se impõe, para a condenação? Noutras palavras, o inquérito seria elemento de convicção – elemento tendente a dar suporte à sentença condenatória?

Tenho minhas dúvidas. Escreveu, todavia, Espínola “que prevalecem os inquéritos policiais, com valor probatório, se não são invalidados por prova em contrário”. Escreveu antes: (I) “embora seja o inquérito – policial, militar ou administrativo – uma peça destinada, precipuamente, a instruir a denúncia, ou a queixa, o juiz não o despreza, na apreciação da prova, ao proferir a sentença”; (II) “firmou-se, pois, a direção da jurisprudência, no sentido de atender ao inquérito, no conjunto dos seus elementos, e mesmo aos depoimentos de testemunhas que nele se tomaram, sob condição de não encontrarem a oposição de prova formada em juízo, inutilizando-os ou os modificando” (“Código de Processo Penal brasileiro anotado”, 1965, vol. I, p. 253-5).

Todavia o meu convencimento é outro. É o de um antigo acórdão também citado por Espínola: “A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei”. É de 1927, da então Corte de Apelação do Distrito Federal. Assim, o meu convencimento, encontra amparo neste

acórdão, também o encontra na Exposição de Motivos e na redação dada ao art. 155 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.690/2008. Ora, se o feito é o de instrução provisória, não cabe ao inquérito o feito de instrução definitiva, aquela processada, por isso legítima, perante juiz natural e competente. Cabe à acusação acusar; sem dúvida, incumbe-lhe fazer a prova, fazê-la no curso da instrução criminal ou formação da culpa, respeitado, evidentemente, o contraditório. Tal não acontece na instrução provisória. Há mais: em meu sentir não cabe à defesa destruir, em juízo, o que só ficou apurado no inquérito. A tarefa de construir em direção à sentença condenatória é da acusação, é trabalho a ser desenvolvido principalmente em juízo. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de roubo circunstanciado. Absolvição em primeiro grau. Acórdão condenatório, amparado em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitorial. Impossibilidade. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

1. O inquérito policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante ao indiciado o exercício da ampla defesa, afigurando-se, portanto, nulo o decreto condenatório que não produz, ao longo da instrução criminal, qualquer outra prova hábil para fundamentá-lo. Precedentes desta Corte.

2. O Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial para condenar os Pacientes, amparou-se no auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, depoimento da vítima colhido na fase inquisitorial, bem como na confissão extrajudicial de um dos acusados, que não restou ratificada em juízo. Não houve, assim, qualquer prova desfavorável produzida na fase judicial, evidenciado, com isso, flagrante constrangimento ilegal na condenação imposta.

3. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a sentença de primeiro grau que absolveu os ora Pacientes. (HC n. 112.577-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 03.08.2009.)

Habeas corpus. Direito Penal. Furto qualificado. Sentença. Absolvição. Acórdão condenação com base na prova produzida na fase inquisitorial. Incabimento.

1. Fundada a condenação, na prova produzida no inquérito policial, é de rigor a sua desconstituição, por violado o *due process of law*.

2. Ordem concedida. (HC n. 24.950-MG, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 04.08.2008.)

Condenação (fundamentos). Provas (fase inquisitorial). Contraditório e ampla defesa (inobservância). Nulidade (ocorrência).

1. É condição infastável do devido processo legal a observância do contraditório e da ampla defesa. Não se concebe, dessa maneira, possa haver legítima condenação quando o Poder Judiciário se embasar somente em provas colhidas, unilateralmente, na fase do inquérito policial, embora suficientes para o oferecimento da denúncia.

2. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do juiz, o que não ocorreu na espécie.

3. *Habeas corpus* deferido para se restabelecer a sentença absolutória. (HC n. 44.305-SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 04.06.2007.)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Roubo. Concurso de pessoas. Condenação amparada, exclusivamente, nas declarações prestadas pelos acusados na fase inquisitorial. Ausência de outras provas produzidas com observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Absolvição como única solução. Ordem concedida.

1. O fato de os acusados terem afirmado, na fase inquisitorial, que o paciente emprestou a arma, mediante o pagamento de R\$ 100,00, para que fosse praticado o delito narrado na denúncia, não se mostra suficiente para sustentar o decreto condenatório, principalmente quando, em Juízo, houve a retratação dessas declarações, além de não ter sido produzida, ao longo da instrução criminal, nenhuma outra prova que pudesse firmar a conduta delitiva denunciada.

2. O inquérito policial é procedimento meramente informativo, que não se submete ao crivo do contraditório e no qual não se garante aos indiciados o exercício da ampla defesa, razão pela qual se impõe, na hipótese, a absolvição do paciente.

3. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (HC n. 56.176-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves, DJ de 18.12.2006.)

Tal a situação, concedo a ordem a fim de restabelecer a sentença absolutória.
É como voto.



HABEAS CORPUS N. 157.812-MG (2009/0247906-7)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Advogado: Daniel Alysson Marra Pereira - Defensor Público
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Rafael Luiz Perpétuo

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Crime praticado na vigência das Leis n. 11.343/2006 e 11.464/2007. Estabelecimento de regime prisional diverso do fechado. Possibilidade. Reprimenda inferior a quatro anos, reconhecimento de primariedade, presença da confissão e inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Comando legal que deve ser compatibilizado com os princípios da individualização da pena e proporcionalidade. Substituição da sanção corporal por restritivas de direitos. Viabilidade. Precedentes do STJ e STF.

1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, o fato é que mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados – a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

2. Considerando a quantidade de pena aplicada – 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; a presença da atenuante da confissão espontânea; a pequena quantidade de entorpecentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos.

3. Ordem concedida para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções.

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), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 21.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Rafael Luiz Perpétuo, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negou provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 c.c. art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, pois guardava 19 (dezenove) pedras de *crack*, “pesando 3,50 g (três gramas e cinquenta) centigramas” (fls. 11).

Ao final da instrução, sobreveio sentença, condenando-o à pena de 1 (ano) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, improvida pela Corte Estadual.

Neste *writ*, requer o impetrante a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal, sob o argumento de que “a estipulação, a priori, do regime de cumprimento de pena, como previsto na lei de crime hediondo, é uma ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena” (fl. 5).

Pleiteia, ainda, a concessão de sursis, alegando que ele “não foi vedado para a hipótese prevista no artigo 33, § 4, da lei de tóxicos, tampouco pela lei de crimes hediondos”.

O parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República José Bonifácio Borges de Andrada é pela *denegação* da ordem (fls. 30-35), conforme ementa abaixo:

Direito Penal. Legislação especial. Tráfico qualificado privilegiado. *Sursis*. Regime aberto.

- A conduta típica pela qual restou condenado o paciente foi praticada em 08.09.2008, quando já se encontrava em vigor a Lei n. 8.072/1990, para fixar o regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados por força constitucional, como é o caso do tráfico de substâncias entorpecentes.

- Vedação legal à concessão do *sursis*. Art. 44, da Lei n. 11.343/2006.

- Julgamento do HC n. 97.256-RS afeto ao Pleno do C. Supremo Tribunal Federal.

- Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, para melhor delinear a questão, recupero trecho da sentença condenatória na parte em que fixou a pena e o regime prisional, *in verbis*:

Por tal, fixo ao réu a *pena-base* em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias/multa. Deixo de aplicar a atenuante da confissão, eis que a pena-base já foi fixada em seu mínimo legal. Em face da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, tal seja 03 (três) anos e 04 (quatro) meses e 333 dias/multa, *passando-a para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa*. Em face da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/2006, aumento-a em 1/6, tal seja, 03 (três) meses e 10 (dez) dias a pena corporal e 28 dias a pecuniária, **concretizando-a em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa**. Em face da inexistência de outras circunstâncias atenuantes ou outras agravantes, bem como de causas de diminuição e outras de aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime **inicialmente fechado**, na esteira do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela novel Lei n. 11.464/2007, que dispõe que: "A pena por crime previsto neste artigo (dentre eles o tráfico de entorpecentes), será cumprida inicialmente em regime fechado" (fl. 15).

Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, o fato é que, mesmo para os crimes hediondos – ou a eles equiparados –, a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias

judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do caso por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso.

O legislador pátrio, atento à referida evolução jurisprudencial, editou, em 28.03.2007, a Lei n. 11.464, que, modificando a redação da Lei n. 8.072/1990, **derrogou a vedação à progressão de regime**, estabelecendo que a pena a condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo devem ser descontadas apenas **inicialmente** no regime fechado.

No entanto, persistiu – e ainda persiste – a odiosa ofensa ao princípio da individualização pena. Ora, **se o dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos** – independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso – **que iniciem a expiação no regime mais gravoso**.

Ainda mais. A Lei não anda em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

É certo que neste Colegiado já contamos com alguns julgados no sentido ora defendido. Sejam exemplos, os *Habeas Corpus n. 130.113-SC*, Relator Ministro Nilson Naves; *Habeas Corpus n. 154.570-RS*, Relatora Ministra Maria Thereza; e *Habeas Corpus n. 128.889-DF*, Relator Desembargador convocado Celso Limongi. Deste último precedente, recupero a ementa:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n. 11.464/2007. Aplicação do regime inicial fechado. Pena de curta duração. Ambiente deletério e prejudicial à recuperação da condenada. Ordem concedida.

1. *Verifica-se que o delito fora praticado em 04.10.2007, quando a Lei n. 11.464/2007, que instituiu o regime inicial fechado aos crimes hediondos e assemelhados, já se encontrava em vigor*. Contudo, o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação da condenada. O raciocínio a ser utilizado é o mesmo para a concessão do sursis, cabível nas hipóteses de pena inferior a 2 (dois) anos.

2. *Na situação em análise, na qual a paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenada a cumprir pena de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime prisional, à luz do artigo 33, § 2º, alínea c, deve ser o aberto*.

3. Ordem concedida para estabelecer à paciente o regime inicial aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

(HC n. 128.889-DF, Relator Desembargador convocado Celso Limongi, DJ de 05.10.2009)

Na hipótese, vimos que a pena-base foi fixada no patamar mínimo, dada a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Também a pequena quantidade de droga – lembro: 3,5 gramas de *crack* –, aliada à presença da atenuante da confissão espontânea, levam-me a entender pela viabilidade do estabelecimento do regime aberto para o desconto da expiação.

Atento às mesmas balizas, tenho que é possível a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* n. 120.353-SP, defendi na Corte Especial a possibilidade da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos também aos condenados na vigência da Lei n. 11.343/2006, ficando vencido, juntamente com o ilustre Ministro Nilson Naves.

Contudo, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.776-RS (sessão de 18.03.2010 – acórdão pendente de publicação), esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente.

Vale lembrar que essa orientação encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte. Senão, vejamos:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Art. 44 da Lei n. 11.343/2006: impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988). Ordem parcialmente concedida.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do

razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convação em causa, na concreta situação do paciente.

(HC n. 97.256-RS, *Tribunal Pleno*, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 16.12.2010)

Pelo exposto, *concedo a ordem* para estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à

comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 161.660-PR (2010/0021213-8)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Alexandre Longo

Advogado: Rosa Marina Tristão Rodrigues Longo

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Alexandre Longo

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990, art. 325 e 319 do Código Penal. Interceptação telefônica. Nulidade. (1) Embasamento em notícia anônima. Existência de outros elementos informativos, como depoimentos colhidos perante o Ministério Público. Irregularidade. Não verificação. (2) Ausência de prévio inquérito. Pleito formulado no curso de procedimento investigatório ministerial. Constrangimento. Ausência. (3) Decreto da interceptação. Motivação concreta. Reconhecimento. (4) Prorrogações. Fundamentação idoneidade. (5) Atuação irregular da polícia. Correção pelo magistrado. Ilegalidade. Ausência. (5) Referências em relatórios policiais a fatos desligados da persecução. Não utilização pelo magistrado para as prorrogações nem pelo *Parquet* para denunciar. Constrangimento. Não verificação.

1. O anonimato, *per se*, não serve para embasar a instauração de inquérito policial ou a interceptação de comunicação telefônica. Contudo, *in casu*, ao escrito apócrifo somaram-se depoimentos prestados perante o Ministério Público, que, só então, formulou o requerimento respectivo.

2. Por mais que o requerimento de interceptação telefônica tenha sido formulado antes da instauração de inquérito policial, como o pleito teve origem no seio de procedimento investigatório ministerial, não há falar em ilegalidade. De mais a mais, nesta impetração não se insurge contra os poderes investigatórios do Ministério Público.

3. Na espécie, a decretação da interceptação telefônica atendeu aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade. O crime investigado era punido com reclusão, havia investigação formalmente instaurada, apontou-se a necessidade da medida extrema e a dificuldade para a sua apuração por outros meios, além do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

4. A interceptação telefônica é medida cautelar penal, marcada, ontologicamente, pela necessidade e pela brevidade. Ao magistrado se exige esmero na fundamentação de sua decretação e da prorrogação, sob pena de se malograr em banalização da constrição à privacidade. *In casu*, houve algumas irregularidades na execução da medida, todas corrigidas pelo magistrado. As decisões de prorrogação de interceptação retomaram os fundamentos da interceptação, evidenciando a necessidade da medida. Diante da continuação do quadro de imprescindibilidade da providência cautelar, não se apura irregularidade na manutenção da constrição por período de sete meses, dado que lastreada em decisão motivada.

5. Ordem denegada.

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: “Proseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi denegando a ordem, e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 25.04.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em favor de *Alexandre Longo*, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC n. 2009.04.00.042915-9).

Consta dos autos que o paciente responde à Ação Penal n. 2007.70.09.001531-6-PR, pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990, por seis vezes, em concurso material, art. 325, § 1º, II, art. 325, § 1º, II, cumulado com art. 319, em concurso formal, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

A defesa ajuizou prévio *writ*, perante o Tribunal de origem, buscando o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas por meio de interceptações telefônicas e telemáticas (*e-mail*) e sua retirada dos autos, mas a ordem foi denegada, de cujo aresto se extrai o seguinte:

Trata-se de *habeas corpus* objetivando “decretar a ilicitude desses meios de prova [interceptação telefônica], e, no mesmo passo, a nulidade das decisões judiciais que os decretaram”, bem como, “de conseguinte, determinar a exclusão dos autos da ação penal de todos os documentos e mídias relativos a essas interceptações telefônicas e de e-mails, a fim de que sejam oportunamente destruídos”.

Consta dos autos que Alexandre Longo foi denunciado, juntamente com outros três indivíduos, pela suposta prática dos delitos do artigo 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 em concurso material por seis vezes, artigo 325, § 1º, inciso II, artigo 325, *caput*, combinado com o artigo 319, na modalidade de concurso formal, combinado com o artigo 71, todos do Código Penal.

O impetrante sustenta a nulidade da prova obtida mediante a interceptação das comunicações telefônicas e por “e-mails” que “o Paciente manteve ao longo dos meses de março a outubro de 2007”. Refere que o vício decorre “por violação desproporcional e indevidamente motivada aos direitos-garantias fundamentais do Paciente ao segredo de suas comunicações telefônicas e informatizadas, e a não fornecer prova contra si mesmo, bem como por extrapolação de limite temporal razoável à duração das interceptações autorizadas e prorrogadas na

espécie". Nesse aspecto, aduz que "diversos terminais telefônicos fixos e móveis do Paciente, bem como seu endereço eletrônico, sofreram interceptações durante lapso de 240 dias, ou 8 meses, sem que em momento algum tal extensão cronológica houvesse sido devidamente justificada nos autos", sendo que ocorreram "interceptações a terminais não autorizados" e "escutas em períodos não cobertos pelos sucessivos alvarás judiciais". Postula a concessão de medida liminar "tão só para vedar provisoriamente qualquer utilização e/ou valoração das provas ora aqui inactivadas até que esta Colenda Turma aprecie o mérito da ordem impetrada".

(...)

Na decisão que indeferiu a pretensão liminar, a matéria foi examinada nos seguintes termos:

A Constituição Federal giza que o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (artigo 5º, inciso XII).

Havendo, portanto, previsão legal para que se promova a interceptação de comunicações telefônicas, não se evidencia vício nesse tipo de prova, desde que observados os respectivos preceitos legais, pois em muitos casos o direito privado é relativizado frente ao interesse público, que prepondera sobre aquele. Consoante consignou o Supremo Tribunal Federal, "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros" (MS n. 23.452-RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJU, ed. 12.05.2000).

A respeito da duração, importa destacar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "As prorrogações da interceptação telefônica, autorizadas pelo Juízo, de fato não podem exceder 15 dias; porém, podem ser renovadas por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes, em que possa ocorrer a renovação, desde que comprovada a necessidade" (HC n. 34.701-SP, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU, ed.

19.12.2005, p. 473), bem como que “A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela Polícia” (HC n. 60.809-RJ, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJU, ed. 22.06.2007, p. 261).

A Lei n. 9.296/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Com efeito, do exame perfunctório dos autos, constata-se que as decisões judiciais que autorizaram, e que renovaram, as interceptações das comunicações telefônicas e informatizadas foram, em princípio, devidamente fundamentadas, atendendo, aparentemente, os preceitos legais para a medida. Além da autoridade impetrada destacar que inexistem “nos autos outros dados que permitam inferir que a investigação pode prosseguir por seus meios ordinários”, acrescenta que “A urgência na apuração dos delitos, até mesmo para que eventuais conseqüências sejam minimizadas, impõe que a prova pretendida seja obtida por meio das medidas requeridas”. Ainda que de forma sucinta, a decisão inaugural da medida em apreço declina as razões que autorizaram a quebra do sigilo daquelas comunicações. Tendo em vista os resultados obtidos com as interceptações, foram deferidas as respectivas renovações.

Vale destacar que o juízo impetrado estava atento aos pedidos de prorrogação formulados pelo órgão encarregado da investigação, uma vez que requereu esclarecimentos quando constatou possíveis irregularidades na condução das interceptações autorizadas (fl. 140 do volume I do Apenso), prestadas nas fls. 144-145. Ato contínuo, determinou que “Tudo que foi apurado a partir da interceptação do terminal (...) no período compreendido entre 20.04.2007 e 04.05.2007 não pode servir para qualquer finalidade, haja vista que tal interceptação não estava lastreada pela indispensável autorização judicial”, determinando a respectiva inutilização do respectivo material produzido (fl. 172).

Tais fatos denunciam a perspicácia e preocupação da autoridade impetrada na condução das medidas que resultaram na produção de provas decorrentes das interceptações das comunicações, telefônicas e informatizadas, do paciente.

Portanto, não se pode, desde já, concluir que a apontada prova produzida, cuja ilegalidade não resta, nesta oportunidade de exame sumário da matéria, flagrantemente demonstrada, irá servir de base para eventual sentença condenatória. O que o impetrante pretende é que se faça juízo prematuro acerca da legalidade de prova cuja utilização para o fim antes referido pode não se concretizar. Tal exame deve ser realizado pelo juiz da causa e, posteriormente, se for o caso, pelo competente tribunal de apelação, que poderão, frente a todos os elementos de prova apurados durante a investigação e instrução processual, melhor examinar a matéria.

De qualquer forma, verifica-se que o processo teve por encerrada a fase para as partes requererem a realização de diligências (artigo 402 do CPP), não se evidenciando iminente perigo à liberdade de ir e vir do paciente a justificar a concessão da medida de urgência ora pleiteada.

Isso posto, indefiro a liminar requerida.

Nas informações prestadas, referiu o juízo *a quo*:

As interceptações levadas a cabo no bojo deste feito, ainda quando em incipiente fase (pré-processual) deste caso penal, que já caminha para a apresentação das alegações finais, foram integralmente cumpridas, observando-se os relevantes requisitos constitucionais e legais para concessão da medida excepcional de interceptação.

Vale dizer, a decisão inaugural de interceptação (cuja cópia encaminho em anexo) tratou, com esmero, a situação prática apresentada, evidenciando-se a sobreposição do interesse público na apuração dos fatos ao direito individual relativo ao sigilo das comunicações.

Além disso, todas as prorrogações das medidas investigativas basearam-se em razoáveis indícios do cometimento de infração penal, tanto é verdade que este juízo decretou a prisão preventiva dos acusados Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley, conforme decisão exarada em 21.09.2007 (cópia em anexo).

(...)

No tocante ao período de interceptação não contemplado pelo alvará, cumpre ressaltar as três decisões proferidas (cujas cópias seguem em anexo), onde se verifica o cuidado deste juízo no trato da questão em comento, bem como a ativa e diligente correção dos fatos, conforme se vê dos seguintes trechos das indigitadas decisões (...)

No parecer lançado nos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem:

8. De qualquer modo, na linha do que já firmado pela decisão indeferitória da pretensão liminar, não há como acolher o pleito.

9. Primeiro porque não há qualquer violação de proporcionalidade no caso em comento. Os delitos aqui apurados em sede de ação penal são "absolutamente graves", notadamente como praticados. Têm efeitos deletérios para o interesse coletivo, perpassando o mero interesse individual, que, ao que parece, é o que norteia a concepção da impetração para a definição do que é crime grave e o que não é.

10. De outro bordo, não há nenhum excesso nas investigações, que duraram aproximadamente 08 meses. Todas as interceptações foram deferidas mediante fundamentadas decisões (aos olhos impetração, parece novamente, concisão seria sinônimo de ausência de fundamentação). Muito bem reconhecido na decisão monocrática neste writ, a autoridade coatora foi muito minuciosa em todos os detalhes, procurando evitar exatamente que fosse produzida alguma prova desbordando dos limites legais e constitucionais.

11. Efetivamente, traz-se na impetração cópia de ementa de julgado do STJ (6ª Turma, que teria acolhido argumentos parciais insertos neste writ. Desbordando de unísono entendimento no STF, da 5ª Turma do STJ e da grande maioria dos tribunais pátrios acerca da matéria, houve o trancamento de ação penal por crimes graves supostamente por ausência de fundamentação e prorrogação injustificada das investigações.

(...)

13. Posteriormente aos julgados retromencionados, ratificou, a 5ª Turma do STJ, a possibilidade das prorrogações tantas quantas forem necessárias. Confira-se:

(...)

14. Também não se verifica qualquer ilicitude na circunstância de que, na origem, as investigações partiram de denúncia anônima. Houve coleta inicial de provas que, ulteriormente, diante da comprovação mínima da procedência do que denunciado, redundou nas quebras de sigilos. O procedimento se coaduna estreitamente com o entendimento dos tribunais.

Decorrentemente, por todos os fundamentos antes expostos, não se evidencia a existência de coação ilegal a ser sanada na via eleita.

Ante o exposto, voto por denegar a ordem de *habeas corpus*. (fls. 101-104, destaquei).

Alega o impetrante que o acórdão impugnado restringiu-se a transcrever a manifestação do próprio juiz de primeiro grau, o parecer do Ministério Público e as digressões constantes do indeferimento da liminar.

Aduz que a ilegalidade reside em “adotar fundamentos totalmente equivocados e superados pela novel jurisprudência e doutrina pátria para lastrear sua decisão, muitas delas que sequer se adequam ao caso”.

Sustenta, em síntese, que foram contrariados os critérios da proporcionalidade e da subsidiariedade, previstos nos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, e 5º da Lei n. 9.296/1996.

Defende que a denúncia anônima não poderia embasar um pedido de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, salientando que sequer foram feitas investigações mais aprofundadas em relação ao teor daquela denúncia.

Argumenta que são ilícitas as interceptações sem motivação adequada e antes de esgotarem-se os outros meios de buscas por elementos probatórios, assim como as prorrogações subsequentes.

Invoca precedentes desta Corte, quais sejam, os *HHCC* n. 76.686 e n. 116.375.

Alega, ainda, que qualquer restrição a direito fundamental deve ser devidamente delimitada temporalmente; entretanto, no caso em apreço, as interceptações perduraram por mais de 240 (duzentos e quarenta) dias.

Afirma que alguns números foram interceptados sem a devida autorização judicial e que vários números, apesar de terem autorizações em dado momento, foram escutados ininterruptamente por períodos não amparados pelas autorizações. Assevera, ainda, que os relatórios fornecidos pela operadora não foram anexados ao inquérito policial.

Requer, liminarmente, a suspensão do processo ou da “abertura da fase do art. 403 do Código de Processo Penal” na ação que tramita na 1ª Vara Federal de Ponta Grossa, determinada na audiência do dia 25.01.2010, até o julgamento definitivo deste *writ*.

No mérito, pretende:

- a) seja decretada a ilicitude desses meios de prova e a nulidade das decisões judiciais que os decretaram;
- b) seja determinada a exclusão dos autos da ação penal de todos os documentos e mídias relativos a essas interceptações telefônicas e de e-mails,

a fim de que sejam oportunamente destruídos, bem como decretar a sua imprestabilidade para qualquer outro incidente processual.

Impetrou-se, anteriormente, em favor do paciente, o HC n. 128.599-PR, cujo pedido liminar foi indeferido, sendo, contudo, concedida a ordem, em aresto, de minha relatoria, assim ementado:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra a ordem tributária e contra a administração pública. Prisão preventiva revogada com determinação de afastamento do cargo. Art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. Aplicação no processo penal. Inviabilidade. Poder geral de cautela no processo penal para fins restritivos. Inexistência.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, previsto para casos de improbidade administrativa.

2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, determinada pelo Tribunal *a quo*, no seio da Ação Penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1ª Vara Federal de Ponta Grossa-PR. (j. 07.12.2010, ainda pendente de publicação).

Ajuizou-se, ainda, perante esta Corte, o HC n. 135.048-PR, em favor do corréu Manoel Lacerda Cardoso Vieira, cujo pedido liminar também foi indeferido.

A liminar neste *writ* foi indeferida, fls. 933-935.

Interposto agravo interno, fls. 938-947, restou a insurgência improvida, fls. 984-989.

As informações foram prestadas às fls. 951-960 e 965-983.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 994-1.003, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner N. Batista, opinando pela denegação da ordem.

Já tendo sido apresentadas as alegações finais na ação penal em testilha, após a concessão da ordem de *Habeas Corpus* n. 128.599, converteu-se o julgamento em diligência para o cumprimento do determinado por esta colenda Sexta Turma, aguardando-se, nesta quadra, somente a prolação da sentença.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da presente impetração cinge-se à verificação do acerto da determinação/execução de interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas promovida em desfavor do paciente.

A regularidade da medida cautelar é atacada na impetração sob diversos ângulos, em alentada petição, que enfoca não só a primeira constrição e subseqüentes prorrogações, mas, também suas circunstâncias, mediante considerações acerca da atuação da autoridade policial e do Ministério Público Federal.

Assim, para melhor enfrentar as questões levantadas, serão elas destacadas.

1. A NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO E A NOTÍCIA ANÔNIMA

Este tema já foi tratado mais de uma vez por esta Corte, inclusive nos precedentes colacionados na impetração.

No seio do *Habeas Corpus* n. 53.703-RJ, tive oportunidade de me manifestar em hipótese assemelhada à presente.

Em tal ocasião, salientei:

Pois bem, é importante precisar se, de fato, a maneira pela qual se viabilizou a comunicação dos fatos, em tese criminosos, foi, realmente, apócrifa.

Segundo o vernáculo, é apócrifo o texto “que não apresenta autenticidade; falso”.

De acordo com a primeira acepção, os impetrantes buscam negar a existência de real autoria à comunicação, que teria sido subscrita por alguém de nome Carlos Gallo. Argumenta-se que tal nome não representaria, efetivamente, uma pessoa, inexistindo dados que lhe conferissem individualidade.

A Procuradora-Geral do Trabalho, à fl. 23 do inquérito (constante do apenso) afirma que teria havido “expediente subscrito pelo Sr. Carlos Gallo”. Todavia, efetivamente tal pessoa não subscreve os papéis constantes dos autos, havendo, em um dos escritos a referência na parte inferior da folha a:

Carlos Gallo

Comerciário Carioca (fl. 177 do apenso).

Ressuma ainda dos autos do inquérito policial, que foram instaurados dois procedimentos investigatórios no âmbito estadual, os quais culminaram unificados, cf. fl. 257 do apenso.

No curso do inquérito policial a suposta pessoa de nome Carlos Gallo não foi ouvida.

O aresto atacado, registrou, reportando-se ao parecer ministerial, que a persecução penal foi inaugurada para a elucidação de crime em tese:

A eminente Procuradora de Justiça Cláudia Maria O. dos Santos, em exaustiva análise da questão, entendeu deva ser denegada a ordem, fls. 31-38, porque não se pode impedir a atuação da Polícia Judiciária para apurar os fatos constantes dos documentos trazidos com a inicial, que, em tese, são penalmente típicos, eis que fazem referência a “esquema milionário” de desvio, pelos pacientes, de dinheiro do Sindicato (fl. 256).

Em seguida, a autoridade apontada como coatora aponta a relevância de providências de política criminal como o “disque-denúncia”, por meio do qual se preserva a identidade dos informantes, identificando-se um sem-número de ocorrências delitivas.

No entanto, como bem decidiu esta colenda Sexta Turma, acolhendo-se o brilhante voto do Ministro Nilson Naves, é necessário precisar-se os contornos da “denúncia anônima”. Trata-se, sim, de expediente valioso para elucidar vários crimes, ao tempo em que também cuida de preservar vítimas e/ou testemunhas. Mas, é de bom alvitre impor limites e esclarecer o âmbito de legitimidade da providência. Destina-se ela a conduzir a autoridade policial a hipóteses em que se deparará com a flagrância ou, ao menos, com a materialidade delitiva.

Assim, diante de comunicação apócrifa, não é possível instaurar-se inquérito policial para se averiguar sua veracidade. O que tal providência possibilita é a condução da autoridade para um cenário em que, se o caso, *per se*, diante do encontrado, possa se iniciar formalmente o procedimento investigatório.

Neste sentido, confira-se o entendimento do Pretório Excelso:

Anonimato. Notícia de prática criminosa. Persecução criminal. Impropriedade. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente. (HC n. 84.827-TO, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-147 DIVULG 22.11.2007 PUBLIC 23.11.2007).

Consigne-se, então, o entendimento acolhido por esta Sexta Turma:

Procedimento criminal (acusação anônima). Anonimato (vedação).

Incompatibilidade de normas (antinomia). Foro privilegiado (prerrogativa de função). Denúncia apócrifa (investigação inconveniente).

1. Requer o ordenamento jurídico brasileiro – e é bom que assim requeira – que também o processo preliminar – preparatório da ação penal – inicie-se sem mácula.

2. Se as investigações preliminares foram iniciadas a partir de correspondência eletrônica anônima (e-mail), tiveram início, então, repletas de nódoas, tratando-se, pois, de natimorta notícia.

3. Em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

4. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida.

5. Deve-se, todavia, distinguir cada caso, de tal sorte que, em determinadas hipóteses, esteja a autoridade policial, diante de notícia, autorizada a apurar eventual ocorrência de crime.

6. Tratando-se, como se trata, porém, de paciente que detém foro por prerrogativa de função, ao admitir-se investigação calcada em denúncia apócrifa, fragiliza-se não a pessoa, e sim a própria instituição à qual pertence e, em última razão, o Estado democrático de direito.

7. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de determinar o arquivamento do procedimento criminal.

(HC n. 95.838-RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 17.03.2008).

Apesar de me alinhar com o entendimento vertido nos arestos transcritos, penso que a realidade trazida no *writ* é dotada de particularidades que afastam a aplicabilidade de tais precedentes.

Na hipótese, a Autoridade Policial, em atenção à requisição ministerial, não iniciou o inquérito policial tão-apenas com fulcro em material apócrifo. Não. Antes da determinação da instauração de inquérito policial, o *Parquet* fluminense, instado pela Procuradoria-Geral do Trabalho, procedeu a diligências, determinando a colheita de manifestação do Sindicato dos Empregados do Comércio no Rio de Janeiro (fl. 33 do apenso). Foram, então, apresentadas as informações pelo Sindicato às fls. 34-39. Somente após é que se requisitou a instauração do inquérito policial.

Com a instauração do inquérito, foram colhidos vários depoimentos sendo, inclusive, relacionados os automóveis de propriedade dos investigados, fls. 261-283 do apenso. Os autos demonstram, ainda, a dificuldade enfrentada pela Autoridade Policial para cumprir suas diligências, conforme os relatórios constantes do feito em que se aponta não estar a Defesa a cooperar de maneira pronta e efetiva para a elucidação do crime de apropriação indébita.

De acordo com recentes informações prestadas pela Autoridade Policial:

(...)

Saliente-se que além da comunicação à Procuradoria do Trabalho e dos panfletos, também foram carreadas várias matérias jornalísticas dando conta de sinais patentes de enriquecimento, como a propriedade de aviões e um helicóptero (fl. 173 do apenso).

Assim, não se está diante de simples caso de anonimato, circunstância que afasta a legitimidade da instauração de persecução penal. Pelo contrário, houve, antes, trabalho de colheita de provas que desvestiu a hipótese da pecha de ilegitimidade.

Portanto, reputo prematuro determinar o trancamento das investigações diante do teor das reportagens produzidas e dos elementos coligidos até o momento.

Eis o teor da notícia anônima:

Denuncio o fiscal Alexandre Longo da Gerência da Receita Federal de Ponta Grossa e a empresa Polísul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. que fica em União da Vitória-PR por fazerem "acerto". O fiscal que devia multar a empresa acertou de fazer um documento de alto valor que eles anulariam na justiça e a Polísul ainda ia receber dinheiro de volta. O fiscal se encarregou de arrumar os advogados que defenderiam a empresa e combinou o acerto em dinheiro. Vocês tem que tomar uma providência. O fiscal que deve ganhar bem, chega num carrão importado (acho que é um Corola) e ainda rouba o dinheiro do povo. E a empresa também. Vocês tem que mandar aquela família dos Passos pra cadeia também. Vocês são a esperança do assalariado honesto que paga seus impostos com dificuldades vendo a corrupção enriquecer esses criminosos. (fl. 152).

Após o recebimento do documento apócrifo, a fim de instruir a peça de informação criminal instaurada perante a Procuradoria da República no Município de Ponta Grossa-PR, o *Parquet*, por meio do ofício de fls. 154-155, requereu ao Delegado da Receita Federal, Fernando Antonio Gonçalves Celestino Saraiva:

a) encaminhar cópia integral de procedimento fiscalizatório instaurado em desfavor do contribuinte “Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.” (...); b) informar se houve impugnação administrativa ou judicial do respectivo crédito tributário e, em caso positivo, encaminhar cópia da documentação pertinente à impugnação, acaso arquivada no âmbito administrativo dessa Delegacia da Receita Federal; c) informar se o auditor fiscal acima nominado utilizou-se de veículo oficial para o deslocamento até o Município de União da Vitória, com o fim de realizar a respectiva ação fiscalizatória.

Por oportuno, requeiro, ainda, o envio de documentos ou informações complementares que Vossa Senhoria entender pertinentes para a elucidação dos fatos acima narrados, bem como a manutenção do caráter sigiloso do presente requerimento. (fls. 154-155).

Posteriormente, a Delegacia da Receita Federal, em resposta (fl. 156) ao ofício ministerial, enviou cópia integral do procedimento fiscalizatório realizado na empresa Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. (fls. 177-217). Foram apresentados, ainda, dados relativos à ação ordinária com antecipação de tutela deferida em favor da empresa fiscalizada (fls. 161-177). Foram fornecidas, ainda, informações relativas ao meio de transporte do paciente, que não costumava solicitar viatura oficial, utilizando meios próprios. Esclareceu-se, ainda, que normalmente o paciente vinha trabalhar com veículo modelo Corolla.

Seguiu-se, então, novo ofício ministerial à autoridade fiscal, solicitando que não fosse formulada, ao menos por lapso temporal suficiente ao prosseguimento da investigação, representação à Corregedoria-Geral da Receita Federal, a fim assegurar o caráter sigiloso da investigação (fl. 157).

Forte em tais argumentos, acredito que, tanto em tal feito quanto no presente, houve outros elementos que à notícia anônima se juntaram anteriormente à tomada de providências investigativas criminais, de tal forma a não apurar, neste particular, mácula nos fatos trazidos a exame.

In casu, note-se que o Ministério Público, além do relato apócrifo, cuidou de colher depoimentos de uma outra suposta vítima - Silval Ferreira da Silva, além de Delegado da Receita Federal, Doutor Fernando Antonio Gonçalves Celestino Saraiva.

Confira-se, ainda, o entendimento do Pretório Excelso:

Habeas corpus. Constitucional e Processual Penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito.

Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal. 1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC n. 84.827-TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23.11.2007), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa “denúncia” são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais, tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos “denunciante”. Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito. 3. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 95.244, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23.03.2010, DJe-076 DIVULG 29.04.2010 PUBLIC 30.04.2010 EMENT VOL-02399-05 PP-00926 RSJADV jun., 2010, p. 36-47 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 480-501).

Assim, não se esgotando em mero anonimato a fonte das providências investigativas, não há falar em violação ao disposto no comando constitucional do art. 5º, inciso IV, do Texto Maior.

2. A DETERMINAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Neste tópico, deve-se proceder a uma segmentação de exame, visto que a impetração afronta, inicialmente, o fato de a providência invasiva ter sido ordenada sem ao menos haver a prévia instauração de inquérito policial.

2.1 A AUSÊNCIA DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

Ao que se depreende, o requerimento da providência constritiva deu-se no seio de procedimento instaurado pelo Ministério Público, Procedimento Investigatório n. 1.25.008.000010/2007-25, no qual foram colhidos os já citados depoimentos da autoridade fazendária e de outra indigitada vítima da atuação do paciente, na qualidade de auditor fiscal da Receita Federal.

Desta forma, verifica-se que, a despeito de inexistir, no nascedouro da interceptação, inquérito policial, apura-se que o pleito respectivo foi vertido no curso de procedimento ministerial investigatório. Como não se ataca por

meio do *writ* a legalidade dos poderes investigatórios do *Parquet*, não se colhe qualquer afronta aos comandos de regência da medida cautelar em comento, em relação à inoportunidade de procedimento no qual se viabilizou a interceptação.

2.2. A MOTIVAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO

Eis a motivação pela qual o juiz de primeiro grau ordenou a interceptação de comunicações, no primeiro momento, apenas telefônicas:

O *Parquet* Federal fundamenta o pleito a partir de indícios de irregularidades na conduta funcional de Alexandre Longo, consistentes na exigência de vantagem pecuniária indevida em razão do exercício da função de Auditor-Fiscal da Receita Federal, e para Carlos Alberto Franco Wanderley, com a intermediação deste último e o escopo de deixar de lançar tributo ou fazê-lo parcialmente.

Afirma o MPF que a primeira conduta delitiva de Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley consistiria na lavratura do Auto de Infração n. 16408.001135/2006-43, em desfavor da empresa Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., com valor superior a R\$ 6 milhões. Segundo *notitia criminis* anônima feita ao MPF, o lançamento teria sido efetuado por valor superior ao correto com o intuito de ser impugnado judicialmente através de advogado indicado pelo próprio Alexandre Longo.

Em resposta ao Ofício n. (...) do MPF (...), o Delegado da Receita Federal afirmou (...) que *não há registro de impugnação administrativa ao lançamento efetuado, havendo, isto sim, Ação Ordinária que corre sob n. 2006.70.14.002672-5 com antecipação de tutela deferida em favor do fiscalizado, conforme extrato retirado do sítio eletrônico da Justiça Federal do Paraná*. Os documentos de fls. 18-34 demonstram que tal ação ordinária é patrocinada pelo advogado Carlos Alberto Franco Wanderley. A notícia crime anônima e o respectivo envelope foram juntados às fls. 09-10.

A segunda conduta delitiva, continua o *Parquet*, consistiria na exigência feita por Alexandre e Carlos Alberto de receberem, respectivamente, R\$ 70.000,00 e R\$ 20.000,00, para que não fosse lançado tributo, ou fosse com valor inferior ao correto, ao final da ação fiscal que há havia sido instaurada em face da empresa rural dos sócios Sinval Ferreira Silva, Zélio Betim e Aloizio Francisco de Moura. A indevida exigência teria sido feita em reunião ocorrida nas dependências do escritório do advogado Carlos Alberto Franco Wanderley, onde estaria presente o AFRF Alexandre Longo. Esses fatos foram narrados em depoimento prestado ao MPF pelo Sr. Sinval Ferreira Silva no último dia 20 (fls. 15-16).

Conclui o *Parquet* dizendo que Alexandre Longo está em exercício na Delegacia da Receita Federal de Ponta Grossa há pouco tempo (desde setembro de 2006), sendo que, mesmo assim, teria praticado as duas condutas narradas em

outubro de 2006 e fevereiro do corrente, havendo fortes indícios de continuidade da prática delitiva investigada. Por visualizar indícios da prática, em tese, do crime previsto no art. 3º, II c.c. art. 11 da Lei n. 8.137/1990, o Ministério Público Federal requer esta medida.

(...)

A investigação criminal iniciada pelo Ministério Público Federal teve origem na notícia crime anônima, nas informações prestadas pelo Delegado da Receita Federal e nas declarações firmadas ao MPF pelo Sr. Sinval Ferreira Silva. Não obstante o cuidado que se deve ter com “denúncias” feitas através de documentos apócrifos, no caso em tela a situação narrada em tal documento foi confortada pelos indícios posteriormente colhidos pelo *Parquet*.

Com efeito, afirmou o Sr. Sinval perante o I. Procurador da República que (termo de depoimento de fls. 15-16):

(...)

A gravidade dessas declarações, por sua vez, encontra ressonância, ao menos nessa fase das investigações, nas informações prestadas pelo Delegado da Receita Federal, relativamente ao procedimento fiscal realizado em face da outra empresa (Polisul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.).

Desse modo, tenho que o pleito do MPF deve ser deferido. Com efeito, os fatos relatados podem caracterizar, se comprovados, a prática do crime tipificado no art. 3º, II, c.c. art. 11 da Lei n. 8.137/1990, cuja pena é de reclusão de 03 a 08 anos, além de multa. Outrossim, há indícios razoáveis de cometimento da infração penal por Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley.

Além disso, a diligência apresenta-se indispensável à investigação de tais fatos, pois não há nos autos outros dados que permitam inferir que a investigação pode prosseguir por seus meios ordinários. A urgência na apuração dos delitos, até mesmo para que eventuais consequências sejam minimizadas, impõe que a prova pretendida seja obtida por meio das medidas requeridas.

O interesse público concernente à efetiva apuração dos fatos sobrepõe-se ao direito individual relativo ao sigilo das comunicações telefônicas. De fato, forte no princípio da proporcionalidade, penso que o sigilo telefônico cede espaço para o interesse maior da sociedade na obtenção dos elementos que viabilizem a apuração de fatos tidos como delituosos, desde que se mostrem necessárias e adequadas as medidas, como ocorre aqui, exauridos ou inviáveis os meios ordinários para o sucesso da investigação.

(...)

Ante o exposto, defiro o pedido de interceptação telefônica dos seguintes terminais:

a) (42) 9915-6766 e (42) 9128-3123, pertencentes a Alexandre Longo; (...)
(fls. 219-223).

Da leitura do *decisum*, não deflui carência de motivação. No tocante aos pressupostos para a decretação da interceptação, estariam eles satisfeitos. De um lado, se tratava a investigação, formalizada em procedimento ministerial, de crime punido com reclusão - art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990 -, e, de outra volta, tendo em vista que tal modalidade de concussão costuma se dar à portas fechadas, em reuniões privadas (de acordo com o *modus operandi* indicado no depoimento da indigitada vítima Sinval), estar-se-ia satisfeita a imprescindibilidade da providência.

Já os fundamentos de cautelaridade, a meu sentir, também se encontrariam atendidos, dado o substancial *fumus comissi delicti*, além do risco de reiteração delitiva a empolgar o *periculum in mora*.

Portanto, não vislumbro, na inauguração da medida constritiva, irregularidade a conduzir à sua invalidação.

3. A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS CONSTRITIVAS

A impetração bate-se, de forma contundente, contra a maneira pela qual vieram a lume tanto as prorrogações da interceptação telefônica, quanto a interceptação das comunicações telemáticas.

Aduz que, em 18.04.2007, o Procurador da República, sem trazer nenhum fato que corroborasse a necessidade de continuidade das escutas telefônicas, em texto padronizado, solicitou a prorrogação pelo prazo de mais 15 dias. Então, o Juiz *a quo*, sem a mínima motivação que revestisse de legalidade sua decisão, teria deferido o pedido. Não teria sido apresentado qualquer relatório, não se enunciando sequer um fato novo.

A primeira prorrogação foi deferida nos seguintes termos:

O Ministério Público Federal representou, às fls. 106-107, pela prorrogação da interceptação das comunicações tão somente do telefone móvel n. (42) 9128-3123, entendendo desnecessária a continuidade de interceptação em relação aos demais telefones, a saber (...).

Requeru, ainda, a interceptação telefônica do terminal n. (42) 9131-0882, repisando os fundamentos que embasaram o pedido de fls. 02-07.

Os autos vieram-me conclusos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A prorrogação da interceptação em relação ao terminal n. (42) 9128-3123 deve ser deferida, bem como a interceptação do terminal n. (42) 9131-0882.

Trata-se de pretensão com amparo constitucional e legal, justificada no caso concreto porque há indícios razoáveis de cometimento da infração penal por Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley; a prova não pode ser obtida por meios ordinários; os fatos investigados podem constituir, acaso comprovados, infrações punidas com pena de reclusão; há previsão legal da possibilidade de prorrogação da interceptação (Lei n. 9.296/1996, art. 5º, segunda parte). (fl. 254).

Ao que se percebe, o magistrado de primeiro grau retomou a motivação vertida quando da primeira determinação. Nota-se, desta maneira, que, diante da manutenção do cenário que teria conduzido à medida constritiva, foi ordenado o seu prosseguimento.

É de se ter em foco não prosperar a alegação de que não haveria elementos nos autos a embasar a prorrogação.

Segundo o Ministério Público:

Outrossim, tendo em vista as informações prestadas no Ofício n. 23.243/2007 (fl. 97) do Núcleo de Inteligência Policial, bem como o conteúdo do *Compact Disc* (CD) com as gravações interceptadas no período de 28 de março a 10 de abril, revela-se desnecessária a continuidade da interceptação em relação aos números (42) 9915-6766, no qual foram registrados apenas algumas tentativas de ligações, (42) 9115-9741, no qual não foram registradas ligações e ainda no telefone (42) 3222-0668, o qual, por pertencer ao escritório de Carlos Alberto Franco Wanderley, recebe um volume muito grande de ligações sem relação com os fatos investigados, dificultando sobremaneira os trabalhos dos agentes policiais. (fl. 252).

Portanto, não apuro ilegalidade na primeira prorrogação.

Quando do segundo pedido de prorrogação, o magistrado de primeiro grau indagou da autoridade policial acerca da necessidade da constrição (fls. 283-284), ao que sobreveio a seguinte resposta:

Senhor Juiz Federal,

(...)

a) *Realmente houve erro*. O analista responsável pela transcrição dos diálogos relevantes e também por cuidar dos prazos *não observou que no último encaminhamento não havia alvará para o n. 42 32220658*. Outro fato que também não costuma acontecer e que contribuiu para o erro foi a continuidade de emissão dos áudios pela Operadora que, via de regra, faz rigorosa conferência das autorizações para interceptações. E, por último, *erro também desta autoridade que, em virtude da coincidência com operação de grande porte a cargo deste Núcleo*

(Campo Verde), não conferiu, como devia, o relatório encaminhado. Desta forma, caso seja entendimento de Vossa Excelência, solicito devolução do relatório para a devida correção;

b) *O pequeno período interceptado, duas quinzenas, tal como costumeiramente ocorre nas operações de alvos sensíveis e cuidadosos, não costuma descortinar, à primeira vista, condutas delituosas.* Somente após a escuta de vários diálogos, com o reconhecimento de voz dos interlocutores e seus modos de agir e se comunicar, é que o analista, em conjunto com a equipe vai formando sua linha investigativa;

c) conforme exposto na resposta anterior, pediu-se a prorrogação para, em mais um período, tentar apurar as condutas criminosas atribuídas a *Alexandre Longo e Carlos Alberto Franco Wanderley*;

d) também é praxe monitorar todos os meios possíveis de comunicação dos alvos, assim que detectados. *A interceptação telefônica já não traz os mesmos resultados de alguns anos atrás.* Muitos investigados somente conversam sobre assuntos relevantes por e-mail por intermédio de apelidos na *Internet* e por telefones denominados “bombinhas”, que são celulares clonados ou sem cadastro fidedigno, adquiridos no mercado alternativo. (fls. 287-288).

Diante de tal quadro, assentou o juiz:

Tudo o que foi apurado a partir da interceptação do terminal n. (42) 3222-0658 no período compreendido entre 20.04.2007 e 04.05.2007 não pode servir para qualquer finalidade, haja vista que tal interceptação não estava lastreada pela indispensável autorização judicial. Foi realizada, segundo admitiu a própria autoridade policial (fl. 144 - item “a”), por erro, vale dizer, por indevida continuação da interceptação autorizada para os quinze dias iniciais, que estava lastreada pelo Alvará Judicial n. 001/2007 (fl. 80).

Além disso, deve a autoridade policial se ater exclusivamente aos fatos objeto dessa investigação e, eventualmente, àqueles que lhes sejam conexos ou em que haja relação de continência (CPP, artigos 76 e 77). Ao que parece, os trechos de conversas destacados no relatório de fls. 133-137 nada têm a ver com o objeto do presente procedimento investigatório e, sendo assim, não podem ter qualquer utilização.

(...)

Assentadas as premissas acima, tenho que as razões que ensejaram o deferimento das interceptações (fls. 76-78 e 108) permanecem incólumes, considerando-se as respostas dadas pela autoridade policial nos itens “b”, “c” e “d” de fls. 144-145, corroboradas pelo Ministério Público Federal (fl. 147).

Note-se que o produto do labor policial, no referido período, acabou sendo “desentranhado e destruído (triturado)” (fl. 280).

Ao contrário da tonalidade conferida pela impetração ao evolver processual, a meu sentir, a atuação do magistrado de primeiro grau, diante do desvio na execução da medida cautelar, foi exemplar. Prontamente esquadrinhou-se o equívoco, chamando o feito à ordem e corrigindo os rumos da persecução penal.

Assim, vendo a permanência da necessidade da providência constritiva, o juiz manteve a constrição.

Portanto, não colho ilegalidade, também, na segunda prorrogação.

No tocante à terceira prorrogação, aponta-se que autoridade policial teria tentado ilaquear a boa fé do magistrado, tentando aproximar do nome do paciente a outra atuação da Polícia Federal, acontecida em Manaus-AM, nominada Operação Hiena. Demais disso, foi apontado que o paciente dispunha de telefone naquela localidade. Todavia, ao que se percebe da decisão de fl. 335, não há referência a tais fatos, não havendo falar, portanto, em maior relevância na ilação empreendida pela autoridade policial, *verbis*:

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal pugnou pelo deferimento das medidas solicitadas pela autoridade policial, haja vista “a prática, *a priori*, em tese, de graves condutas ilícitas perpetradas pelos alvos ora investigados”.

Tenho que a interceptação dos referidos meios de comunicação deve ser deferida. Veem-se, ante os resultados até agora obtidos, razoáveis indícios de cometimento de infração penal pelos investigados.

De tal forma, nos estritos termos das decisões proferidas às fls. 76-78 e 148-150, defiro o pedido de prorrogação/autorização da interceptação dos seguintes meios de comunicação, pelo prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir de sua efetivação. (fl. 335).

No pertinente à quarta prorrogação, é destacado que a autoridade policial perdeu-se em digressões relativas à existência de um cofre com fundo falso, além de sublinhar que o paciente possuiria fazendas e gado, que seriam indícios de atuação ilícita. Igualmente, como tais particularidade não ingressaram na motivação da nova prorrogação, não vislumbro ilegalidade na continuação da interceptação, *verbis*:

Com vista dos autos o Ministério Público Federal pugnou pelo deferimento dos pedidos formulados pela autoridade policial. Assevera o *Parquet*, sucintamente, que o monitoramento tem tido profícuo resultado na colheita de elementos probatórios.

É o sucinto relatório. Decido.

O terminal n. (42) 9908.9529 pertence a Armando França de Araújo que, conforme relatório confeccionado pela autoridade policial, “é o braço direito” de Alexandre Longo, efetuando várias negociações em nome deste. Ademais, o investigado Alexandre, por diversas vezes, alertou Armando para que ligasse em seu “número seguro”, demonstrando, de tal forma, o estreito vínculo entre ambos.

Infere-se dos relatórios até o momento aduzidos aos autos, fortes indícios de uma empreitada delituosa.

Assim, tenho que a prorrogação/autorização de interceptação dos referidos meios de comunicação é medida que se impõe, devendo ser deferida. (fls. 388-389).

Relativamente às demais decisões que se seguiram, o magistrado, a meu sentir, não incorreu em ilegalidade, porquanto iterativamente reportava-se à primeira situação de necessidade, motivando, destarte, a contento a providência cautelar.

Em situações tais, colaciona-se a jurisprudência acerca do tema:

(...)

Interceptações telefônicas. Prorrogações sucessivas. Diligências que ultrapassam o limite de 30 (trinta) dias previsto no artigo 5º da Lei n. 9.296/1996. Possibilidade de várias renovações. Existência de decisões fundamentadas. Ilícitude não caracterizada.

1. Apesar de no artigo 5º da Lei n. 9.296/1996 se prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes.

(...)

2. Ordem denegada. Pedido de extensão indeferido.

(HC n. 118.803-SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 13.12.2010)

HC liberatório. Narcotraficância e associação para o tráfico. (...) Mandado de busca e apreensão e decisão de autorização de interceptação telefônica devidamente fundamentados. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem.

(...)

8. Encontram-se devidamente fundamentadas as decisões que autorizaram a busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica, bem como suas sucessivas prorrogações, porquanto ancoradas em elementos concretos que

apontam para a imprescindibilidade das medidas como forma de identificação de todos os envolvidos na prática delituosa em diversas cidades do Estado de Goiás, tudo devidamente registrado pelo Magistrado supervisor das medidas, não se vislumbrando qualquer irregularidade apta a fulminar de nulidade a prova colhida durante o Inquérito Policial.

9. A ausência da assinatura do Magistrado em uma das folhas de uma das decisões que prorrogou a interceptação telefônica constitui mera irregularidade, já devidamente sanada pelas decisões que a sucederam e mantiveram a prorrogação da escuta, não sendo razoável a pretensão do impetrante em ver declarada a nulidade de toda a investigação realizada.

10. *Habeas Corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC n. 144.303-GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 06.05.2010, DJe 07.06.2010).

Por fim, é imperioso ter como certo que todas as prorrogações que se seguiram, pelo período de março a outubro de 2007, foram justificadas, tendo sido apontada a sua imprescindibilidade para o monitoramento das ações do paciente. Nesta toada, a jurisprudência desta Casa de Justiça orienta-se no sentido de que as prorrogações podem ser autorizadas, em prazo razoável, enquanto a necessidade se mostrar presente:

Habeas corpus. Nulidade decorrente de condenação baseada em prova obtida mediante interceptação telefônica. Alegação de falta de fundamentação quanto à imprescindibilidade da medida e pela duração do monitoramento.

1) A necessidade da medida está demonstrada pela complexidade das investigações, porque trata a espécie de organização destinada ao tráfico internacional de entorpecentes, com grande número de integrantes.

2) Autorização de monitoramento devidamente fundamentada na natureza e gravidade do delito, tráfico internacional de entorpecentes, bem como no fato de ser a interceptação telefônica o único meio possível para a produção das provas.

3) Nenhuma ilegalidade há no deferimento de pedidos de prorrogação do monitoramento telefônico, que deve perdurar enquanto for necessário às investigações.

4) Não determinou o legislador que a prorrogação da autorização de monitoramento telefônico previsto na Lei n. 9.296/1996 pode ser feita uma única vez.

5) Coação ilegal não caracterizada. Ordem denegada.

(HC n. 133.037-GO, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 02.03.2010, DJe 17.05.2010).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes, associação para o tráfico e latrocínio, na forma tentada. Nulidade por inobservância do rito previsto na Lei n. 11.343/2006. Não-ocorrência. Crimes conexos. Adoção do rito ordinário. Maior amplitude de defesa. Interceptações telefônicas. Renovação. Possibilidade. Não-ocorrência. Ordem denegada.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem decidido que, nas hipóteses de conexão dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006 com outros cujo rito previsto é o ordinário, este deve prevalecer, porquanto, sob perspectiva global, ele é o que permite o melhor exercício da ampla defesa.

2. A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado motivadamente pelo Juízo sentenciante, considerando os relatórios apresentados pela polícia. Precedentes do STJ e STF.

3. No processo penal pátrio, no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal e o Enunciado Sumular n. 523 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem denegada.

(HC n. 116.374-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 1º.02.2010).

Desta maneira, não se tem por extrapolado o marco de razoabilidade fixado por esta colenda Sexta Turma no seguinte julgado:

Comunicações telefônicas (interceptação). Investigação criminal/instrução processual penal (prova). Limitação temporal (prazo). Lei ordinária (interpretação). Princípio da razoabilidade (violação).

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

2. A Lei n. 9.296, de 1996, regulamentou o texto constitucional especialmente em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação, admitindo-a por igual período, “uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse o prazo da Lei n. 9.296/1996 (art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º) e que haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.

4. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC n. 142.045-PR, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 15.04.2010, DJe 28.06.2010).

Portanto, a insurgência não se mostra em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Ministra Presidente, li, atentamente, o voto de V. Exa. e ouvi o bem lançado voto. Estou convencido de que o posicionamento que V. Exa. toma é o que está de acordo com o pensamento da jurisprudência deste Tribunal, notadamente desta Turma, de modo que acompanho o voto de V. Exa.

Denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Na assentada passada, após a sustentação oral, fiquei com a forte sensação de que a interceptação telefônica fora deferida, com base exclusiva na delação anônima. Após o voto da eminente Relatora, pedi vista, para examinar o tema.

Verifiquei, então, que essa delação anônima, cujo teor está copiado a fls. 152, data de 15 de janeiro de 2007. Depois dessa delação, a vítima Sinval Ferreira da Silva compareceu à Procuradoria da República, com o objetivo de narrar nova conduta delitiva atribuída ao paciente e a corrêu. Isso ocorreu em 20 de março de 2007. E o deferimento da interceptação telefônica data de 23 de março, sempre de 2007, a demonstrar que não se baseara exclusivamente na delação anônima, mas, sim, após início de prova produzida com a instauração de procedimento administrativo junto à Procuradoria da República, e, ainda, após a ouvida de Sinval Ferreira da Silva e do Delegado da Receita Federal, Dr. Fernando Antônio Gonçalves Celestino Saraiva.

Note-se que tais depoimentos foram coletados no Procedimento Investigatório n. 1.25.008.0000.10/82007-25 de iniciativa do Ministério Público, sem que, todavia, fosse discutida a legitimidade dessa instituição para abrir investigações, omissão que impede esta Corte Superior de examinar esse tema.

Seria, de certo, intolerável que se autorizasse a interceptação telefônica, sem prévias investigações, a permitir que a Polícia Federal ou Civil, o Estado-Administração, em suma, se limitasse, comodamente, a investigar com base exclusiva nas escutas.

Aliás, antes disso, convém consignar que a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 5º, XII, que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, disciplina a matéria e regulamenta o art. 5º, XII, referido. Seu artigo 2º traça os requisitos indispensáveis para a autorização da interceptação telefônica.

Na espécie, há indícios razoáveis de autoria, justamente o primeiro requisito. A delação anônima vem reforçada pela palavra da vítima Sinval Ferreira da Silva.

Outro requisito autorizador da interceptação está em que o crime a ser apurado seja punido com reclusão. E tal requisito também está atendido, pois os ilícitos imputados ao paciente são graves, a lavratura de Auto de Infração n. 16408.001135/2006-43, em desfavor da empresa Polissul Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., com fundamento em erro formal de classificação de produto comercializado pelo contribuinte, o que refletiria diretamente na alíquota aplicada para a apuração do tributo devido. Na fundamentação legal desse auto consta: *“falta de lançamento de imposto por ter o estabelecimento industrial ou equiparado a industrial promovido a saída de produto tributado, com falta ou insuficiência de lançamento em relação ao produto **Redes Plásticas**”*. O resultado desse mecanismo foi o lançamento de créditos tributários no montante de R\$ 3.221.696,19, a título de imposto de IPI e R\$ 3.305.636,35, a título de juros de mora e multa. E consta que “o fiscal que devia multar a empresa acertou de fazer um documento de alto valor que eles anulariam na justiça e a Polissul ainda ia receber dinheiro de volta. O fiscal se encarregou de arrumar os advogados que defenderiam a empresa e combinou o acerto em dinheiro”.

O outro fato ilícito consistiu na exigência por parte do paciente e do advogado corrêu, após a instauração de ação fiscal em desfavor do depoente e de outros dois sócios, da quantia de R\$ 70.000,00 para o auditor fiscal e R\$ 20.000,00 para o advogado, quantias em dinheiro, para deixar de lançar tributo ou lançá-lo com valor menor ao término da ação fiscalizatória.

Esses delitos, como se verifica, são graves, tanto que apenados com reclusão (cf. art. 3º, II, da Lei n. 8.137/1990; e arts. 325 e 319, ambos do Código Penal).

E o outro requisito, não ser possível por outro meio que não as interceptações, também está presente, patente a dificuldade na produção de provas de certos fatos criminosos geralmente praticados na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, como os crimes de que são acusados o paciente o corrêu.

Gostaria de enfatizar: não aceito autorizações para interceptação telefônica, com base exclusiva em delação anônima. Esta pode servir para levar a autoridade policial ao encontro de prova material de crime e até mesmo pode proporcionar a prisão em flagrante. No entanto, não serve para violar direito constitucionalmente protegido por preservar a dignidade humana.

Essa é a tese que se afirma aqui, mais uma vez.

Na espécie, contudo, houve, antes da autorização judicial para a interceptação, um começo de investigação, embora não no inquérito policial, tema do qual não pode conhecer esta Corte Superior, por não ter sido suscitado anteriormente.

De qualquer forma, não nos esqueçamos de que, atendidos os requisitos da Lei n. 9.296/1996, as provas, como salientado pela eminente Relatora, são lícitas.

No tocante às prorrogações das interceptações, verificou-se que aquelas que se encontravam irregulares, foram corrigidas pelo MM. Juízo de primeiro grau. E tais autorizações foram devidamente justificadas, como demonstrado no douto voto da Relatora, registrando-se que prorrogações podem ser deferidas fundamentadamente. Cf. HC n. 83.515-RS, rel. Nelson Jobim, STF; HC n. 37.590-SP, José Arnaldo da Fonseca, STJ.

Em síntese, acompanho o voto da eminente Relatora.

HABEAS CORPUS N. 173.397-RS (2010/0091949-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Silvio Eduardo Martins Pinto

Impetrado: Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Leomar Carvalho dos Santos

EMENTA

Direito Penal. *Habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de atipicidade do fato. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Persecução penal na Justiça Militar por fato analisado na Justiça Comum. Impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes. *Habeas corpus* concedido.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, entre outras hipóteses, a atipicidade do fato.

2. A decisão de arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Comum, em virtude de promoção ministerial no sentido da atipicidade do fato e da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal perante a Justiça Especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato, dando-o por atípico (precedentes). Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda. Precedentes.

4. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para trancar a Ação Penal n. 484-00.2008.921.0004, em trâmite perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS.

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 da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 11.04.2011

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, em favor de *Leomar Carvalho dos Santos*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul (HC n. 102.760-09).

A petição inicial foi protocolada via fac-símile e os originais posteriormente juntados às fls. 20-50.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 210, § 1º, do Código Penal Militar, perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS, nos autos do Processo n. 484.08.02-02/4.

A Defesa ajuizou prévio *writ*, perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Pedido de trancamento de ação penal. Processo arquivado na Justiça Comum. Não há coisa julgada material. Decisão terminativa. Ordem denegada.

Alega o paciente haver coisa julgada material, uma vez que foi processado e julgado pelo mesmo fato na Justiça Comum. Assim, pleiteou o trancamento da ação penal do processo que tramita nesta Justiça Castrense.

Contudo, o arquivamento feito pelo juízo comum na comarca de Palmeira das Missões trata-se de uma decisão terminativa. Logo, não faz coisa julgada material e nem determina preclusão.

Decisão unânime. O Tribunal denega o presente *habeas-corpus*. (fls. 47-50.)

Alega o impetrante que o paciente já respondeu pelo mesmo fato perante a 3ª Vara Judicial da Comarca de Palmeira das Missões, nos Autos n. 0202.08.0001348-0, cujo inquérito foi objeto de arquivamento.

Argumenta que a denúncia ofertada perante a Justiça Castrense fundou-se essencialmente em elementos informativos já colhidos no inquérito arquivado.

Pretende, em síntese, o trancamento da ação penal que tramita perante a Justiça Especializada, com base no Enunciado Sumular n. 524 do Supremo Tribunal Federal e no princípio do “*non bis in idem*”.

Sustenta, em suma, que, se o inquérito foi arquivado perante a Justiça Comum em razão da inexistência de crime ou em decorrência do reconhecimento de uma excludente de ilicitude, a decisão de arquivamento faz, sim, coisa julgada material e põe fim ao caso, definitivamente.

Conclui que a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau da Justiça Comum, que determinou o arquivamento do feito, é definitiva e não terminativa.

Requer, liminarmente, a suspensão da Ação Penal n. 484.08.02-02/4, até o julgamento final do presente *writ*, e, no mérito, pretende seu trancamento.

A liminar requerida foi indeferida, conforme decisão de fls. 52-54.

O Ministério Público Federal, instado a se pronunciar, manifestou-se “pela concessão da ordem, para que seja trancada a Ação Penal n. 484.08.02-02/4, em trâmite na Auditoria Militar de Passo Fundo-RS”, nos termos do parecer do Suprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, de fls. 59-61.

Por informação telefônica colhida junto à Auditoria Militar de Passo Fundo-RS, na data de 10.03.2011, sabe-se que o processo está em fase de instrução, aguardando o retorno de carta precatória expedida para a oitiva de testemunha numerária referida na exordial acusatória.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cinge-se a discussão trazida nesta impetração, em suma, à perquirição de três aspectos eminentemente processuais, quais sejam: (I) a natureza do pronunciamento judicial que determina o arquivamento do inquérito policial; (II) seus efeitos em

relação à formação da coisa julgada; e, (III) sua eficácia quando proferido por juiz incompetente.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ao decidir, através de seu órgão fracionário, unanimemente, pela denegação do prévio *writ*, equivocou-se, a meu ver, por deixar de considerar expressiva doutrina pátria que aborda o tema, como também por distanciar-se da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria.

Revisitando as lições do saudoso Professor Sérgio M. de Moraes Pitombo, eternizadas em sua obra *Inquérito Policial: Novas Tendências* (Belém: CEJUP, 1986) tenho, quanto à natureza do pronunciamento judicial que determina o arquivamento do inquérito policial, que:

O ato, que atendendo as razões invocadas pelo *Ministério Público*, determina o arquivamento de inquérito é decisão judicial, que tranca o processo (...). Na verdade, o Poder Judiciário exara, ao arquivar, um juízo de *suficiência*, ou *categórico*, sobre a questão penal. É ato de razão e de vontade. (...). Ao determinar o arquivamento de inquérito policial, decide sobre as provas nele coligidas e consoante pedido motivado (“as razões invocadas”), do *Ministério Público*. Verifica e declara, assim, que tais indispensáveis meios de prova:

- a) porque falhos, quanto ao fato e à autoria, não ensejam denúncia;
- b) demonstram que o fato é inexistente, atípico, ou mostram causa de extinção de punibilidade, obstaculando a ação penal condenatória.

Eis o possível teor do *ato decisório*, que manda arquivar *inquéritos policiais*. Encerra um juízo de convencimento, relativo à natureza do fato, sua extensão e respectiva autoria, alicerçado em *preliminar formação da culpa*. (...). Ora, a *decisão judicial*, que manda arquivar *inquérito policial*, pondo termo à primeira fase da *persecução penal*, pode só possuir a natureza de *sentença*. **Sentença**, diga-se, favorável ao indiciado, que estanca o **inquérito**, posto qual se acha; ou que decide, **liminamente**, sobre não ser caso de ação penal. (...). Em outras palavras, o arquivamento, como *ato decisório*, consiste em sentença *definitiva* ou *terminativa*, consoante atinja ou não o mérito, a qual extingue a fase procedimental da *persecutio criminis*. (...). As *decisões judiciais de arquivamento de inquérito* definem situações jurídicas dissemelhantes, assim afluindo ora *definitivas*, ora *terminativas*, logo produzindo *coisa julgada só formal*, ou, ainda, também *material*. (fls. 22-27 - grifei.)

E, consoante a obra acima referida, o ato judicial de arquivamento não seria, à toda luz, “despacho ordinatório da marcha procedimental”, tampouco “decisão interlocutória mista terminativa, na forma sem rigor do Código”, cujo legislador “não ficou célebre por se expressar em boa técnica e conveniência”, existindo,

no texto do diploma, “erros crassos” e defeitos terminológicos evidentes”. Ao revés, alertava, já nos idos de 1986, quanto a dizê-lo decisão interlocutória mista, que “tal linguagem, abstração feita ao sistema de classificação de atos decisórios do Código, tende ao esquecimento”, reafirmando que “o ato judicial de arquivamento, em colocação doutrinária mais moderna, não consiste em decisão interlocutória, posto que não deslinda questão processual incidente, sem finalizar o processo. É ato sentencial, que põe termo ao procedimento, pré-decidindo, ou não, o mérito da causa penal.” (*op. cit.* fls. 30-31).

Nesse ponto, cumpre analisar, *in casu*, se a decisão judicial que determinou o arquivamento do inquérito policial na Justiça Comum (fl. 46), datada de 24.07.2008, porquanto sentença, deve ser classificada como definitiva ou terminativa, para, então, divisar-lhe os efeitos em relação à coisa julgada.

Eis o teor da decisão da Juíza Katiuscia Kuntz Brust da 3ª Vara Judicial da Comarca de Palmeira das Missões-RS:

Acolho o parecer do Ministério Público, adotando seus fundamentos como razão de decidir, e para evitar tautologia, ao efeito de determinar o arquivamento do presente Inquérito Policial. (fl. 46.)

Ante a fundamentação indireta aposta no *decisum*, passo à transcrição de excerto do longo parecer emanado do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, na parte que o fundamenta:

(...) Compulsando detidamente os autos, percebe-se que o Policial Militar Leomar Carvalho dos Santos não incorreu em nenhum ilícito penal.

Observa-se que o fato ocorreu no dia 27 de março de 2008 e o adolescente somente registrou ocorrência no dia 02 de abril de 2008 (fl. 03), seis dias após o fato. nesse dia 02 de abril, o adolescente Gilberto Almeida dos Santos prestou depoimento na Delegacia de Polícia, pelo qual afirmou que foi prontamente socorrido pelos Policiais Militares, os quais o levaram até o hospital, compraram os medicamentos necessários e o acompanharam até a sua residência (fl. 05).

O auto de exame de corpo de delito de fl. 09 atesta que a lesão verificada no pé do adolescente possui características de ferimento por projétil de arma de fogo, mas que não resultou perigo de vida.

O médico legista Paulo Roberto da Luz Dias confirmou que o ferimento no pé do adolescente era superficial e não representava risco de perder a vida (fl. 14). O médico referiu, ainda, que os advogados do adolescente insistiam para que constasse no laudo o risco de vida.

O Policial Militar Flávio Almeida Ribeiro afirmou que receberam a notícia de que um estabelecimento comercial havia sido assaltado e o autor do assalto, conhecido como “*Bruxo*”, conduzia uma motocicleta, cor preta, e carregava uma mochila nas costas. Com essas características, os Policiais Militares realizaram uma barreira no Bairro Mutirão, já que sabiam que o assaltante utilizava-se desse caminho para ir até a sua casa. Ocorre que se aproximou da barreira policial, uma motocicleta, cor preta, com o condutor de posse de uma mochila, apresentando, assim, as mesmas características do assaltante. O condutor da motocicleta, no momento em que avistou a barreira policial, empreendeu fuga em atitude suspeita, ocasião em que o Policial *Leomar* efetuou um disparo de arma de fogo contra o pneu traseiro da motocicleta. A motocicleta, mesmo assim, empreendeu fuga. Minutos após, apareceu o condutor da motocicleta, pedindo socorro, já que teria machucado o pé numa pedra (fls. 16-17).

O Policial Militar Odacir Balbinot confirmou o que fora dito pelo seu colega, acrescentando que o adolescente, em nenhum momento, alegou que teria sido ferido por arma de fogo, nem mesmo no hospital ao médico legista. O adolescente até negou que seria ele o que conduzia a motocicleta. E mais, o mesmo adolescente, em momento posterior ao presente fato, empreendeu nova fuga durante uma blitz que ocorria em frente ao quartel da Brigada Militar, razão pela qual foi apreendida sua motocicleta. Nessa oportunidade, teria referido aos Policiais Militares que ganharia uma indenização relativa ao tiro no seu pé (fls. 18-20).

O Policial Militar Leomar Carvalho dos Santos reiterou os depoimentos prestados pelos seus colegas e afirmou que (fls. 21-23): “(...) a fim de defender-se e deter o provável foragido e assaltante *Bruxo* usou as técnicas policiais corretas e atirou na direção do pneu traseiro da motocicleta. A motocicleta não parou e nem foi detida. Posteriormente, quando ainda realizavam buscas nas proximidades, surgiu um cidadão dizendo que havia batido o pé numa pedra, pedindo socorro para ir até o Hospital”.

O auxiliar de enfermagem Carlos Marcelo Três, que atendeu o adolescente na noite dos fatos, disse que o adolescente havia sofrido uma escoriação no pé e que o próprio adolescente teria afirmado que machucou o pé ao cair de uma moto. O médico plantonista orientou-o a fazer apenas curativo e liberar o paciente, sendo certo que nem mesmo pontos foram necessários fazer (fl. 27).

O médico que atendeu o adolescente na noite dos fatos, Nicanor Reinaldo Dresch, referiu que o adolescente apresentava um ferimento no pé, mas que procedeu à limpeza e fez um curativo, não sendo necessária a realização de pontos (fl. 29). Após consultar o Livro do Plantão Médico, a testemunha deduz que a causa do ferimento não tenha sido disparo de arma de fogo, pois recordaria do fato (fl. 30).

O relatório de fl. 33 e documentos que o acompanham (fls. 34-53) confirmam o fato de o assaltante “*Bruxo*” estar sendo procurado pela Polícia Civil como autor

de roubos na cidade de Palmeira das Missões e possuir uma motocicleta, cor preta. Além disso, o autor do roubo foi capturado portando uma mochila nas costas, onde escondia uma arma de fogo, o que dá guarida aos depoimentos dos Policiais Militares.

Os documentos das fls. 54-75 atestam, por sua vez, que o adolescente Gilberto Almeida dos santos e sua mãe estão respondendo pela prática de ilícitos, respectivamente, dirigir sem habilitação e entregar veículo à pessoa não habilitada.

A certidão de fl. 76 e o documento da fl. 86 comprovam que é verídica a informação de que o Delegado de Polícia teria alertado os Policiais Militares sobre a existência de uma motocicleta, cor preta, em frente ao bar da Senhora Leonor Schumacher e que possuía as mesmas características da pertencente ao assaltante *Bruxo*. Na oportunidade, o Delegado pediu a adoção de providências aos Policiais Militares para que identificassem os ocupantes da motocicleta.

Dos depoimentos prestados e dos documentos constantes dos autos do presente inquérito policial, *conclui-se que não há nexos de causalidade entre o disparo da arma de fogo pelo Policial Militar e o ferimento no pé do adolescente.*

Com efeito, a lesão e o disparo ocorreram. Basta verificar o auto de exame de corpo de delito de fl. 09 e a prova oral produzida. Ocorre que *não há nem ao menos indícios de que as lesões foram provocadas por disparo de arma de fogo.* As pessoas ouvidas foram unânimes em afirmar que o adolescente referia como causa do ferimento a queda da motocicleta e a consequente lesão por uma pedra. O auto de exame de corpo de delito refere apenas características de ferimento por disparo, mas não impõe certeza.

O próprio médico e o enfermeiro que atenderam o adolescente, na noite dos fatos, esclarecem que o ferimento era superficial e exigiu um simples curativo.

Ora, se o adolescente tivesse sido atingido por um disparo de arma de fogo nem conseguiria se dirigir até os Policiais Militares para pedir socorro. E mais, o adolescente teria contado o fato ao médico ou ao enfermeiro que o atendeu, o que não fez. Além disso, foi registrar ocorrência policial apenas seis dias após o fato, o que retira credibilidade da sua versão.

Por outro lado, e mesmo que se admitisse a existência do nexos de causalidade entre o disparo e a lesão, a verdade é que a conduta adotada pelos Policiais Militares foi extremamente correta. Após receberem a informação de que o assaltante "*Bruxo*" estaria conduzindo uma motocicleta, cor preta, com uma mochila nas costas, dirigiram-se até o Bairro Mutirão, local onde "*Bruxo*" costumava se esconder, para realizar uma barreira policial. Na ocasião, surge uma motocicleta com as mesmas características do assaltante e um condutor com uma mochila nas costas que empreende fuga quando avista a viatura!!! É óbvio que qualquer pessoa desconfiaria de tal atitude e ligaria a pessoa ao assaltante, já que, no caso, se tratava de Policial Militar. Leomar utilizou-se da técnica policial e efetuou um

disparo em direção ao pneu traseiro da motocicleta, o que é confirmado pelos demais policiais presentes. E veja: foi apenas um disparo, e não dois como o adolescente referiu isoladamente.

Nessas circunstâncias, pode-se afirmar que o *Policia*l Militar Leomar Carvalho dos Santos praticou o fato em estrito cumprimento do seu dever legal e dele não se exigiria conduta diversa, causas que, por si só, já excluem a ilicitude do fato (art. 23, inciso III) e a culpabilidade do agente.

Assim, o Ministério Público requer o arquivamento do presente expediente. (fls. 40-45 - grifei.)

Da leitura conjugada das duas peças processuais acima transcritas, notadamente dos trechos em negrito, extrai-se que o arquivamento do inquérito policial na Justiça Comum apresenta a seguinte fundamentação: (I) atipicidade do fato, em razão de inexistência de nexo de causalidade entre o disparo de arma de fogo realizado pelo policial e a lesão constatada no pé do adolescente; e (II) presença de excludente de ilicitude e culpabilidade, face a atuação do policial em estrito cumprimento do dever legal, não lhe sendo exigível conduta diversa.

A depender da corrente doutrinária adotada, o reconhecimento da atuação no estrito cumprimento do dever legal pode significar *atipicidade conglobante* ou *excludente de antijuridicidade*, conforme já minudenciado pela Corte Especial desta Casa, no julgamento da Ação Penal n. 560-RJ (2009/0010215-8), de relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, cujo excerto da ementa ora se transcreve:

Queixa. Calúnia, injúria e difamação. Renúncia tácita do direito de queixa. Inépcia da queixa.

I - (...).

II - A calúnia é a imputação falsa à alguém de fato definido como crime. O pedido de abertura de inquérito sobre fatos que ocorreram e que poderiam eventualmente configurar um ilícito penal não se enquadram na hipótese de imputação falsa. *Além do mais, pelos dados colhidos se verifica que incide ao caso concreto a hipótese do estrito cumprimento do dever legal, que para uns configura hipótese de excludente de antijuridicidade, e para outros de atipicidade conglobante.*

III - (...).

IV - (...).

V - (...).

Queixa julgada improcedente, com base no art. 395, incs. I e III, do CPP c.c. art. 6º da Lei n. 8.038/1990. (APn n. 560-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 16.09.2009, DJe 29.10.2009.)

Dessa forma, pode-se afirmar que a fundamentação da decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial na Justiça Comum, em verdade, por qualquer viés que se analise, reconheceu, sim, a atipicidade do fato, o que faz ressaltar sua natureza de sentença favorável ao réu, com a produção de coisa julgada formal e material, consoante a doutrina supra transcrita.

Resta, pois, analisar o último aspecto processual trazido a debate nesta impetração, qual seja, a eficácia do ato judicial emanado de juiz incompetente, recorrendo ao magistério sempre atual dos ilustres Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra *As Nulidades no Processo Penal*. Os nobres doutrinadores, ao tratarem do tema da inexistência da sentença nos casos de incompetência constitucional, a despeito de divergirem da doutrina suso mencionada ao reconhecerem a inaptidão da decisão em testilha para a produção da coisa julgada, ressaltam:

(...) nova leitura merece o art. 564, I, do CPP, no que respeita à incompetência constitucional: nesse caso, não ocorrerá nulidade, mas inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente.

Como já se viu, a coisa julgada exerce o papel de sanatória geral dos atos nulos, e até dos inexistentes praticados no processo, antes da sentença; só mediante revisão criminal ou *habeas corpus* poderá ser arguida a nulidade ou a inexistência de atos processuais, cobertos pela coisa julgada material. Não haverá, assim, possibilidade de desconstituir a coisa julgada que tenha favorecido o réu. Mas, em se tratando de sentença inexistente (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o art. 5º, LIII, da CF), esta simplesmente não transitaria em julgado, sendo nenhuma sua eficácia. Poderia o vício ser declarado *pro societate*, formulando a acusação nova pretensão punitiva e, na arguição de coisa julgada oferecida pela defesa (arts. 95, V, e 110 do CPP), argumentar com a não-ocorrência desta, por ser a sentença inexistente?

Não. Em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do favor rei e do favor libertatis. E o dogma do ne bis in idem deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de outra ação penal.

É certo que o *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa. E que, na hipótese de sentença juridicamente inexistente, não se forma a coisa julgada. Mas, no terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo - vida, liberdade, dignidade - o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada.

(...).

Nessa ótica, “perseguido” que foi penalmente o acusado, ainda que perante juiz constitucionalmente incompetente, que o absolveu, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato, apesar de a sentença não ter aptidão para passar em julgado. Até porque a garantia do juiz constitucionalmente competente é erigida em favor do “processado” e do “sentenciado”.

A categoria da inexistência da teoria geral perde força no processo penal, sempre que haja uma absolvição, a qual acaba surtindo efeitos jurídicos para impedir um novo julgamento pelo mesmo fato apontado como delituoso. (fls. 43-44 - grifei.).

Assim, importa menos dividir se o pronunciamento judicial emanado de juiz incompetente, que manda arquivar o inquérito policial sob o fundamento da atipicidade do fato, é sentença de mérito, e, como tal, produz coisa julgada formal e material, ou se, é ato inexistente, e, desse modo, então, inapto à produção de coisa julgada, mas, antes, reconhecê-lo como uma manifestação favorável ao investigado, emanada do Estado-Juiz, que, por essa razão, fica impedido de manifestar-se novamente sobre o mesmo fato, sem que se altere o contexto fático anteriormente analisado, para preservar-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.

Mister se faz, sem sombra de dúvida, reafirmar a força normativa dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, o que leva à conclusão de que, *in casu*, não pode a Justiça Especializada reapreciar o mesmo fato já exaustivamente analisado pela Justiça Comum, que o afirmou atípico, porque o faria em prejuízo do investigado, providência inadmissível no nosso ordenamento jurídico, pelas razões ora sustentadas.

Em consonância com o posicionamento por mim defendido, consulte-se a seguinte jurisprudência da Excelsa Corte, desta Casa e do Superior Tribunal Militar:

Habeas corpus. Processual Penal. Persecução penal na Justiça Militar por fato julgado no Juizado Especial de Pequenas Causas, com trânsito em julgado: impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Adoção do princípio do ne bis in idem. Habeas corpus concedido. 1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição

da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. *Habeas corpus* concedido. (STF - HC n. 86.606, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22.05.2007, DJe-072 divulgado em 02.08.2007, publicado no DJ 03.08.2007, PP-00086 EMENT VOL-02283-04 PP-00638).

Habeas corpus. Direito Penal Militar. Constrangimento e lesões leves (arts. 222, § 2º, e 209, *caput*, ambos do CPM). Paciente que, pelos mesmos fatos, já cumpriu obrigação imposta em transação penal (prestação de serviços à comunidade), perante Juizado Especial Criminal, com extinção da punibilidade. Denúncia recebida pelo Juízo Militar. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Comum. Princípio do *ne bis in idem*. Centralidade, em nosso ordenamento constitucional, dos direitos e garantias individuais. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar-RS.

1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente - ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo *Parquet* -, embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

2. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença. Na seara penal, a res judicata sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda.

3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional.

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. (STJ - HC n. 90.472-RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 03.11.2009.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de causa excludente de ilicitude. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Precedentes do STJ.

2. No caso, resta evidenciada essa excepcionalidade. *O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude.*

3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

4. *Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.*

5. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 200.420.500.013, em trâmite na 5ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju-SE. (STJ - RHC n. 17.389-SE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20.11.2007, DJe 07.04.2008.)

Habeas corpus. Processual Penal. Sentença absolutória proferida por Juiz da Infância e da Juventude. Ocorrência de trânsito em julgado. Representado maior de idade. Remessa à Justiça Comum. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. *A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.*

2. *Incide, na espécie, o princípio do ne bis in idem, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.*

3. *Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal pro societate, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.*

4. Ordem concedida. (STJ - HC n. 36.091-RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 24.02.2005, DJ 14.03.2005, p. 426.)

Habeas corpus. Processual Penal. Desacato a Juiz Estadual investido das funções eleitorais. Crime comum, de competência da Justiça Federal. Trancamento de ação penal. Coisa julgada material.

1. É da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal que o desacato, cometido contra Juiz Estadual investido da jurisdição eleitoral, é crime comum, de competência da Justiça Federal, por atentar contra interesse da União, representada que está, em caso tais, por de um de seus órgãos.

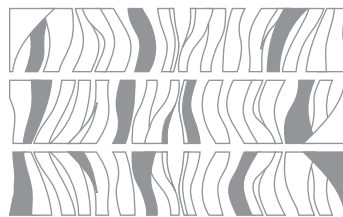
2. *Em sede penal, é da tradição jurisprudencial, consentânea com a proteção constitucional da liberdade da pessoa humana, atribuir-se plena eficácia à coisa julgada, ainda quando produzida em juízo incompetente, ou mesmo à que falte jurisdição.*

3. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal. (STJ - HC n. 18.078-RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 18.04.2002, DJ 24.06.2002, p. 345.)

Correção parcial. Juiz-Auditor Corregedor. Agressão a membro do Corpo de Bombeiros por policial militar e soldados do Exército. Transação penal em Juizados Especiais. Coisa julgada. Arquivamento de IPM. Incompetência da Justiça Militar da União. Agressão a membro de equipe de Corpo de Bombeiros por policial militar e soldados do Exército, quando de serviço de socorro a vítimas em acidente de trânsito. *Ainda que declarada a competência da Justiça castrense pelo Superior Tribunal de Justiça, há de se levar em conta a existência de coisa julgada formal e material, decorrente de sentença homologatória de transação penal firmada em Juizados Especiais, mesmo sendo esses incompetentes. É a garantia fundamental do indivíduo insita no princípio constitucional ne bis in idem.* Inquérito arquivado na parte relacionada aos soldados do Exército. Obediência à coisa julgada. Policial Militar. Incompetência da Justiça Militar da União. Decisão não alterada pelo STJ nessa parte. Previsão legal: art. 124 da CF. Preliminar de não-conhecimento do pedido rejeitada. Maioria. Pedido de correção parcial indeferido. Maioria. (STM - CP-FO n. 2007.01.001965-3-DF, Rel. Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, julgado em 26.11.2007, DJ 11.01.2008.)

Ante o exposto, acolhido o parecer ministerial, concedo a ordem para trancar a Ação Penal n. 484-00.2008.921.0004, em trâmite perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS.

É como voto.



Índice Analítico

A

- Cv Ação anulatória de marca comercial - Marca - Exclusividade - Impossibilidade - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.166.498 - RJ. RSTJ 222/379.
- PrCv **Ação civil pública** - Defesa dos direitos individuais homogêneos dos estudantes - Legitimidade ativa *ad causam* - Centro Acadêmico de Direito. REsp n. 1.189.273 - SC. RSTJ 222/499.
- PrCv **Ação civil pública** - Improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992 - Polo passivo - Magistrado - Inclusão. REsp n. 1.174.603 - RN. RSTJ 222/211.
- PrCv **Ação civil pública** - Interesses transindividuais de hipossuficientes - Legitimidade ativa *ad causam* - Defensoria Pública - Lei n. 11.448/2007. REsp n. 1.106.515 - MG. RSTJ 222/189.
- PrCv Ação de divórcio - Citação válida - Homologação - Deferimento - Réu revel - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 4.464 - FR. RSTJ 222/83.
- PrCv **Ação de exibição de documentos** - Multa cominatória - Exclusão. AgRg no REsp n. 1.089.067 - RS. RSTJ 222/407.
- PrCv Ação de nunciação de obra nova - Embargo de obra - Suspensão das obras por antecipação - Não-cabimento - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.315 - DF. RSTJ 222/19.

- PrCv **Ação declaratória de inexistência de ato jurídico** - Transferência de ações. REsp n. 1.046.497 - RJ. RSTJ 222/417.
- PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Emissora de televisão - Programa de televisão - Publicidade de palco. REsp n. 1.157.228 - RS. RSTJ 222/476.
- PrCv **Ação indenizatória por danos morais** - Assistência simples - OAB - Não-cabimento - Interesse jurídico - Ausência. REsp n. 1.172.634 - SP. RSTJ 222/390.
- PrCv **Ação monitória** - Extinção - Cooperativa de crédito - Banco cooperativo - Solidariedade passiva - Inexistência - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Banco cooperativo. REsp n. 1.173.287 - SP. RSTJ 222/490.
- PrPn **Ação penal** - Crime de lavagem de dinheiro - Crime de naturalização fraudulenta - Justa causa - Existência - Processo - Nulidade - Não-cabimento. HC n. 128.590 - PR. RSTJ 222/561.
- PrPn Ação penal - Trancamento - **Crime contra o meio ambiente** - Denúncia - Inépcia - Justa causa - Ausência - Lei n. 9.605/1998, art. 60. HC n. 147.541 - RS. RSTJ 222/688.
- PrPn **Ação penal** - Trancamento - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Inépcia. HC n. 183.592 - RJ. RSTJ 222/623.
- PrPn **Ação penal** - Trancamento - Crime militar - Fato atípico - Justiça Comum - Inquérito policial - Arquivamento. HC n. 173.397 - RS. RSTJ 222/744.
- Pn Acórdão condenatório - Provas produzidas no inquérito policial - **Crime de furto qualificado** - Sentença absolutória - Restabelecimento. HC n. 148.140 - RS. RSTJ 222/701.
- Cv **Acordo de separação consensual** - Condição potestativa - Não-caracterização - Obrigação pecuniária ilíquida. REsp n. 970.143 - SC. RSTJ 222/411.
- PrCv Acordo referendado pelo Ministério Público em audiência - **Execução de alimentos** - Sentença homologatória sem assinatura - Ato inexistente - Separação consensual - Título executivo extrajudicial - Eficácia - Título executivo judicial - Ineficácia. REsp n. 858.270 - MS. RSTJ 222/328.
- PrCv Administradores - Bens - Indisponibilidade - Falência posterior - **Instituição financeira** - Intervenção - Liberação de recursos indisponíveis - Inadmissibilidade - Plano de previdência privada complementar. REsp n. 1.121.719 - SP. RSTJ 222/459.
- Cv Advogado - Percentual - Redução - **Contrato de serviços advocatícios** - Lesão - Ocorrência. REsp n. 1.155.200 - DF. RSTJ 222/362.

- PrCv **Agravo regimental** - Cabimento - Liminar - Concessão - Mandado de segurança. AgRg no MS n. 14.672 - DF. RSTJ 222/552.
- PrCv Alimentante advogado - **Execução de alimentos** - Inadimplência voluntária e inescusável - Prisão civil - Sala de Estado Maior - Casa de albergado - Prisão domiciliar - Inadmissibilidade. HC n. 181.231 - RO. RSTJ 222/309.
- Trbt Alíquota aplicável - **Crédito-prêmio de IPI** - Resolução n. 2/1979-CIEX - Validade. EREsp n. 800.578 - MG. RSTJ 222/94.
- PrCv Antecipação de tutela - **Execução de obrigação de fazer** - Multa - Inexigibilidade - Sentença de improcedência superveniente. REsp n. 1.016.375 - RS. RSTJ 222/338.
- PrPn Apelação em liberdade - Possibilidade - **Crime contra a incolumidade pública** - Prisão preventiva - Manutenção - Ilegalidade. HC n. 193.111 - RJ. RSTJ 222/637.
- Pv **Aposentadoria por tempo de serviço** - Contribuição previdenciária - Recolhimento - Desnecessidade - Regime de economia familiar como rural - Trabalhador urbano. AR n. 3.451 - SC. RSTJ 222/541.
- Adm Apuração criminal - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Pena de demissão - Prescrição quinquenal - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - **Servidor público**. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.
- Adm Assalto em sinal de trânsito - Estado - Omissão em segurança pública - Nexo de causalidade - Ausência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 843.060 - RJ. RSTJ 222/181.
- PrCv Assistência simples - OAB - Não-cabimento - **Ação indenizatória por danos morais** - Interesse jurídico - Ausência. REsp n. 1.172.634 - SP. RSTJ 222/390.
- Trbt Atacadista - Base de cálculo - Redução - Impossibilidade - Convênio n. 24/2001-ICMS - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 1.219.061 - GO. RSTJ 222/299.
- Adm Atividade jurídica - Comprovação de efetivo exercício - Momento - **Concurso público** - Magistratura - Resolução n. 11/2006-CNJ. REsp n. 1.198.848 - CE. RSTJ 222/287.
- Trbt Auto de infração - Vício - Confissão de dívida - Erro de fato - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Recolhimento a menor - Revisão judicial - Possibilidade. REsp n. 1.133.027 - SP. RSTJ 222/157.
- PrCv Auxiliar local - Enquadramento no Regime Jurídico Único Estatutário - Incompetência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - **Mandado de segurança**. AgRg no MS n. 15.997 - DF. RSTJ 222/89.

B

Trbt Base de cálculo - Redução - Impossibilidade - Atacadista - Convênio n. 24/2001-ICMS - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 1.219.061 - GO. RSTJ 222/299.

C

Pn Caso concreto - Peculiaridade - **Crime de roubo** - LEP, art. 117 - Inaplicabilidade - Princípio da razoabilidade - Prisão domiciliar - Possibilidade. REsp n. 962.078 - RS. RSTJ 222/657.

Cv **Cessão de crédito** - Notificação ao devedor - Ausência - Consequências. REsp n. 936.589 - SP. RSTJ 222/332.

PrCv Cessão de créditos alimentares - CPC, art. 567, II - **Execução** - Precatório - Substituição processual. AgRg no REsp n. 1.090.598 - RS. RSTJ 222/231.

PrCv Citação válida - Ação de divórcio - Homologação - Deferimento - Réu revel - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 4.464 - FR. RSTJ 222/83.

PrCv Citação válida - Comprovação - Dispensa - Contratos de compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo P-36 - Homologação - Deferimento - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 3.932 - GB. RSTJ 222/70.

Cv Cláusula de exclusividade - **Contrato verbal de representação comercial** - Rescisão imotivada do contrato - Ocorrência. REsp n. 846.543 - RS. RSTJ 222/322.

Cv **Comissão de corretagem** - Cabimento - Comprador - Arrependimento posterior - Contrato de cessão e transferência de imóvel - Rescisão - Sinal - Pagamento. REsp n. 1.228.180 - RS. RSTJ 222/527.

Cv Comprador - Arrependimento posterior - **Comissão de corretagem** - Cabimento - Contrato de cessão e transferência de imóvel - Rescisão - Sinal - Pagamento. REsp n. 1.228.180 - RS. RSTJ 222/527.

Adm **Concurso público** - Atividade jurídica - Comprovação de efetivo exercício - Momento - Magistratura - Resolução n. 11/2006-CNJ. REsp n. 1.198.848 - CE. RSTJ 222/287.

Adm **Concurso público** - Dano material hipotético - Impossibilidade - Dano moral - Comprovação - Ausência - Exame psicotécnico - Reprovação - Indenização. AgRg no REsp n. 1.220.911 - RS. RSTJ 222/237.

Cv Condição potestativa - Não-caracterização - **Acordo de separação consensual** - Obrigação pecuniária ilíquida. REsp n. 970.143 - SC. RSTJ 222/411.

- Trbt Confissão de dívida - Auto de infração - Vício - Erro de fato - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Recolhimento a menor - Revisão judicial - Possibilidade. REsp n. 1.133.027 - SP. RSTJ 222/157.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Garantia da ordem pública - Prisão preventiva. HC n. 148.988 - SP. RSTJ 222/586.
- Pn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Gravidade concreta do delito - Liberdade provisória - Indeferimento - Prisão em flagrante. HC n. 176.204 - SC. RSTJ 222/613.
- Adm Contrato - Prorrogações consecutivas - Direito líquido e certo à permanência - **Professor** - Contratação temporária - Reintegração - Ocorrência. RMS n. 29.970 - PA. RSTJ 222/649.
- Cv Contrato de cessão e transferência de imóvel - Rescisão - **Comissão de corretagem** - Cabimento - Comprador - Arrependimento posterior - Sinal - Pagamento. REsp n. 1.228.180 - RS. RSTJ 222/527.
- Cv **Contrato de locação comercial** - Fundo de comércio - Transferência - Lei n. 8.245/1991, art. 13 - Aplicabilidade - Locador - Consentimento - Requisito essencial - Trespasse. REsp n. 1.202.077 - MS. RSTJ 222/396.
- Cv **Contrato de serviços advocatícios** - Advogado - Percentual - Redução - Lesão - Ocorrência. REsp n. 1.155.200 - DF. RSTJ 222/362.
- Cv **Contrato verbal de representação comercial** - Cláusula de exclusividade - Rescisão imotivada do contrato - Ocorrência. REsp n. 846.543 - RS. RSTJ 222/322.
- PrCv Contratos de compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo P-36 - Citação válida - Comprovação - Dispensa - Homologação - Deferimento - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 3.932 - GB. RSTJ 222/70.
- Pv Contribuição previdenciária - Recolhimento - Desnecessidade - **Aposentadoria por tempo de serviço** - Regime de economia familiar como rural - Trabalhador urbano. AR n. 3.451 - SC. RSTJ 222/541.
- Trbt **Contribuição Social sobre o Lucro** - Cobrança - Impossibilidade - Declaração de inconstitucionalidade da lei - Lei n. 7.689/1988 - Relação jurídico-tributária - Inexistência. REsp n. 1.118.893 - MG. RSTJ 222/135.
- PrCv Controle por recurso especial - Cabimento - **Incidente de declaração de inconstitucionalidade** - Normas processuais - Interpretação - Dissenso. EREsp n. 547.653 - RJ. RSTJ 222/36.
- Trbt Convênio n. 24/2001-ICMS - Atacadista - Base de cálculo - Redução - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 1.219.061 - GO. RSTJ 222/299.

- PrCv Cooperativa de crédito - Banco cooperativo - Solidariedade passiva - Inexistência - **Ação monitória** - Extinção - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Banco cooperativo. REsp n. 1.173.287 - SP. RSTJ 222/490.
- PrCv CPC, art. 567, II - Cessão de créditos alimentares - **Execução** - Precatório - Substituição processual. AgRg no REsp n. 1.090.598 - RS. RSTJ 222/231.
- Adm **Crédito rural adquirido pela União** - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Execução fiscal - Lei Uniforme de Genebra - Inaplicabilidade - Prescrição quinquenal. REsp n. 1.175.059 - SC. RSTJ 222/268.
- Trbt **Crédito-prêmio de IPI** - Alíquota aplicável - Resolução n. 2/1979-CIEX - Validade. EREsp n. 800.578 - MG. RSTJ 222/94.
- PrPn **Crime contra a incolumidade pública** - Apelação em liberdade - Possibilidade - Prisão preventiva - Manutenção - Ilegalidade. HC n. 193.111 - RJ. RSTJ 222/637.
- PrPn **Crime contra a ordem tributária** - Interceptação telefônica - Lei n. 8.137/1990, art. 3º, II. HC n. 161.660 - PR. RSTJ 222/717.
- PrPn **Crime contra o meio ambiente** - Ação penal - Trancamento - Denúncia - Inépcia - Justa causa - Ausência - Lei n. 9.605/1998, art. 60. HC n. 147.541 - RS. RSTJ 222/688.
- Pn **Crime contra o meio ambiente** - Pesca predatória de camarão - Período defeso - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade. HC n. 192.696 - SC. RSTJ 222/632.
- PrPn Crime de autoria coletiva - **Crime de tráfico de entorpecente** - Descrição pormenorizada da conduta - Desnecessidade. HC n. 95.450 - SP. RSTJ 222/667.
- Pn **Crime de estelionato** - Tentativa - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Reincidência - Habitualidade delitiva. HC n. 143.304 - DF. RSTJ 222/576.
- PrPn **Crime de estupro** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Garantia da ordem pública - Prisão preventiva. HC n. 148.988 - SP. RSTJ 222/586.
- PrPn Crime de falsidade ideológica - **Ação penal** - Trancamento - Denúncia - Inépcia. HC n. 183.592 - RJ. RSTJ 222/623.
- Pn **Crime de furto qualificado** - Acórdão condenatório - Provas produzidas no inquérito policial - Sentença absolutória - Restabelecimento. HC n. 148.140 - RS. RSTJ 222/701.
- PrPn Crime de lavagem de dinheiro - **Ação penal** - Crime de naturalização fraudulenta - Justa causa - Existência - Processo - Nulidade - Não-cabimento. HC n. 128.590 - PR. RSTJ 222/561.

- PrPn Crime de naturalização fraudulenta - **Ação penal** - Crime de lavagem de dinheiro - Justa causa - Existência - Processo - Nulidade - Não-cabimento. HC n. 128.590 - PR. RSTJ 222/561.
- Pn **Crime de roubo** - Caso concreto - Peculiaridade - LEP, art. 117 - Inaplicabilidade - Princípio da razoabilidade - Prisão domiciliar - Possibilidade. REsp n. 962.078 - RS. RSTJ 222/657.
- Pn **Crime de roubo** - Duas causas de especial aumento de pena - Gravidade abstrata do delito - Fundamentação inadequada - Regime prisional semiaberto - Possibilidade. HC n. 173.741 - RJ. RSTJ 222/598.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Gravidade concreta do delito - Liberdade provisória - Indeferimento - Prisão em flagrante. HC n. 176.204 - SC. RSTJ 222/613.
- PrPn **Crime de tráfico de entorpecente** - Crime de autoria coletiva - Descrição pormenorizada da conduta - Desnecessidade. HC n. 95.450 - SP. RSTJ 222/667.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Prestação de serviços à comunidade. HC n. 157.812 - MG. RSTJ 222/710.
- PrPn **Crime licitatório** - Juiz absolutamente incompetente - Princípio *ne reformatio in pejus* - Sentença absolutória - Trânsito em julgado. HC n. 146.208 - PB. RSTJ 222/679.
- PrPn Crime militar - **Ação penal** - Trancamento - Fato atípico - Justiça Comum - Inquérito policial - Arquivamento. HC n. 173.397 - RS. RSTJ 222/744.

D

- Adm Dano material hipotético - Impossibilidade - **Concurso público** - Dano moral - Comprovação - Ausência - Exame psicotécnico - Reprovação - Indenização. AgRg no REsp n. 1.220.911 - RS. RSTJ 222/237.
- PrCv Dano moral - **Ação indenizatória** - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Emissora de televisão - Programa de televisão - Publicidade de palco. REsp n. 1.157.228 - RS. RSTJ 222/476.
- Cv **Dano moral** - Cabimento - Plano de saúde - Cobertura - Negativa - Procedimento de urgência. REsp n. 1.167.525 - RS. RSTJ 222/485.
- Adm Dano moral - Comprovação - Ausência - **Concurso público** - Dano material hipotético - Impossibilidade - Exame psicotécnico - Reprovação - Indenização. AgRg no REsp n. 1.220.911 - RS. RSTJ 222/237.

- PrCv Decisão unipessoal - Necessidade - **Embargos declaratórios contra decisão monocrática do relator**. EDcl nos EDcl no REsp n. 1.194.889 - AM. RSTJ 222/246.
- Trbt Declaração de inconstitucionalidade da lei - **Contribuição Social sobre o Lucro** - Cobrança - Impossibilidade - Lei n. 7.689/1988 - Relação jurídico-tributária - Inexistência. REsp n. 1.118.893 - MG. RSTJ 222/135.
- Adm Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - **Crédito rural adquirido pela União** - Execução fiscal - Lei Uniforme de Genebra - Inaplicabilidade - Prescrição quinquenal. REsp n. 1.175.059 - SC. RSTJ 222/268.
- PrCv Defesa dos direitos individuais homogêneos dos estudantes - **Ação civil pública** - Legitimidade ativa *ad causam* - Centro Acadêmico de Direito. REsp n. 1.189.273 - SC. RSTJ 222/499.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Ação penal - Trancamento - **Crime contra o meio ambiente** - Justa causa - Ausência - Lei n. 9.605/1998, art. 60. HC n. 147.541 - RS. RSTJ 222/688.
- PrPn Denúncia - Inépcia - **Ação penal** - Trancamento - Crime de falsidade ideológica. HC n. 183.592 - RJ. RSTJ 222/623.
- Adm **Desapropriação** - Reforma agrária - Imóvel - Proprietário - Falecimento - Invasão - Vistoria anterior - Lei n. 8.629/1993, art. 2º, § 6º - Não incidência - Partilha - Não efetivação - Princípio da *saísine* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.161.535 - PA. RSTJ 222/199.
- PrPn Descrição pormenorizada da conduta - Desnecessidade - Crime de autoria coletiva - **Crime de tráfico de entorpecente**. HC n. 95.450 - SP. RSTJ 222/667.
- PrCv Diligência infrutífera - Reiteração - Admissibilidade - **Execução fiscal** - Penhora eletrônica de dinheiro - Sistema Bacen Jud. REsp n. 1.199.967 - MG. RSTJ 222/.
- Adm Direito líquido e certo à permanência - Contrato - Prorrogações consecutivas - **Professor** - Contratação temporária - Reintegração - Ocorrência. RMS n. 29.970 - PA. RSTJ 222/649.
- PrCv Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Documento novo - Ausência - **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - Recurso especial. AgRg nos EREsp n. 810.667 - RJ. RSTJ 222/29.
- PrCv Documento novo - Ausência - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - Recurso especial. AgRg nos EREsp n. 810.667 - RJ. RSTJ 222/29.
- Pn Duas causas de especial aumento de pena - **Crime de roubo** - Gravidade abstrata do delito - Fundamentação inadequada - Regime prisional semiaberto - Possibilidade. HC n. 173.741 - RJ. RSTJ 222/598.

E

- PrCv Embargo de obra - Ação de nunciação de obra nova - Suspensão das obras por antecipação - Não-cabimento - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.315 - DF. RSTJ 222/19.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Documento novo - Ausência - Recurso especial. AgRg nos EREsp n. 810.667 - RJ. RSTJ 222/29.
- PrCv **Embargos declaratórios contra decisão monocrática do relator** - Decisão unipessoal - Necessidade. EDcl nos EDcl no REsp n. 1.194.889 - AM. RSTJ 222/246.
- Trbt Erro de fato - Auto de infração - Vício - Confissão de dívida - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Recolhimento a menor - Revisão judicial - Possibilidade. REsp n. 1.133.027 - SP. RSTJ 222/157.
- Adm Estado - Omissão em segurança pública - Assalto em sinal de trânsito - Nexo de causalidade - Ausência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 843.060 - RJ. RSTJ 222/181.
- PrCv Exame laboratorial - Autorização - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Fato do produto - Caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Unimed da Federação contratada pelo segurado - **Plano de saúde**. REsp n. 1.140.107 - PR. RSTJ 222/343.
- Adm Exame psicotécnico - Reprovação - **Concurso público** - Dano material hipotético - Impossibilidade - Dano moral - Comprovação - Ausência - Indenização. AgRg no REsp n. 1.220.911 - RS. RSTJ 222/237.
- PrCv **Execução** - Cessão de créditos alimentares - CPC, art. 567, II - Precatório - Substituição processual. AgRg no REsp n. 1.090.598 - RS. RSTJ 222/231.
- PrCv **Execução de alimentos** - Acordo referendado pelo Ministério Público em audiência - Sentença homologatória sem assinatura - Ato inexistente - Separação consensual - Título executivo extrajudicial - Eficácia - Título executivo judicial - Ineficácia. REsp n. 858.270 - MS. RSTJ 222/328.
- PrCv **Execução de alimentos** - Alimentante advogado - Inadimplência voluntária e inescusável - Prisão civil - Sala de Estado Maior - Casa de albergado - Prisão domiciliar - Inadmissibilidade. HC n. 181.231 - RO. RSTJ 222/309.
- PrCv **Execução de obrigação de fazer** - Antecipação de tutela - Multa - Inexigibilidade - Sentença de improcedência superveniente. REsp n. 1.016.375 - RS. RSTJ 222/338.

- Adm Execução fiscal - **Crédito rural adquirido pela União** - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Lei Uniforme de Genebra - Inaplicabilidade - Prescrição quinquenal. REsp n. 1.175.059 - SC. RSTJ 222/268.
- PrCv **Execução fiscal** - Diligência infrutífera - Reiteração - Admissibilidade - Penhora eletrônica de dinheiro - Sistema Bacen Jud. REsp n. 1.199.967 - MG. RSTJ 222/.
- PrCv **Execução fiscal** - Resolução n. 149/2003-Contran - Responsabilidade - Arrendatário - Veículo apreendido - Despesas de remoção e estadia. REsp n. 1.114.406 - SP. RSTJ 222/129.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Exame laboratorial - Autorização - Ausência - Fato do produto - Caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Unimed da Federação contratada pelo segurado - **Plano de saúde**. REsp n. 1.140.107 - PR. RSTJ 222/343.

F

- PrCv Falência posterior - Administradores - Bens - Indisponibilidade - **Instituição financeira** - Intervenção - Liberação de recursos indisponíveis - Inadmissibilidade - Plano de previdência privada complementar. REsp n. 1.121.719 - SP. RSTJ 222/459.
- PrPn Fato atípico - **Ação penal** - Trancamento - Crime militar - Justiça Comum - Inquérito policial - Arquivamento. HC n. 173.397 - RS. RSTJ 222/744.
- PrCv Fato do produto - Caracterização - Exame laboratorial - Autorização - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Legitimidade passiva *ad causam* - Unimed da Federação contratada pelo segurado - **Plano de saúde**. REsp n. 1.140.107 - PR. RSTJ 222/343.
- Trbt Fato gerador - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Venda de árvores em pé. REsp n. 1.158.403 - ES. RSTJ 222/257.
- Cv Fundo de comércio - Transferência - **Contrato de locação comercial** - Lei n. 8.245/1991, art. 13 - Aplicabilidade - Locador - Consentimento - Requisito essencial - Trespasse. REsp n. 1.202.077 - MS. RSTJ 222/396.

G

- PrPn Garantia da ordem pública - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Prisão preventiva. HC n. 148.988 - SP. RSTJ 222/586.
- Pn Gravidade abstrata do delito - Fundamentação inadequada - **Crime de roubo** - Duas causas de especial aumento de pena - Regime prisional semiaberto - Possibilidade. HC n. 173.741 - RJ. RSTJ 222/598.

Pn Gravidade concreta do delito - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Liberdade provisória - Indeferimento - Prisão em flagrante. HC n. 176.204 - SC. RSTJ 222/613.

H

PrCv Homologação - Deferimento - Ação de divórcio - Citação válida - Réu revel - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 4.464 - FR. RSTJ 222/83.

PrCv Homologação - Deferimento - Citação válida - Comprovação - Dispensa - Contratos de compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo P-36 - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 3.932 - GB. RSTJ 222/70.

I

PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Banco cooperativo - **Ação monitória** - Extinção - Cooperativa de crédito - Banco cooperativo - Solidariedade passiva - Inexistência. REsp n. 1.173.287 - SP. RSTJ 222/490.

PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Emissora de televisão - **Ação indenizatória** - Dano moral - Programa de televisão - Publicidade de palco. REsp n. 1.157.228 - RS. RSTJ 222/476.

Cv Imagem - Uso indevido - Indenização - Vinculação à tiragem do jornal - Improriedade - Jornal de grande circulação - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.208.612 - RJ. RSTJ 222/511.

Adm Imóvel - Proprietário - Falecimento - **Desapropriação** - Reforma agrária - Invasão - Vistoria anterior - Lei n. 8.629/1993, art. 2º, § 6º - Não incidência - Partilha - Não efetivação - Princípio da *saisine* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.161.535 - PA. RSTJ 222/199.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Atacadista - Base de cálculo - Redução - Impossibilidade - Convênio n. 24/2001-ICMS. REsp n. 1.219.061 - GO. RSTJ 222/299.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Fato gerador - Impossibilidade - Venda de árvores em pé. REsp n. 1.158.403 - ES. RSTJ 222/257.

Trbt **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Recolhimento a menor - Auto de infração - Vício - Confissão de dívida - Erro de fato - Revisão judicial - Possibilidade. REsp n. 1.133.027 - SP. RSTJ 222/157.

PrCv Improbidade administrativa - **Ação civil pública** - Lei n. 8.429/1992 - Polo passivo - Magistrado - Inclusão. REsp n. 1.174.603 - RN. RSTJ 222/211.

- PrCv Inadimplência voluntária e inescusável - Alimentante advogado - **Execução de alimentos** - Prisão civil - Sala de Estado Maior - Casa de albergado - Prisão domiciliar - Inadmissibilidade. HC n. 181.231 - RO. RSTJ 222/309.
- Trbt Incidência monofásica - Creditamento - Impossibilidade - **Programa de Integração Social (PIS)** - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). REsp n. 1.140.723 - RS. RSTJ 222/259.
- PrCv **Incidente de declaração de inconstitucionalidade** - Controle por recurso especial - Cabimento - Normas processuais - Interpretação - Dissenso. EREsp n. 547.653 - RJ. RSTJ 222/36.
- PrCv Incompetência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Auxiliar local - Enquadramento no Regime Jurídico Único Estatutário - **Mandado de segurança**. AgRg no MS n. 15.997 - DF. RSTJ 222/89.
- Adm Indenização - **Concurso público** - Dano material hipotético - Impossibilidade - Dano moral - Comprovação - Ausência - Exame psicotécnico - Reprovação. AgRg no REsp n. 1.220.911 - RS. RSTJ 222/237.
- Cv Indenização - Vinculação à tiragem do jornal - Improriedade - Imagem - Uso indevido - Jornal de grande circulação - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.208.612 - RJ. RSTJ 222/511.
- PrCv **Instituição financeira** - Intervenção - Administradores - Bens - Indisponibilidade - Falência posterior - Liberação de recursos indisponíveis - Inadmissibilidade - Plano de previdência privada complementar. REsp n. 1.121.719 - SP. RSTJ 222/459.
- PrPn Interceptação telefônica - **Crime contra a ordem tributária** - Lei n. 8.137/1990, art. 3º, II. HC n. 161.660 - PR. RSTJ 222/717.
- PrCv Interesse jurídico - Ausência - **Ação indenizatória por danos morais** - Assistência simples - OAB - Não-cabimento. REsp n. 1.172.634 - SP. RSTJ 222/390.
- PrCv Interesses transindividuais de hipossuficientes - **Ação civil pública** - Legitimidade ativa *ad causam* - Defensoria Pública - Lei n. 11.448/2007. REsp n. 1.106.515 - MG. RSTJ 222/189.
- Adm Invasão - Vistoria anterior - **Desapropriação** - Reforma agrária - Imóvel - Proprietário - Falecimento - Lei n. 8.629/1993, art. 2º, § 6º - Não incidência - Partilha - Não efetivação - Princípio da *saisine* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.161.535 - PA. RSTJ 222/199.

J

- Cv Jornal de grande circulação - Imagem - Uso indevido - Indenização - Vinculação à tiragem do jornal - Impropriedade - **Responsabilidade civil**. REsp n. 1.208.612 - RJ. RSTJ 222/511.
- PrPn Juiz absolutamente incompetente - **Crime licitatório** - Princípio *ne reformatio in pejus* - Sentença absolutória - Trânsito em julgado. HC n. 146.208 - PB. RSTJ 222/679.
- PrPn Justa causa - Ausência - Ação penal - Trancamento - **Crime contra o meio ambiente** - Denúncia - Inépcia - Lei n. 9.605/1998, art. 60. HC n. 147.541 - RS. RSTJ 222/688.
- PrPn Justa causa - Existência - **Ação penal** - Crime de lavagem de dinheiro - Crime de naturalização fraudulenta - Processo - Nulidade - Não-cabimento. HC n. 128.590 - PR. RSTJ 222/561.
- PrPn Justiça Comum - Inquérito policial - Arquivamento - **Ação penal** - Trancamento - Crime militar - Fato atípico. HC n. 173.397 - RS. RSTJ 222/744.

L

- PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Centro Acadêmico de Direito - **Ação civil pública** - Defesa dos direitos individuais homogêneos dos estudantes. REsp n. 1.189.273 - SC. RSTJ 222/499.
- PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Defensoria Pública - **Ação civil pública** - Interesses transindividuais de hipossuficientes - Lei n. 11.448/2007. REsp n. 1.106.515 - MG. RSTJ 222/189.
- PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Unimed da Federação contratada pelo segurado - Exame laboratorial - Autorização - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Fato do produto - Caracterização - **Plano de saúde**. REsp n. 1.140.107 - PR. RSTJ 222/343.
- Trbt Lei n. 7.689/1988 - **Contribuição Social sobre o Lucro** - Cobrança - Impossibilidade - Declaração de inconstitucionalidade da lei - Relação jurídico-tributária - Inexistência. REsp n. 1.118.893 - MG. RSTJ 222/135.
- Adm Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Apuração criminal - Inexistência - Pena de demissão - Prescrição quinquenal - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - **Servidor público**. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.

- PrPn Lei n. 8.137/1990, art. 3º, II - **Crime contra a ordem tributária** - Interceptação telefônica. HC n. 161.660 - PR. RSTJ 222/717.
- Cv Lei n. 8.245/1991, art. 13 - Aplicabilidade - **Contrato de locação comercial** - Fundo de comércio - Transferência - Locador - Consentimento - Requisito essencial - Trespasse. REsp n. 1.202.077 - MS. RSTJ 222/396.
- PrCv Lei n. 8.429/1992 - **Ação civil pública** - Improbidade administrativa - Polo passivo - Magistrado - Inclusão. REsp n. 1.174.603 - RN. RSTJ 222/211.
- Adm Lei n. 8.629/1993, art. 2º, § 6º - Não incidência - **Desapropriação** - Reforma agrária - Imóvel - Proprietário - Falecimento - Invasão - Vistoria anterior - Partilha - Não efetivação - Princípio da *saísine* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.161.535 - PA. RSTJ 222/199.
- PrPn Lei n. 9.605/1998, art. 60 - Ação penal - Trancamento - **Crime contra o meio ambiente** - Denúncia - Inépcia - Justa causa - Ausência. HC n. 147.541 - RS. RSTJ 222/688.
- PrCv Lei n. 11.448/2007 - **Ação civil pública** - Interesses transindividuais de hipossuficientes - Legitimidade ativa *ad causam* - Defensoria Pública. REsp n. 1.106.515 - MG. RSTJ 222/189.
- Adm Lei Uniforme de Genebra - Inaplicabilidade - **Crédito rural adquirido pela União** - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Execução fiscal - Prescrição quinquenal. REsp n. 1.175.059 - SC. RSTJ 222/268.
- Pn LEP, art. 117 - Inaplicabilidade - Caso concreto - Peculiaridade - **Crime de roubo** - Princípio da razoabilidade - Prisão domiciliar - Possibilidade. REsp n. 962.078 - RS. RSTJ 222/657.
- Cv Lesão - Ocorrência - Advogado - Percentual - Redução - **Contrato de serviços advocatícios**. REsp n. 1.155.200 - DF. RSTJ 222/362.
- PrCv Liberação de recursos indisponíveis - Inadmissibilidade - Administradores - Bens - Indisponibilidade - Falência posterior - **Instituição financeira** - Intervenção - Plano de previdência privada complementar. REsp n. 1.121.719 - SP. RSTJ 222/459.
- Pn Liberdade provisória - Indeferimento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Gravidade concreta do delito - Prisão em flagrante. HC n. 176.204 - SC. RSTJ 222/613.
- PrCv Liminar - Concessão - **Agravo regimental** - Cabimento - Mandado de segurança. AgRg no MS n. 14.672 - DF. RSTJ 222/552.
- Cv Locador - Consentimento - Requisito essencial - **Contrato de locação comercial** - Fundo de comércio - Transferência - Lei n. 8.245/1991, art. 13 - Aplicabilidade - Trespasse. REsp n. 1.202.077 - MS. RSTJ 222/396.

M

- Adm Magistratura - Atividade jurídica - Comprovação de efetivo exercício - Momento - **Concurso público** - Resolução n. 11/2006-CNJ. REsp n. 1.198.848 - CE. RSTJ 222/287.
- PrCv Mandado de segurança - **Agravo regimental** - Cabimento - Liminar - Concessão. AgRg no MS n. 14.672 - DF. RSTJ 222/552.
- PrCv **Mandado de segurança** - Auxiliar local - Enquadramento no Regime Jurídico Único Estatutário - Incompetência - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no MS n. 15.997 - DF. RSTJ 222/89.
- Cv Marca - Exclusividade - Impossibilidade - Ação anulatória de marca comercial - **Propriedade industrial**. REsp n. 1.166.498 - RJ. RSTJ 222/379.
- PrCv Multa - Inexigibilidade - Antecipação de tutela - **Execução de obrigação de fazer** - Sentença de improcedência superveniente. REsp n. 1.016.375 - RS. RSTJ 222/338.
- PrCv Multa cominatória - Exclusão - **Ação de exibição de documentos**. AgRg no REsp n. 1.089.067 - RS. RSTJ 222/407.

N

- Adm Nexos de causalidade - Ausência - Assalto em sinal de trânsito - Estado - Omissão em segurança pública - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 843.060 - RJ. RSTJ 222/181.
- PrCv Normas processuais - Interpretação - Dissenso - Controle por recurso especial - Cabimento - **Incidente de declaração de inconstitucionalidade**. EREsp n. 547.653 - RJ. RSTJ 222/36.
- Cv Notificação ao devedor - Ausência - Consequências - **Cessão de crédito**. REsp n. 936.589 - SP. RSTJ 222/332.

O

- Cv Obrigação pecuniária ilíquida - **Acordo de separação consensual** - Condição potestativa - Não-caracterização. REsp n. 970.143 - SC. RSTJ 222/411.

P

- Adm Partilha - Não efetivação - **Desapropriação** - Reforma agrária - Imóvel - Proprietário - Falecimento - Invasão - Vistoria anterior - Lei n. 8.629/1993,

- art. 2º, § 6º - Não incidência - Princípio da *saisine* - Inaplicabilidade. REsp n. 1.161.535 - PA. RSTJ 222/199.
- Adm Pena de demissão - Apuração criminal - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Prescrição quinquenal - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - **Servidor público**. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.
- Pn Pena privativa de liberdade - Substituição - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prestação de serviços à comunidade. HC n. 157.812 - MG. RSTJ 222/710.
- PrCv Penhora eletrônica de dinheiro - Diligência infrutífera - Reiteração - Admissibilidade - **Execução fiscal** - Sistema Bacen Jud. REsp n. 1.199.967 - MG. RSTJ 222/.
- Pn Pesca predatória de camarão - Período defeso - **Crime contra o meio ambiente** - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade. HC n. 192.696 - SC. RSTJ 222/632.
- PrCv Plano de previdência privada complementar - Administradores - Bens - Indisponibilidade - Falência posterior - **Instituição financeira** - Intervenção - Liberação de recursos indisponíveis - Inadmissibilidade. REsp n. 1.121.719 - SP. RSTJ 222/459.
- PrCv **Plano de saúde** - Exame laboratorial - Autorização - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Fato do produto - Caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Unimed da Federação contratada pelo segurado. REsp n. 1.140.107 - PR. RSTJ 222/343.
- Cv Plano de saúde - Cobertura - Negativa - **Dano moral** - Cabimento - Procedimento de urgência. REsp n. 1.167.525 - RS. RSTJ 222/485.
- PrCv Polo passivo - Magistrado - Inclusão - **Ação civil pública** - Improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992. REsp n. 1.174.603 - RN. RSTJ 222/211.
- PrCv Precatório - Cessão de créditos alimentares - CPC, art. 567, II - **Execução** - Substituição processual. AgRg no REsp n. 1.090.598 - RS. RSTJ 222/231.
- Adm Prescrição quinquenal - **Crédito rural adquirido pela União** - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Execução fiscal - Lei Uniforme de Genebra - Inaplicabilidade. REsp n. 1.175.059 - SC. RSTJ 222/268.
- Adm Prescrição quinquenal - Ocorrência - Apuração criminal - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Pena de demissão - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - **Servidor público**. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.
- Pn Prestação de serviços à comunidade - **Crime de tráfico de entorpecente** - Pena privativa de liberdade - Substituição. HC n. 157.812 - MG. RSTJ 222/710.

- Pn Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - **Crime contra o meio ambiente** - Pesca predatória de camarão - Período defeso. HC n. 192.696 - SC. RSTJ 222/632.
- Pn Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - **Crime de estelionato** - Tentativa - Reincidência - Habitualidade delitiva. HC n. 143.304 - DF. RSTJ 222/576.
- Pn Princípio da razoabilidade - Caso concreto - Peculiaridade - **Crime de roubo** - LEP, art. 117 - Inaplicabilidade - Prisão domiciliar - Possibilidade. REsp n. 962.078 - RS. RSTJ 222/657.
- Adm Princípio da *saisine* - Inaplicabilidade - **Desapropriação** - Reforma agrária - Imóvel - Proprietário - Falecimento - Invasão - Vistoria anterior - Lei n. 8.629/1993, art. 2º, § 6º - Não incidência - Partilha - Não efetivação. REsp n. 1.161.535 - PA. RSTJ 222/199.
- PrPn Princípio *ne reformatio in pejus* - **Crime licitatório** - Juiz absolutamente incompetente - Sentença absolutória - Trânsito em julgado. HC n. 146.208 - PB. RSTJ 222/679.
- PrCv Prisão civil - Alimentante advogado - **Execução de alimentos** - Inadimplência voluntária e inescusável - Sala de Estado Maior - Casa de albergado - Prisão domiciliar - Inadmissibilidade. HC n. 181.231 - RO. RSTJ 222/309.
- Pn Prisão domiciliar - Possibilidade - Caso concreto - Peculiaridade - **Crime de roubo** - LEP, art. 117 - Inaplicabilidade - Princípio da razoabilidade. REsp n. 962.078 - RS. RSTJ 222/657.
- Pn Prisão em flagrante - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Gravidade concreta do delito - Liberdade provisória - Indeferimento. HC n. 176.204 - SC. RSTJ 222/613.
- PrPn Prisão preventiva - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Garantia da ordem pública. HC n. 148.988 - SP. RSTJ 222/586.
- PrPn Prisão preventiva - Manutenção - Ilegalidade - Apelação em liberdade - Possibilidade - **Crime contra a incolumidade pública**. HC n. 193.111 - RJ. RSTJ 222/637.
- Cv Procedimento de urgência - **Dano moral** - Cabimento - Plano de saúde - Cobertura - Negativa. REsp n. 1.167.525 - RS. RSTJ 222/485.
- PrPn Processo - Nulidade - Não-cabimento - **Ação penal** - Crime de lavagem de dinheiro - Crime de naturalização fraudulenta - Justa causa - Existência. HC n. 128.590 - PR. RSTJ 222/561.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Apuração criminal - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Pena de demissão - Prescrição quinquenal -

- Ocorrência - Reintegração - **Servidor público**. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.
- Adm **Professor** - Contratação temporária - Contrato - Prorrogações consecutivas - Direito líquido e certo à permanência - Reintegração - Ocorrência. RMS n. 29.970 - PA. RSTJ 222/649.
- Trbt **Programa de Integração Social (PIS)** - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Incidência monofásica - Creditamento - Impossibilidade. REsp n. 1.140.723 - RS. RSTJ 222/259.
- PrCv Programa de televisão - Publicidade de palco - **Ação indenizatória** - Dano moral - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Emissora de televisão. REsp n. 1.157.228 - RS. RSTJ 222/476.
- Cv **Propriedade industrial** - Ação anulatória de marca comercial - Marca - Exclusividade - Impossibilidade. REsp n. 1.166.498 - RJ. RSTJ 222/379.

R

- PrCv **Reclamação** - Procedência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Usurpação de sua competência. Rcl n. 4.089 - ES. RSTJ 222/60.
- PrCv Recurso especial - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Documento novo - Ausência - **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade. AgRg nos EREsp n. 810.667 - RJ. RSTJ 222/29.
- Pv Regime de economia familiar como rurícola - **Aposentadoria por tempo de serviço** - Contribuição previdenciária - Recolhimento - Desnecessidade - Trabalhador urbano. AR n. 3.451 - SC. RSTJ 222/541.
- Pn Regime prisional semiaberto - Possibilidade - **Crime de roubo** - Duas causas de especial aumento de pena - Gravidade abstrata do delito - Fundamentação inadequada. HC n. 173.741 - RJ. RSTJ 222/598.
- Pn Reincidência - Habitualidade delitiva - **Crime de estelionato** - Tentativa - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade. HC n. 143.304 - DF. RSTJ 222/576.
- Adm Reintegração - Apuração criminal - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Pena de demissão - Prescrição quinquenal - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - **Servidor público**. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.
- Adm Reintegração - Ocorrência - Contrato - Prorrogações consecutivas - Direito líquido e certo à permanência - **Professor** - Contratação temporária. RMS n. 29.970 - PA. RSTJ 222/649.

- Trbt Relação jurídico-tributária - Inexistência - **Contribuição Social sobre o Lucro** - Cobrança - Impossibilidade - Declaração de inconstitucionalidade da lei - Lei n. 7.689/1988. REsp n. 1.118.893 - MG. RSTJ 222/135.
- Cv Rescisão imotivada do contrato - Ocorrência - Cláusula de exclusividade - **Contrato verbal de representação comercial**. REsp n. 846.543 - RS. RSTJ 222/322.
- Trbt Resolução n. 2/1979-CIEEX - Validade - Alíquota aplicável - **Crédito-pêmio de IPI**. EREsp n. 800.578 - MG. RSTJ 222/94.
- Adm Resolução n. 11/2006-CNJ - Atividade jurídica - Comprovação de efetivo exercício - Momento - **Concurso público** - Magistratura. REsp n. 1.198.848 - CE. RSTJ 222/287.
- PrCv Resolução n. 149/2003-Contran - **Execução fiscal** - Responsabilidade - Arrendatário - Veículo apreendido - Despesas de remoção e estadia. REsp n. 1.114.406 - SP. RSTJ 222/129.
- PrCv Responsabilidade - Arrendatário - **Execução fiscal** - Resolução n. 149/2003-Contran - Veículo apreendido - Despesas de remoção e estadia. REsp n. 1.114.406 - SP. RSTJ 222/129.
- Cv **Responsabilidade civil** - Imagem - Uso indevido - Indenização - Vinculação à tiragem do jornal - Improriedade - Jornal de grande circulação. REsp n. 1.208.612 - RJ. RSTJ 222/511.
- Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Assalto em sinal de trânsito - Estado - Omissão em segurança pública - Nexo de causalidade - Ausência. REsp n. 843.060 - RJ. RSTJ 222/181.
- PrCv Réu revel - Ação de divórcio - Citação válida - Homologação - Deferimento - **Sentença estrangeira contestada**. SEC n. 4.464 - FR. RSTJ 222/83.
- Trbt Revisão judicial - Possibilidade - Auto de infração - Vício - Confissão de dívida - Erro de fato - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Recolhimento a menor. REsp n. 1.133.027 - SP. RSTJ 222/157.

S

- PrCv Sala de Estado Maior - Casa de albergado - Prisão domiciliar - Inadmissibilidade - Alimentante advogado - **Execução de alimentos** - Inadimplência voluntária e inescusável - Prisão civil. HC n. 181.231 - RO. RSTJ 222/309.
- PrPn Sentença absolutória - **Crime licitatório** - Juiz absolutamente incompetente - Princípio *ne reformatio in pejus* - Trânsito em julgado. HC n. 146.208 - PB. RSTJ 222/679.

- Pn Sentença absolutória - Restabelecimento - Acórdão condenatório - Provas produzidas no inquérito policial - **Crime de furto qualificado**. HC n. 148.140 - RS. RSTJ 222/701.
- PrCv Sentença de improcedência superveniente - Antecipação de tutela - **Execução de obrigação de fazer** - Multa - Inexigibilidade. REsp n. 1.016.375 - RS. RSTJ 222/338.
- PrCv **Sentença estrangeira contestada** - Ação de divórcio - Citação válida - Homologação - Deferimento - Réu revel. SEC n. 4.464 - FR. RSTJ 222/83.
- PrCv **Sentença estrangeira contestada** - Citação válida - Comprovação - Dispensa - Contratos de compra, conversão, adaptação e seguro da plataforma de petróleo P-36 - Homologação - Deferimento. SEC n. 3.932 - GB. RSTJ 222/70.
- PrCv Sentença homologatória sem assinatura - Ato inexistente - Acordo referendado pelo Ministério Público em audiência - **Execução de alimentos** - Separação consensual - Título executivo extrajudicial - Eficácia - Título executivo judicial - Ineficácia. REsp n. 858.270 - MS. RSTJ 222/328.
- PrCv Separação consensual - Acordo referendado pelo Ministério Público em audiência - **Execução de alimentos** - Sentença homologatória sem assinatura - Ato inexistente - Título executivo extrajudicial - Eficácia - Título executivo judicial - Ineficácia. REsp n. 858.270 - MS. RSTJ 222/328.
- Adm **Servidor público** - Apuração criminal - Inexistência - Lei n. 8.112/1990, art. 142, I - Pena de demissão - Prescrição quinquenal - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Reintegração. MS n. 15.462 - DF. RSTJ 222/121.
- Cv Sinal - Pagamento - **Comissão de corretagem** - Cabimento - Comprador - Arrependimento posterior - Contrato de cessão e transferência de imóvel - Rescisão. REsp n. 1.228.180 - RS. RSTJ 222/527.
- PrCv Sistema Bacen Jud - Diligência infrutífera - Reiteração - Admissibilidade - **Execução fiscal** - Penhora eletrônica de dinheiro. REsp n. 1.199.967 - MG. RSTJ 222/.
- PrCv Substituição processual - Cessão de créditos alimentares - CPC, art. 567, II - **Execução** - Precatório. AgRg no REsp n. 1.090.598 - RS. RSTJ 222/231.
- PrCv Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Usurpação de sua competência - **Reclamação** - Procedência. Rcl n. 4.089 - ES. RSTJ 222/60.
- PrCv Suspensão das obras por antecipação - Não-cabimento - Ação de nunciação de obra nova - Embargo de obra - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.315 - DF. RSTJ 222/19.

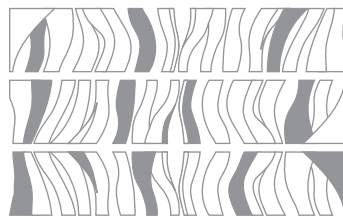
- PrCv **Suspensão de liminar e de sentença** - Ação de nunciação de obra nova - Embargo de obra - Suspensão das obras por antecipação - Não-cabimento. AgRg na SLS n. 1.315 - DF. RSTJ 222/19.

T

- PrCv Título executivo extrajudicial - Eficácia - Acordo referendado pelo Ministério Público em audiência - **Execução de alimentos** - Sentença homologatória sem assinatura - Ato inexistente - Separação consensual - Título executivo judicial - Ineficácia. REsp n. 858.270 - MS. RSTJ 222/328.
- PrCv Título executivo judicial - Ineficácia - Acordo referendado pelo Ministério Público em audiência - **Execução de alimentos** - Sentença homologatória sem assinatura - Ato inexistente - Separação consensual - Título executivo extrajudicial - Eficácia. REsp n. 858.270 - MS. RSTJ 222/328.
- Pv Trabalhador urbano - **Aposentadoria por tempo de serviço** - Contribuição previdenciária - Recolhimento - Desnecessidade - Regime de economia familiar como rural. AR n. 3.451 - SC. RSTJ 222/541.
- PrCv Transferência de ações - **Ação declaratória de inexistência de ato jurídico**. REsp n. 1.046.497 - RJ. RSTJ 222/417.
- PrPn Trânsito em julgado - **Crime licitatório** - Juiz absolutamente incompetente - Princípio *ne reformatio in pejus* - Sentença absolutória. HC n. 146.208 - PB. RSTJ 222/679.
- Cv Trespasse - **Contrato de locação comercial** - Fundo de comércio - Transferência - Lei n. 8.245/1991, art. 13 - Aplicabilidade - Locador - Consentimento - Requisito essencial. REsp n. 1.202.077 - MS. RSTJ 222/396.

V

- PrCv Veículo apreendido - Despesas de remoção e estadia - **Execução fiscal** - Resolução n. 149/2003-Contran - Responsabilidade - Arrendatário. REsp n. 1.114.406 - SP. RSTJ 222/129.
- Trbt Venda de árvores em pé - Fato gerador - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)**. REsp n. 1.158.403 - ES. RSTJ 222/257.



Índice Sistemático

AÇÃO RESCISÓRIA - AR

3.451-SC Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 222/541.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA - AgRg na SLS

1.315-DF..... Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 222/19.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no MS

14.672-DF..... Rel. Min. Adilson Vieira Macabu¹ RSTJ 222/552.

15.997-DF..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido RSTJ 222/89.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

1.089.067-RS Rel. Min. Maria Isabel Gallotti..... RSTJ 222/407.

1.090.598-RS Rel. Min. Cesar Asfor Rocha RSTJ 222/231.

1.220.911-RS Rel. Min. Castro Meira RSTJ 222/237.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - AgRg nos EREsp

810.667-RJ Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 222/29.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl nos EDcl no REsp

1.194.889-AM Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 222/246.

¹ Desembargador convocado do TJ-RJ

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

547.653-RJ Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 222/36.
 800.578-MG Rel. Min. Castro Meira RSTJ 222/94.

HABEAS CORPUS - HC

95.450-SP Rel. Min. Haroldo Rodrigues² RSTJ 222/667.
 128.590-PR Rel. Min. Gilson Dipp RSTJ 222/561.
 143.304-DF Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 222/576.
 146.208-PB Rel. Min. Haroldo Rodrigues³ RSTJ 222/679.
 147.541-RS Rel. Min. Celso Limongi⁴ RSTJ 222/688.
 148.140-RS Rel. Min. Celso Limongi⁵ RSTJ 222/701.
 148.988-SP Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 222/586.
 157.812-MG Rel. Min. Og Fernandes RSTJ 222/710.
 161.660-PR Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura RSTJ 222/717.
 173.397-RS Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura RSTJ 222/744.
 173.741-RJ Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 222/598.
 176.204-SC Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 222/613.
 181.231-RO Rel. Min. Vasco Della Giustina⁶ RSTJ 222/309.
 183.592-RJ Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 222/623.
 192.696-SC Rel. Min. Gilson Dipp RSTJ 222/632.
 193.111-RJ Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 222/637.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

15.462-DF Rel. Min. Humberto Martins RSTJ 222/121.

RECLAMAÇÃO - Rcl

4.089-ES Rel. Min. Ari Pargendler RSTJ 222/60.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

29.970-PA Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 222/649.

RECURSO ESPECIAL - Resp

843.060-RJ Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 222/181.
 846.543-RS Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino RSTJ 222/322.
 858.270-MS Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino RSTJ 222/328.



² Desembargador convocado do TJ-CE

³ Desembargador convocado do TJ-CE

⁴ Desembargador convocado do TJ-SP

⁵ Desembargador convocado do TJ-SP

⁶ Desembargador convocado do TJ-RS

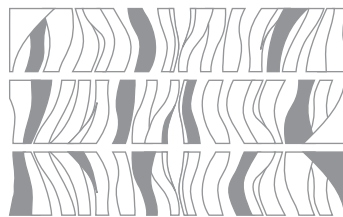
936.589-SP.....	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 222/332.
962.078-RS	Rel. Min. Adilson Vieira Macabu ⁷	RSTJ 222/657.
970.143-SC	Rel. Min. Maria Isabel Gallotti.....	RSTJ 222/411.
1.016.375-RS	Rel. Min. Sidnei Beneti.....	RSTJ 222/338.
1.046.497-RJ	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 222/417.
1.106.515-MG	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....	RSTJ 222/189.
1.114.406-SP.....	Rel. Min. Hamilton Carvalhido	RSTJ 222/129.
1.118.893-MG	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....	RSTJ 222/135.
1.121.719-SP.....	Rel. Min. Raul Araújo Filho	RSTJ 222/459.
1.133.027-SP.....	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 222/157.
1.140.107-PR.....	Rel. Min. Massami Uyeda	RSTJ 222/343.
1.140.723-RS	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 222/259.
1.155.200-DF.....	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 222/362.
1.157.228-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 222/476.
1.158.403-ES	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 222/257.
1.161.535-PA	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 222/199.
1.166.498-RJ	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 222/379.
1.167.525-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 222/485.
1.172.634-SP.....	Rel. Min. Massami Uyeda.....	RSTJ 222/390.
1.173.287-SP.....	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 222/490.
1.174.603-RN	Rel. Min. Benedito Gonçalves	RSTJ 222/211.
1.175.059-SC	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 222/268.
1.189.273-SC	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 222/499.
1.198.848-CE.....	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 222/287.
1.199.967-MG	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 222/292.
1.202.077-MS	Rel. Min. Vasco Della Giustina ⁸	RSTJ 222/396.
1.208.612-RJ	Rel. Min. Luis Felipe Salomão.....	RSTJ 222/511.
1.219.061-GO.....	Rel. Min. Mauro Campbell Marques	RSTJ 222/299.
1.228.180-RS	Rel. Min. Raul Araújo Filho	RSTJ 222/527.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA - SEC

3.932-GB	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 222/70.
4.464-FR	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 222/83.

⁷ Desembargador convocado do TJ-RJ

⁸ Desembargador convocado do TJ-RS



Siglas e Abreviaturas

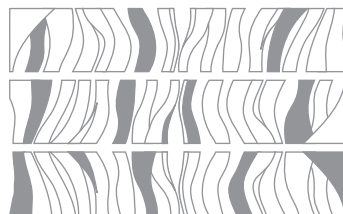
AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
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

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
RD	Reconsideração de Despacho
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

SIGLAS E ABREVIATURAS

S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.

02. Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 05.09.2007 – DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ 28.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ 12.09.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ 10.11.1987 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ 1º.12.1989 - **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 SÍNTESE 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 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010
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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 18.06.2010 – DJe 22.06.2010.
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 marca SÍNTESE, de responsabilidade da 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 SÍNTESE 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 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE 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 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010, DJe 28.10.2010.
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 SÍNTESE 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 – **Registro retificado e ratificado** – Portaria n. 8, de 25.10.2010 – DJe 28.10.2010
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 – versão impressa – 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 19.02.2010 - 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 - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2, de 19.02.2010 - 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.

71. DVD ROM Datadez - editado pela Notadez Informação Ltda. - Portaria n. 7, de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1, de 31.01.2011, DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Júris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2, de 31.01.2011, DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda - Portaria n.3, de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda - Portaria n. 4, de 29.04.2011- DJe 03.05.2011.

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