



Primeira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.153.656-DF (2009/0162775-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: União

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Fernando Affonso Collor de Mello

Advogado: Fernando Neves da Silva e outro(s)

Recorrido: Construtora Norberto Odebrecht S/A

Advogado: Aluísio Xavier de Albuquerque e outro(s)

Recorrido: Paulo Augusto Cesar Pereira Farias

Advogado: Sem representação nos autos

Recorrido: Ingrid Pereira de Farias

Advogado: Sem representação nos autos

Recorrido: EPC Empresa de Participações e Construções Ltda.

Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões e outro(s)

EMENTA

Improbidade administrativa. Causa de pedir relacionada a fatos anteriores à Lei n. 8.429/1992. Irretroatividade reconhecida por fundamentos constitucionais. Recurso especial pela alínea c: indispensável indicação da norma federal objeto da interpretação divergente. *Iura novit curia*: aplicação. Pressupostos. Honorários. Descabimento em ação de improbidade. Precedente.

1. O acórdão recorrido, que negou a aplicação retroativa à Lei n. 8.429/1992 e a auto-aplicabilidade ao art. 37, § 4º, da CF, fundou-se em argumentos de natureza constitucional, cujo reexame não é cabível em recurso especial.

2. Em recurso especial com fundamento na alínea c do art. 105, III da CF, é indispensável a indicação da lei federal que tenha sido objeto de interpretação divergente pelos Tribunais. Precedentes.

3. A viabilidade do juiz decidir a causa com base em preceito normativo não invocado pelas partes ou diferente do invocado (autorizada pelo aforismo *iura novit curia*) tem como pressuposto

necessário a manutenção dos demais termos da demanda, mormente no que se refere ao pedido e à causa de pedir deduzidos na inicial (teoria da substanciação e arts. 128 e 460 do CPC).

4. Em nosso sistema normativo, incluída a Constituição, está consagrado o princípio de que, em ações que visam a tutelar os interesses sociais dos cidadãos, os demandantes, salvo em caso de comprovada má-fé, não ficam sujeitos a ônus sucumbenciais. Espelham esse princípio, entre outros dispositivos, o art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII da Constituição e o art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Assim, ainda que não haja regra específica a respeito, justifica-se, em nome do referido princípio, que também na ação de improbidade o autor sucumbente fique dispensado de pagar honorários. Precedente.

5. Recursos especiais providos em parte.

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, conhecer parcialmente dos recursos especiais e, nessas partes, dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Fernando Neves da Silva, pela parte recorrida: Fernando Affonso Collor de Mello e o Dr. Aluísio Xavier de Albuquerque, pela parte recorrida: Construtora Norberto Odebrecht S/A.

Brasília (DF), 10 de maio de 2011 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 18.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos dois recursos especiais interpostos contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo MPF

em ação que visava à condenação de Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo Augusto Cesar Pereira Farias e outros ao pagamento de indenizações referentes a valores alegadamente obtidos de forma ilícita durante o exercício, pelo primeiro réu, do cargo de Presidente da República, assim como à aplicação de penas relativas à prática de atos de improbidade, ao fundamento principal de que a Lei n. 8.429/1992 não pode retroagir para ser aplicada a fatos cometidos antes de sua entrada em vigor. Opostos embargos de declaração (fls. 1.486-1.499), restaram rejeitados (fls. 1.520-1.525).

O Ministério Público Federal sustenta, em seu recurso especial (fls. 1.380-1.404), a ocorrência de divergência jurisprudencial com acórdãos do STJ quanto (a) à incidência da Lei n. 8.429/1992 a fatos ocorridos após a vigência da CF/1988, pois não é correto emprestar “enfoque penal” a tal lei de forma a impedi-la de produzir “efeitos retro operantes a 05.10.1988” (fl. 1.385), na medida em que as sanções de improbidade são civis e administrativas e já se encontravam previstas na CF, tendo a Lei n. 8.429/1992 apenas definido a graduação daquelas; e (b) à interpretação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, relativamente à imposição de honorários em desfavor da União quando não demonstrada má-fé na propositura da ação de improbidade. Alega, ainda, subsidiariamente, ofensa ao art. 1º da Lei n. 3.502/1958 e à Lei n. 3.164/1957, vigentes à época dos fatos, que devem ser aplicadas caso não se entenda incabível a aplicação da superveniente Lei n. 8.429/1992. Sustenta-se que “é óbvio que a arrecadação de recursos de campanha ocorreu anteriormente à eleição”, conforme consignou o acórdão, mas este olvidou o fato de que “o recebimento pessoal do que sobrou (...) deu-se no exercício do cargo de Presidente da República” (fl. 1.402), o que é suficiente para configurar a influência do exercício do cargo como condição para o enriquecimento ilícito, pois “se não tivesse sido eleito, não lhe teriam os seus vários colaboradores entregue milhões em moeda corrente e outras vantagens, a título de sobras de campanha” (fl. 1.403).

A União, por sua vez, alega violação (fls. 1.548-1.561): (a) ao art. 535 do CPC, por negativa de prestação jurisdicional; (b) arts. 18 e 21 da Lei n. 7.347/1985 e 26, *caput*, do CPC, pois inviável a condenação em honorários; e (c) arts. 282, III, e 126 do CPC, 1º da Lei n. 3.502/1958 e 186 do CC, porque, independentemente da não aplicação da Lei n. 8.429/1992 ao caso, “o acórdão recorrido deixou de apreciar todos os pedidos realizados pelo Ministério Público Federal, na medida em que o Julgador não se prende aos fundamentos legais apresentados pelo autor, mas apenas aos fatos e fundamentos jurídicos” (fl. 1.558); assim, “se o acórdão recorrido entendeu não ser aplicável a Lei de

Improbidade Administrativa, deveria ter analisados quais os pedidos iniciais seriam aplicáveis sem fundamento da referida Lei” (fls. 1.559-1.560), mas com fundamento nos arts. 1º da Lei n. 3.502/1958 e 186 do CC.

Houve contra-razões por parte de alguns dos réus (fls. 1.440-1.452 e 1.469-1.476).

O Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 2.183-2.190, é pelo conhecimento parcial dos recursos especiais, dando-lhes provimento para determinar a aplicação da Lei n. 8.429/1992 à lide e afastar a condenação da União em honorários advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não há nulidade por omissão no acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. No caso dos autos, o Tribunal de origem julgou, com fundamentação suficiente, a matéria devolvida à sua apreciação.

2. No ponto referente à retroatividade da Lei n. 8.429/1992 e à eventual auto-aplicabilidade do art. 37, § 4º, da CF, a controvérsia foi enfrentada pelo acórdão recorrido à luz de fundamentos eminentemente constitucionais, como se depreende do seguinte excerto:

Com efeito, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *na forma e gradação previstas em lei*, sem prejuízo da ação penal cabível (grifei).

Depreende-se da inicial que o Ministério Público busca a condenação dos réus às sanções graduadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, tanto que mencionou esse

artigo em seu pedido. De fato, como bem fundamentou o MM. Juiz *a quo*, não há como aplicar-se a Lei aos atos anteriores à sua vigência, e o artigo constitucional e seu § 4º estabeleceram que a forma e a gradação das sanções decorrentes de ato de improbidade seriam previstas em lei. O artigo, portanto, não era auto-aplicável e dependia da regulamentação da Lei n. 8.429/1992.

Às ações de improbidade, aplicam-se os princípios basilares de Direito, entre eles o da legalidade e, por conseqüência, o da irretroatividade da lei, princípios esses que visam resguardar a segurança jurídica, imprescindível à concretização do Estado Democrático de Direito.

Assim, como todos os pedidos da presente “ação ordinária de reparação de danos em face da prática de ato de improbidade administrativa” foram baseados no art. 37, § 4º, da Constituição, regulamentado posteriormente pela Lei n. 8.429/1992, agiu corretamente o MM. Juiz de primeiro grau ao julgar improcedente o pedido (fl. 1.337).

Tal matéria não pode ser revista mediante recurso especial, o qual, por isso mesmo, não pode ser conhecido.

Ademais, não há como acolher o recurso especial com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. Além de não ter sido demonstrada a divergência nos moldes estabelecidos nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, não há, no recurso especial, indicação de qualquer lei federal que tivesse sido objeto de interpretação divergente relativamente à matéria controvertida. Tal indicação é indispensável, conforme assentado em precedentes do Tribunal, inclusive desta 1ª Turma, como, *v.g.*, no AgRg no REsp n. 813.132-RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.06.2010 e no REsp n. 956.037-RN, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.03.2009. Das outras Turmas do STJ, no mesmo sentido: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.288.846-RJ, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 22.03.2011; AgRg no REsp n. 830.101-RS, 3ª T., Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 23.03.2011; EDcl no Ag n. 1.323.338-SC, 4ª T., Min. Raul Araújo, DJe de 29.09.2010; AgRg no REsp n. 1.002.281-MA, 5ª T., Min. Jorge Mussi, DJe de 1º.02.2011; e AgRg no Ag n. 1.114.632-RJ, 6ª T., Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16.03.2011.

3. A União alega violação aos arts. 282, III, e 126 do CPC, 1º da Lei n. 3.502/1958 e 186 do CC, ao argumento de que “ainda que invocada fundamentação legal não aplicável, não cumpre a parte dizer qual lei ela quer que proteja seu direito, mas sim como e porque ela quer seu direito protegido - o juiz buscará a Lei, que dela conhece” (fl. 1.560). Portanto, afastada a aplicação da Lei n. 8.429/1992, caberia ao Tribunal *a quo* verificar a existência de outros

dispositivos legais aptos a amparar os pedidos, ou ao menos alguns destes. No mesmo sentido, o recurso especial do MPF sustenta que o art. 1º da Lei n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) teria alcance suficiente para provocar a condenação ao pagamento de indenização sobre os valores ilicitamente auferidos em evidente enriquecimento ilícito do ex-Presidente da República.

Essas alegações não procedem. Não há dúvida de que cabe ao juiz, ao julgar a demanda, tomar a decisão – pela procedência ou improcedência – à luz dos preceitos normativos que entender aplicáveis, independentemente de terem eles sido ou não invocados pelas partes. É o clássico entendimento afirmado nos aforismos segundo os quais *de iura novit cúria* e *da mihi factum dabo tibi jus*. A propósito, escreveu Cândido Dinamarco:

Ao formular suas pretensões ou defesas, as partes têm o ônus absoluto de alegar os fatos em que se fundam, sob pena de, em princípio, não poderem ser, ou ao menos não serem levados em conta pelo juiz ao decidir. Não têm porém um ônus da mesma intensidade quanto às normas legais aplicáveis ou sobre a interpretação correta dos textos constitucionais ou legais, porque o juiz tem o dever de conhecer bem direito e aplicá-lo corretamente ainda quando as partes não hajam invocado norma alguma ou hajam invocado uma norma de modo impróprio.

E acrescenta:

Na teoria da substanciação acatada pelo Sistema Processual Brasileiro, o juiz está vinculado aos fatos narrados na petição inicial, não podendo decidir com fundamento em outros, mas é sempre livre para aplicar o direito conforme seu entendimento – porque *iura novit cúria* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil, SP: Malheiros, 2009, p. 352).

Ora, no caso, o óbice ao acolhimento da pretensão recursal é justamente a teoria da substanciação, que impede, após a estabilização da demanda, a modificação da causa de pedir e do pedido e que tem como contrapartida e consequência a limitação estabelecida nos artigos 128 e 460 do CPC:

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.

Em outras palavras: a aplicação do aforismo *de iura novit curia*, que inclui a viabilidade do juiz aplicar outro preceito normativo, tem como pressuposto necessário a manutenção dos demais termos da demanda, mormente no que se refere ao pedido e à causa de pedir deduzidos na inicial.

Ora, no caso, esse pressuposto não está configurado. A petição inicial deixa claro, já em seu pórtico, que o objeto da ação é aplicar as penalidades previstas no art. 37 § 4º da Constituição. Ademais, não há, na causa de pedir, alegação de dano causado à União. Pelo contrário, conforme sustenta o MPF nas razões de apelação, a ação visa a obter “sentença de reparação pelos danos causados ao bem jurídico imaterial, isto é, moralidade administrativa” (fls. 1.179-1.180).

Assim estabelecidos os fatos da causa e o pedido, não há como apreciá-los à luz das normas da Lei n. 3.502/1958 (arts. 1º e 2º).

Aliás, um dos votos vencedores examinou o tema nos seguintes termos:

(...) ao tempo dos fatos narrados na exordial, que estariam a configurar improbidade e ensejar o enriquecimento sem causa do então presidente da república, estava em vigor a Lei Bilac Pinto.

Nesse ponto, cabe analisar se aplicável a máxima *naha mihi factum dabo tibi jus*, para a mudança da definição jurídica dada aos fatos, bem assim se o fato declinado na inicial amolda-se à legislação então vigente.

Nesse trilhar, veja-se que o art. 1º da Lei n. 3.502/1958, dispunha que: “O servidor público, ou dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito, ficará sujeito ao seqüestro e perdas dos respectivos bens e valores”.

Essa norma consagra princípio de direito natural que veda o enriquecimento sem causa.

Sob essa perspectiva, precisamos cotejar os fatos narrados, a causa de pedir e o pedido, para extrair a correta resposta à situação posta sob julgamento. Acusou-se o apelado Fernando Collor (inclusive demonstrado por perícia) de ter recebido vultosos valores em conta de sua secretária particular para pagamento de despesas pessoais, quantias essas oriundas de creditamentos feitos por Paulo César Farias e que seriam originários das empreiteiras litisconsortes.

Por óbvio, receber restos de campanha que devem ter a destinação prevista nas normas eleitorais (fundo partidário), com incidência após assumir o cargo de Chefe do Executivo, configura enriquecimento sem causa, na mais simples e clara acepção do termo. Todavia, não se enquadra no mencionado dispositivo legal, visto que destinado ao enriquecimento por *abuso do cargo ou função* ou por *influência* desses.

Nenhuma dessas hipóteses configurou-se. O recebimento das elevadas cifras não ocorreu em razão do cargo de presidente da república, mas por causa anterior à assunção ao cargo. E, por seu turno, o Ministério Público trilhou exclusivamente o caminho de que os valores estariam vinculados a atos de sua gestão, sem lograr êxito em demonstrar esse nexo de causalidade.

Assim, os fatos imputados não se adequam à Lei Bilac Pinto e, tendo em conta a descrição da inicial, adotar linha outra representaria alteração da causa de pedir (recebimento de restos de campanha X ilicitude) e até mesmo do pedido, pois não contempladas as penalidades requeridas.

(...)

Em suma, a Lei n. 8.429/1992 não se aplica, porquanto posterior aos fatos. A Carta Magna, igualmente, posto que de eficácia contida. Por fim, a Lei então vigente também não, pois os fatos não se mostraram vinculados ao exercício do cargo, mas a causa anterior e, mais, não poderia ocorrer a mudança da causa de pedir e do pedido após a estabilização da lide (fls. 1.348-1.349).

Ficou assentado, portanto, nas instâncias ordinárias que os valores apropriados não decorreram do exercício de cargo público, mas de situações consolidadas em época anterior à posse. O MPF não questiona tal conclusão. Apenas levanta suspeitas acerca de uma relação existente entre o volume de doações dadas à campanha presidencial e eventuais favores que seriam concedidos posteriormente, com a vitória e posse do candidato, ao argumento de que “se [este] não tivesse sido eleito, não lhe teriam os seus vários colaboradores entregue milhões em moeda corrente e outras vantagens, a título de sobras de campanha” (fl. 1.403). Ora, trata-se de argumento que, além de depender de prova, contraria as conclusões do acórdão recorrido acerca dos fatos que envolvem a controvérsia, a atrair a incidência da Súmula n. 7-STJ.

4. No tocante à alegada violação ao art. 18 da Lei n. 7.347/1985, apreciando caso análogo, a Primeira Turma, no REsp n. 577.804-RS, DJ de 14.12.2006, pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Ação de improbidade administrativa. Condenação do Ministério Público em honorários advocatícios ou custas. Não cabimento, salvo na ocorrência de má-fé.

1. A ação de improbidade administrativa é ação com assento constitucional (art. 37, § 4º) destinada a tutelar interesses superiores da comunidade e da cidadania. Embora com elas não se confunda, assemelha-se, sob esse aspecto finalístico, à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII e Lei n. 4.717/1965), à ação civil pública destinada a tutelar o patrimônio público e social (CF, art. 129, III e Lei n. 7.347/1986, art. 1º) e, em face do seu caráter repressivo, à própria ação penal pública.

2. Em nosso sistema normativo, incluída a Constituição, está consagrado o princípio de que, em ações que visam a tutelar os interesses sociais dos cidadãos, os demandantes, salvo em caso de comprovada má-fé, não ficam sujeitos a ônus sucumbenciais. Espelham esse princípio, entre outros dispositivos, o art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII da Constituição e o art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Assim, ainda que não haja regra específica a respeito, justifica-se, em nome do referido princípio, que também em relação à ação de improbidade o Ministério Público fique dispensado de ônus sucumbenciais, a não ser quando comprovada a abusividade de sua atuação.

3. Recurso especial provido.

No voto-condutor do acórdão, manifestei-me da seguinte forma:

1. Para bem avaliar a questão posta no recurso - ônus sucumbenciais do Ministério Público em ação de improbidade administrativa - é importante ter presente as origens, a natureza e a finalidade dessa ação. Peço licença para reproduzir o que, a propósito, escrevi em sede doutrinária:

O adequado funcionamento das instituições é condição essencial ao Estado Democrático de Direito. À democracia (= governo do povo e para o povo) não basta um estatuto jurídico que organize o Estado e que distribua, entre seus vários organismos, as competências para o exercício do poder. A Constituição é apenas a face formal do Estado democrático. A democracia verdadeira é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos (CF, art. 3º). E entre os vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (res publica) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37). O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual: decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente; seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido.

Se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes. No que se refere ao controle jurisdicional, além de prever a ação judicial como instrumento universal de defesa (inclusive em face do Estado) em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) e de criar instrumento específico para a tutela de direitos individuais líquidos e certos violados por ato de autoridade (art. 5º, LXIX e LXX), a Constituição instituiu também mecanismos para a tutela do direito

transindividual à preservação dos bens públicos e da boa administração. É o caso da ação popular, que se destina prioritariamente a providências de natureza desconstitutiva (anular atos lesivos – CF, art. 5º, LXXIII), mas que também comporta, secundariamente, providências de caráter preventivo e a condenação ao pagamento de danos, tudo para preservar o patrimônio estatal e a moralidade administrativa. Igualmente a ação civil pública se direciona, entre outros objetivos, à proteção do patrimônio público e social (art. 129, III), comportando um espectro de providências jurisdicionais mais abrangentes: além da estritamente desconstitutiva (própria da ação popular), admite medidas preventivas, condenatórias de prestações pessoais (fazer e não fazer), de entregar coisa, de pagar quantia, inclusive por perdas e danos, bem como medidas inibitórias em geral, que forem necessárias ou apropriadas à efetiva tutela dos bens patrimoniais do Estado. Ambas as ações, como se percebe, têm como ponto de referência e objetivo principal a preservação e, se necessário, a recomposição do patrimônio público e a legitimidade e a moralidade dos atos administrativos.

Na mesma linha da preocupação de tutelar o direito transindividual à probidade da administração pública, a Constituição Federal, no seu art. 37, § 4º, estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. O ponto de referência, aqui, já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei n. 8.429, de 02.06.1992. Segundo a ementa, é Lei que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Entre as “outras providências”, há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. Todavia, há, entre elas, um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta. (Processo Coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006, p. 103-5).

A ação de improbidade administrativa é, portanto, uma ação com assento constitucional (art. 37, § 4º) destinada a tutelar interesses superiores da

comunidade e da cidadania. Assemelha-se, sob esse aspecto, à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII e Lei n. 4.717/1965), à ação civil pública destinada a tutelar o patrimônio público e social (CF, art. 129, III e Lei n. 7.347/1986, art. 1º) e, em face do seu caráter repressivo, à própria ação penal pública. Ora, em nosso sistema normativo, incluída a Constituição, está consagrado o princípio de que, em ações que visam a tutelar os interesses sociais dos cidadãos, os demandantes, salvo em caso de comprovada má-fé, não ficam sujeitos a ônus sucumbenciais. Espelham esse princípio, entre outros dispositivos, o art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII da Constituição e o art. 18 da Lei n. 7.347/1985.

Assim, ainda que não haja regra específica a respeito, justifica-se, em nome do referido princípio, que também em relação à ação de improbidade o Ministério Público fique dispensado de ônus sucumbenciais, a não ser quando comprovada a abusividade de sua atuação. É nesse sentido a jurisprudência do STJ (v.g.: REsp n. 250.980-SP, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.03.2006; REsp n. 403.599-PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 12.05.2003).

Portanto, nesse ponto merece reforma o acórdão recorrido, para afastar a condenação da União em honorários advocatícios, na medida em que não ficou demonstrada a má-fé do MPF na propositura da ação.

5. Diante do exposto, conheço em parte dos recursos e dou-lhe parcial provimento para excluir a condenação da União em honorários advocatícios. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.174.414-RS (2009/0249320-3)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

Procurador: Jaqueline Maggioni Piazza e outro(s)

Recorrido: Município de Cruzaltense

Advogado: Joarez Luiz Sandri e outro(s)

Interessado: Tractebel Energia S/A

Advogado: Alexandre dos Santos Pereira Vecchio

Interessado: Município de Campinas do Sul

Advogado: André Luiz Corbelini

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Compensação financeira pela exploração de recursos hídricos em área municipal alagada pelo reservatório da usina hidroelétrica do Rio Passo Fundo. Pedido julgado parcialmente procedente. Antecipação da tutela alterada na sentença, para ser concedida em menor extensão. Pretensão do réu de imediata devolução dos valores pagos a maior neste período. Mérito. Recurso de apelação que deve ser recebido no duplo efeito.

1. Hipótese em que o Município de Cruzaltense ajuizou, na origem, ação de cobrança contra a Aneel e Tractebel Energia S/A, concessionária de exploração de energia elétrica, objetivando o recebimento de valor referente à compensação financeira que entende fazer jus em face da utilização e alagamento de área do seu território pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Passo Fundo - UHPF, conforme previsto na Lei n. 7.990/1989.

2. A antecipação de tutela foi inicialmente deferida pelo magistrado de primeira instância nos termos em que requerida, determinando-se o depósito da compensação financeira em favor do Município autor sob a base de 14,401%, referente à área efetivamente inundada. Entretanto, na sentença, o juiz, acolhendo a área e o percentual indicados pela Aneel, entendeu por bem, “forte no art. 273, § 4º, do CPC, modificar a decisão de fls. 359-361, a fim de que seja imediatamente alterado o pagamento para o equivalente a 10,24 km² e 7,13%” (fls. 90).

3. No presente recurso especial aduz a Aneel violação do artigo 520, VII, do CPC, defendendo que a apelação do Município há de ser recebida “apenas no seu efeito devolutivo porque a sentença que modificou a tutela inicialmente antecipada, diminuindo o percentual devido ao Município a título de compensação financeira, não deixa de ser uma decisão confirmatória do provimento antecipatório, ainda que apenas em parte, reclamando, assim, a aplicação da segunda parte do art. 520 do CPC em conjugação com o seu inciso VII” (fls. 133). Prossegue sustentando que: *i)* “eventual atribuição de efeito suspensivo à apelação revelar-se-ia desfavorável ao próprio Município-agravante, uma vez que restaria obstado o pagamento imediato da compensação financeira no percentual de 7,13%, conforme definido em sentença,

de modo que o recorrente simplesmente deixaria de receber a aludida compensação enquanto estivesse tramitando o recurso”, e *ii*) “ora, se a decisão já pode ser imediatamente executada, impondo-se desde logo o pagamento dos valores devidos a título da compensação pela área alagada do Município, *também é verdade que o seu efeito anexo já produz efeitos desde logo, dando ensejo a que se proceda à restituição dos valores recebidos a maior no período*” (fls. 133).

4. Não se desconhece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o artigo 520 do CPC deve ser interpretado teleologicamente, a fim de que se considere como hipótese de incidência, não só a confirmação, mas também o deferimento de tutela de urgência na sentença. Há diversos precedentes nesse sentido: AgRg no Ag n. 1.217.740-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 1º.07.2010; REsp n. 1.001.046-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 06.10.2008; REsp n. 706.252-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 26.09.2005; REsp n. 653.086-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 13.02.2006; REsp n. 648.886-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ 06.09.2004.

5. Ocorre que a presente pretensão recursal não diz respeito à antecipação de tutela, ou seja, ao novo percentual definido na sentença a título de compensação financeira devida ao Município, mas sim ao próprio mérito da demanda, atinente aos ajustes decorrentes desse novo *quantum* reduzido, na medida em que objetiva a imediata devolução dos valores pagos a maior ao Município, em decorrência da redução na sentença do percentual anteriormente concedido em tutela antecipatória.

6. Assim, a matéria relativa ao acerto de contas entre o Município e a Aneel e eventual restituição de valores pagos a maior há de ser devolvida ao Tribunal no duplo efeito, por não configurar cunho emergencial, não estando abrangida pelo provimento antecipatório. Incidência da regra geral prevista no *caput* do artigo 520 do CPC, que expressamente dispõe que: “A apelação será recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo”.

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 Hamilton Carvalhido, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 15.04.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu provimento ao agravo de instrumento manejado pelo Município de Cruzaltense, para determinar que a sua apelação fosse recebida no duplo efeito, em razão da modificação, na sentença, da tutela antecipada que lhe fora anteriormente concedida.

O julgado ficou assim ementado (fls. 122):

Processual Civil. Recebimento de apelação somente no efeito devolutivo, de acordo com o art. 520, VII, CPC. Modificação do deferimento da tutela antecipada na sentença.

A modificação do provimento antecipatório é incompatível com a respectiva confirmação. Tutela jurisdicional modificada não é tutela confirmada, eis que exposta a alteração maior ou menor, mas sempre mais ou menos desfazedora da configuração original.

Em suas razões, a recorrente alega violação ao artigo 520, VII, do CPC, ao argumento de que a apelação do Município há de ser recebida “apenas no seu efeito devolutivo porque a sentença que modificou a tutela inicialmente antecipada, diminuindo o percentual devido ao Município a título de compensação financeira, não deixa de ser uma decisão confirmatória do provimento antecipatório, ainda que apenas em parte, reclamando, assim, a

aplicação da segunda parte do art. 520 do CPC em conjugação com o seu inciso VII” (fls. 133).

Prossegue aduzindo que: i) “eventual atribuição de efeito suspensivo à apelação revelar-se-ia desfavorável ao próprio Município-agravante, uma vez que restaria obstado o pagamento imediato da compensação financeira no percentual de 7,13%, conforme definido em sentença, de modo que o recorrente simplesmente deixaria de receber a aludida compensação enquanto estivesse tramitando o recurso”, e ii) “ora, se a decisão já pode ser imediatamente executada, impondo-se desde logo o pagamento dos valores devidos a título da compensação pela área alada do Município, também é verdade que o seu efeito anexo já produz efeitos desde logo, dando ensejo a que se proceda à restituição dos valores recebidos a maior no período” (fls. 133).

As contrarrazões foram apresentadas pelo recorrido às fls. 142-146.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 148-149.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Emerge dos autos que o Município de Cruzaltense ajuizou ação de cobrança contra a Aneel e Tractebel Energia S/A, concessionária de exploração de energia elétrica, objetivando o recebimento de valor referente à compensação financeira que entende fazer jus em face da utilização e alagamento de área do seu território pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Passo Fundo - UHPF, conforme previsto na Lei n. 7.990/1989.

A antecipação de tutela foi inicialmente deferida pelo magistrado de primeira instância nos termos em que requerida, determinando-se o depósito da compensação financeira em favor do Município autor sob a base de 14,401%, referente à área efetivamente inundada.

Entretanto, na sentença, o juiz, acolhendo a área e o percentual indicados pela Aneel, entendeu por bem julgar parcialmente procedente a ação, para declarar “o direito do Município autor ao recebimento de compensação financeira pela exploração de recursos hídricos ao equivalente a 10,24 km² de área territorial alagada, que perfaz o percentual de 7,13% do total da área da UHPF, determinando à Aneel que proceda ao respectivo repasse mensal”. Em

relação à tutela antecipada, a determinação foi para, “forte no art. 273, § 4º, do CPC, modificar a decisão de fls. 359-361, a fim de que seja imediatamente alterado o pagamento para o equivalente a 10,24 km² e 7,13%” (fls. 90 - grifo nosso). Por fim, pelo fato de que o Município, desde novembro de 2002, estar recebendo a compensação sob a base de 14,401%, ordenou o decisum à Aneel a apuração dos valores corretos devidos ao Município de Cruzaltense, com a respectiva compensação administrativa em favor de outros Municípios que fazem parte do rateio, acaso haja saldo em desfavor daquele Município autor.

Irresignado, interpôs o Município de Cruzaltense apelação, requerendo o reconhecimento da “área de 2.053,4690 ha, ou o equivalente a 14,401% de seu território como indenizável, bem como as áreas de preservação permanentes e ilhas, e para que o encontro de contas seja realizado através de liquidação de sentença, bem como a inversão dos ônus sucumbenciais” (fl. 104).

O apelo foi recebido pelo Tribunal tão-só no efeito devolutivo, com esteio no disposto no artigo 520, VII, do CPC, o que deu ensejo à interposição de agravo de instrumento pelo Município, para que fosse dado efeito suspensivo à decisão na parte que determina a compensação financeira, sob pena de causar grave lesão de difícil reparação, nos moldes do artigo 558, do CPC, e consoante assim alegado (fl. 05-06):

Todavia, *in casu*, com a redução do *quantum*, a sentença das fls. 751-752, determina a compensação administrativa dos valores devidos ao município.

Com isso, a Aneel, em face do efetivo devolutivo concedido à apelação, efetivou dita compensação administrativa, de forma unilateral, através do Of. n. 330/2009 SGC-ANEEL (cópia inclusa), e sem observar a liquidação da sentença, apresentou a compensação administrativa, que importou na exorbitante e irreal quantia de R\$ 42.045.380,95 (quarenta e dois milhões, quarenta e cinco mil, trezentos e oitenta reais e noventa e cinco centavos).

Desta forma, a partir do referido ofício, o município deixou de receber a correspondente parcela, o que evidencia flagrante descumprimento do título judicial.

Diante de tais fundamentos, com base no art. 558, do CPC, tendo em vista que a decisão causa grave lesão de difícil reparação, o relator poderá dar efeito suspensivo à decisão na parte que determina a compensação financeira.

O agravo de instrumento resultou provido, sob o seguinte fundamento (fl. 123):

A meu ver, a modificação do provimento antecipatório é incompatível com a respectiva confirmação.

Tutela jurisdicional modificada não é tutela confirmada, eis que exposta a alteração maior ou menor, mas sempre mais ou menos desfazedora da configuração original.

Porquanto insubsistente se mostra o fundamento da recepção do apelo só no efeito devolutivo, pelo que deve ser recebido com dupla eficácia, devolutiva e suspensiva.

Daí o presente recurso especial em que o Aneel aduz violação ao artigo 520, VII, do CPC, defendendo que a apelação do Município há de ser recebida “apenas no seu efeito devolutivo porque a sentença que modificou a tutela inicialmente antecipada, diminuindo o percentual devido ao Município a título de compensação financeira, não deixa de ser uma decisão confirmatória do provimento antecipatório, ainda que apenas em parte, reclamando, assim, a aplicação da segunda parte do art. 520 do CPC em conjugação com o seu inciso VII” (fls. 133).

Prossegue aduzindo que: i) “eventual atribuição de efeito suspensivo à apelação revelar-se-ia desfavorável ao próprio Município-agravante, uma vez que restaria obstado o pagamento imediato da compensação financeira no percentual de 7,13%, conforme definido em sentença, de modo que o recorrente simplesmente deixaria de receber a aludida compensação enquanto estivesse tramitando o recurso”, e ii) “ora, se a decisão já pode ser imediatamente executada, impondo-se desde logo o pagamento dos valores devidos a título da compensação pela área alada do Município, *também é verdade que o seu efeito anexo já produz efeitos desde logo, dando ensejo a que se proceda à restituição dos valores recebidos a maior no período*” (fls. 133).

Feitas tais considerações, entendo que o recurso não merece prosperar, o que faço pelas razões a seguir expostas.

Não se desconhece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o artigo 520 do CPC deve ser interpretado teleologicamente, a fim de que se considere como hipótese de incidência, não só a confirmação, mas também o deferimento de tutela de urgência na sentença.

Há diversos precedentes nesse sentido, asseverando que, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. Prestigiam o entendimento de que não há como conciliar a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais à sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumiram situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata.

São exemplos os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso especial. Antecipação de tutela deferida na sentença. Efeito da apelação.

I - *A apelação interposta contra sentença em que deferida a antecipação de tutela deve ser recebida no efeito devolutivo. O art. 520 do Código de Processo Civil deve ser interpretado teleologicamente a fim de que se considere como hipótese de incidência o deferimento de tutela de urgência.* Precedentes.

II - Agravo Regimental improvido (AgRg no Ag n. 1.217.740-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 1º.07.2010).

Processual Civil. Recurso especial. Antecipação de tutela deferida na sentença. Apelação. Efeito devolutivo.

1. A apelação interposta contra sentença que defere a antecipação de tutela deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.001.046-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 06.10.2008).

Recurso especial. Processual Civil. Alegada violação do art. 520, VII, do CPC, inocorrência. Antecipação da tutela concedida na sentença. Possibilidade.

1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre a violação posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

2. *A apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumirem situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata.*

3. *A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do decisum.* Arruda Alvim doutrinando acerca das recentes reformas introduzidas no Sistema Processual Civil, ressalta o seguinte:

Esta lei é permeada pela intenção de realizar, no plano prático, a efetividade do processo. Colima proporcionar que, entre a decisão e a real produção dos seus efeitos, benéficos ao autor, a quem se outorgou

proteção, decorra o menor tempo possível. Tende a que, entre a decisão e a sua eficácia, não haja indesejável intervalo.

Não há nela referências ao termo execução, senão que a expressão usada é efetivação (art. 273, § 3º), como, também, há referência a descumprimento de sentença ou decisão antecipatória (art. 287), ao que devem suceder-se consequência (s) coercitiva (s) por causa dessa resistência ilícita, mercê da aplicação do art. 461, § 4º e 461-A, com vistas a dobrar a conduta do réu, que se antagoniza com o direito do autor e, especialmente, com a determinação judicial. Isto significa que se acentua o perfil do caráter mandamental da disciplina destinada a realizar, no plano prático, o mais rapidamente possível, os efeitos determinados pela decisão (*in* Inovações Sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência;

Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, Forense, Rio, 2003, p. 03-04).

4. Precedentes do STJ: (REsp n. 648.886-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 06.09.2004; REsp n. 473.069-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 19.12.2003; REsp n. 279.251-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30.04.2001).

5. Recurso Especial desprovido (REsp n. 706.252-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 26.09.2005).

Processual Civil. Direito de estivagem de cargas pela própria tripulação. Sentença que confirma os efeitos da tutela antecipada. Apelação. Efeito devolutivo.

I - Havendo a confirmação, pela sentença, dos efeitos da tutela antecipada, deve ser observado o que dispõe o art. 520, inciso VII, do CPC, ou seja, deve ser recebida a apelação somente no efeito devolutivo.

II - Recurso especial provido (REsp n. 653.086-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 13.02.2006).

Processual Civil. Recurso especial. Antecipação de tutela. Deferimento na sentença. Possibilidade. Apelação. Efeitos.

- A antecipação da tutela pode ser deferida quando da prolação da sentença. Precedentes.

- Ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp n. 648.886-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ 06.09.2004).

Assim, não há dúvida que, concedida ou confirmada a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afasta-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do *decisum*.

Entretanto, ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, a presente pretensão recursal da Aneel não diz respeito à antecipação de tutela, mas sim ao próprio mérito da demanda.

A esse respeito, abre-se parênteses para ressaltar que a providência antecipatória possui pressupostos e requisitos típicos e exerce, no sistema processual, uma finalidade própria, relacionada com a prevenção do risco de dano irreparável ou com a repressão de atos protelatórios ou de demora injustificada, nos termos do art. 273, I e II e § 6º, do CPC (Zavaski, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2009, p. 128).

Ademais, a antecipação de tutela, baseada em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pode ser deferida em vários momentos, não só no início da tramitação processual, como também no curso dela, na própria sentença ou até mesmo na fase recursal.

Entretanto, há que se esclarecer que o pronunciamento do juiz sobre antecipação da tutela na sentença, negando-a ou deferindo-a, “embora lançado como capítulo - e com a qual formalmente representa ato único -, constitui, sob o aspecto substancial, um ato distinto, materialmente autônomo, inconfundível com a sentença” (Zavascki, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2009, p. 127).

Por conseguinte, embora, com base no princípio da unicidade recursal, o recurso cabível em tais casos seja apenas a apelação, fato é que o *decisum* atacado possui dois conteúdos, um direcionado à antecipação da tutela e outro ao mérito em si, e sobre eles incidirão efeitos distintos.

Em outras palavras, quando revogado, alterado, concedido ou confirmado o provimento antecipatório na sentença, esta não deixa de ter dois conteúdos, um de cunho antecipatório e outro meritório. E, embora atacável por um só recurso, será este recebido com efeitos diversos, conforme o conteúdo da impugnação.

Pois bem. Compulsando detidamente os autos, verifica-se que a pretensão recursal não está voltada à antecipação de tutela em si, ou seja, ao novo percentual definido na sentença à título de compensação financeira devida ao Município, mas aos ajustes decorrentes desse novo *quantum* reduzido.

Em outras palavras, pretende a Aneel o imediato recebimento dos valores pagos a maior ao Município; a imediata devolução da diferença dos valores

depositados compulsoriamente em 14%, que fora reduzido na sentença para 7,13%, e isto, diga-se de passagem, não se trata de providencia que reflete em tutela de cunho emergencial a ponto de ser deferida a título de antecipação de tutela, mas do próprio mérito da demanda, que somente pode ser efetivado com o trânsito em julgado da sentença.

Portanto, como dito, ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, o cerce da questão não versa sobre a incidência ou não do artigo 520, VII, do CPC, ao caso dos autos. Não se trata dos efeitos a que deve ser recebida a apelação que ataca a antecipação de tutela concedida nos autos, mas sim dos efeitos a que se deve atribuir à apelação que impugna matéria de mérito tratada na sentença.

Assim, não há razão para se adentrar na discussão acerca da natureza do provimento antecipatório dado nos autos, como fez o acórdão recorrido. Pouco importa se o deferimento na sentença da antecipação da tutela em menor extensão do que anteriormente deferido equivale à uma nova decisão deferitória, à uma modificação do provimento anterior ou à uma confirmação parcial dele, até mesmo porque, consoante se extrai dos precedentes acima citados, todos esses provimentos jurisdicionais estão abarcados pela exceção prevista no artigo 520, VII, do Código Processual, ensejando o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, ante a situação de emergência que os abarcam.

O que aqui nos interessa, nos termos da insurgência da Aneel, são os efeitos da apelação no tocante ao mérito da demanda e a esse respeito incide a regra geral prevista no *caput* do artigo 520 do CPC, que expressamente dispõe que: “A apelação será recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo”.

Assim, a matéria relativa ao acerto de contas entre o Município e a Aneel e eventual restituição de valores pagos a maior há de ser devolvida ao Tribunal no duplo efeito, por não configurar cunho emergencial, não estando abrangida pelo provimento antecipatório.

A pretensão da Aneel se volta contra o mérito em si, contra algo que não tem caráter de urgência, sendo certo que o encontro de contas não pode ser deferido em antecipação de tutela, pois não tem cunho emergencial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.184.588-BA (2010/0042231-6)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Bahiana Veículos e Máquinas S/A e outros

Advogado: Sandra Bussen e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Decisão que determina à exequente a apresentação de documentos fiscais para verificação da alegação a respeito de ocorrência da prescrição tributária. Existência de conteúdo decisório que a torna passível de impugnação por meio de agravo de instrumento. Providência que não causa prejuízo à exequente.

1. Caso em que se discute a possibilidade de o magistrado solicitar à Fazenda exequente documentos fiscais para a análise da alegação de ocorrência da prescrição, que foi arguída em sede de exceção de pré-executividade.

2. Não se verifica, no caso, violação do art. 535 do CPC, pois o fundamento relativo à ausência de prejuízo é suficiente, por si só, para a solução da controvérsia, não necessitando o Tribunal de origem, por isso, integrar o acórdão recorrido, nos termos em que defendido pela recorrente em sede de embargos de declaração.

3. À luz do pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, a alegação de prescrição pode ser suscitada em sede de exceção de pré-executividade, por ser causa de extinção do crédito tributário. Ausência de violação do art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/1980.

4. A determinação judicial de solicitação de documentos fiscais em posse da Fazenda exequente, para a análise de eventual ocorrência da prescrição, tem conteúdo decisório e, portanto, é passível de impugnação por meio de agravo de instrumento.

5. Por força do artigo 41 da Lei n. 6.830/1980, pode o magistrado, em decorrência do poder geral de cautela e diante de fundada dúvida

sobre os elementos constitutivos da CDA, requisitar os autos do processo administrativo fiscal a fim de certificar-se da regularidade do processo executivo levado a efeito pela administração tributária, sendo que tal providência, além de poder ser solicitada de ofício, não causa qualquer prejuízo à Fazenda exequente, que tem em seu poder os documentos solicitados.

6. Ante “a inexistência da informação acerca das datas em que constituídos os créditos por intermédio da entrega das declarações à Receita Federal”, conforme consignado na decisão objeto do recurso de agravo, pode o juiz, nos termos do art. 41 da LEF, determinar à exequente que indique “a data em que fora apresentada à Receita Federal a ‘declaração’ referida nos anexos I das CDAs”.

7. Recurso especial parcialmente 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, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2011 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 13.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa é a seguinte:

Processual Civil. Agravo de instrumento contra ato de mero expediente. Seguimento negado. Agravo regimental. Alegações genéricas. Não provimento.

I. Não tendo a agravante demonstrado que o despacho proferido na primeira instância não era de mero expediente, não há como prosperar o agravo interposto.

II. O ato agravado visa unicamente à realização de impulso processual, determinando providência da exeqüente, para, posteriormente, apreciar o pedido liminar.

III. Dos despachos ordinatórios não cabe recurso, nos termos do art. 504 do CPC.

IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

Houve a oposição de embargos declaratórios, nos quais se alegou omissão quanto ao fato de a exceção de pré-executividade não comportar dilação probatória, mas foram rejeitados, por se entenderem ausentes as hipóteses do art. 535 do CPC.

A recorrente alega que o acórdão recorrido viola:

(i) *o art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/1980*, ao fundamento de que o executado deveria ter oposto embargos do devedor para se insurgir com a execução fiscal, com a consequente garantia do juízo, e não apresentar exceção de pré-executividade, em razão desta via não admitir produção de provas.

(ii) *os artigos 162, §§ 2º e 3º, 504, 522*, por entender que a decisão que determina a apresentação de documentos em juízo tem natureza de decisão interlocutória e, por isso, é impugnável por meio de agravo de instrumento.

(iii) *o art. 535 do CPC*, por considerar que o Tribunal de origem não foi omissivo na aplicação do entendimento de que, em sede de exceção de pré-executividade, não poderia haver dilação probatória.

Sem contrarrazões pela recorrida.

Recurso especial admitido na origem.

Autos conclusos em 22 de março de 2010.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Citado a pedido da exequente, na qualidade de co-responsável tributário, nos termos dos artigos 134, VII, e 135, III, do CTN, Carlos Alberto da Silva Ramalho, por meio de exceção de pré-executividade (fls. 248-260), pediu sua exclusão do polo passivo da execução fiscal, alegando: (i) não participação no quadro social da empresa executada; (ii) que nunca participou da administração da sociedade empresária;

e (iii) que, conquanto tenha sido diretor da sociedade empresária, não ficou demonstrado pela exequente a responsabilidade do requerente pelos débitos tributários.

Posteriormente, ingressou *com nova exceção de pré-executividade* (fls. 272-294), alegando a *ocorrência de prescrição*, ocasião em que sustentou:

[...] estando comprovado que no caso concreto a constituição definitiva do crédito tributário de que se cuida operou-se em 07.07.1998 diante do disposto no artigo 174 do CTN, segue-se a conclusão inafastável de que a Fazenda Nacional dispunha do prazo até 07.07.2002 só para ajuizar a ação judicial de cobrança do aludido crédito, mas ainda para promover a efetiva citação pessoal da firma devedora e/ou dos “responsáveis” pelo seu pagamento.

Não obstante, no caso concreto, verifica-se que deu-se a inscrição na Dívida ativa (07.07.1998), o ajuizamento da ação em (31.08.1998), bem como a citação do ora excipiente (14.02.2007), esta quando já consumado o prazo prescricional de 05 anos para a cobrança do débito exequendo, contado desde a sua constituição definitiva [...]

Na sequência, a Fazenda Nacional peticionou (fls. 297, *et seq*), alegando o seguinte:

Há que se verificar nos autos do processo administrativo, em que apurada a dívida cobrada nos presentes autos, quando a existência de causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional [...].

O documento anexo comprova que o débito foi objeto de parcelamentos, causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e de interrupção da prescrição (arts. 151, VI, e 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e art. 202, VI, do Código Civil).

A executada aderiu ao Refis em 1º.05.2001 e dele foi excluída em 06.10.2001. A adesão ao Refis equivale a confissão irretratável o débito [...] Somente com a exclusão do Refis, em 06.10.2001, reiniciou-se a contagem do prazo prescricional. Conclui-se, pois, que não se completou o prazo prescricional previsto em lei.

Cumpra acrescentar que a citação da pessoa jurídica executada (carta de citação de fls. 12) é causa de interrupção da prescrição em relação aos sócios co-responsáveis.

[...] a executada apresentou declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, onde informou os valores devidos a título de contribuições.

Como não houve manifestação do Fisco, houve a aceitação tácita dos valores declarados devidos.

Não houve a extinção do crédito tributário porque não houve pagamento.

[...].

Assim, como a Fazenda tem o prazo de dez anos (art. 45 da Lei n. 8.212/1991) para homologar o lançamento (ou proceder ao lançamento de ofício) e mais dez anos (art. 46 da Lei n. 8.212/1991) para cobrar o crédito da Seguridade Social, tem-se que não transcorreu o prazo necessário [...].

Nessa oportunidade, o juízo de primeiro grau determinou a intimação da exequente para que se manifestasse *a respeito da primeira* exceção de pré-executividade manejada pelo excipiente (fl. 307), ocasião em que, com base no art. 134 do CTN e no art. 13 da Lei n. 8.620/1993, afirmaram-se: (i) “foi na gestão de Carlos Alberto da Silva Ramalho como Diretor da Sociedade executada que se deu o inadimplemento da obrigação tributária executada” (fl. 316); e (ii) a sociedade empresária foi dissolvida irregularmente.

O juízo de primeiro grau, então, decidiu o seguinte (fl. 368):

A adesão a parcelamento administrativo ocorrida antes de consumada a prescrição a interromperá, nos termos do art. 174, IV, do CTN, e, após prescrita a pretensão, implicará em sua renúncia.

Assim é que, considerando que os tributos em questão submetem-se à regra do lançamento por homologação, hipótese em que o crédito é apurado e declarado pelo próprio sujeito passivo da obrigação tributária, mediante apresentação da Declaração de Contribuição e Tributos Federais (DCTF), o que foi feito pela pessoa jurídica executada, consoante se depreende das CDA's que instruem esta execução e as que a ela se encontram apensadas (vide campos “forma de constituição do crédito” e “n. da decl”), *a inexistência da informação acerca das datas em que constituídos os créditos por intermédio da entrega das declarações à Receita Federal inviabiliza, por ora, a manifestação deste juízo acerca da prescrição, sua interrupção ou renúncia.*

Dito isto, postergo a apreciação das exceções de pré-executividade apresentadas pelo co-executado, *e, com vistas à formação de um juízo de convencimento acerca do instituto da prescrição - matéria de ordem pública que é, portanto, passível de apreciação em qualquer grau de jurisdição - tenho por bem, invocando a faculdade prevista no art. 130 do Código de Processo Civil, determinar a intimação da exequente para informar, no prazo de 10 dias, a data em que fora apresentada à Receita Federal a “declaração” referida nos anexos I das CDA's que lastrearam esta execução e as que a ela se encontram reunidas, apresentando, se for o caso, cópia integral do PAF correlatos.*

Opuseram-se embargos de declaração, alegando omissão quanto à análise do fato de não se admitir dilação probatória em exceção de pré-executividade,

mas o juízo de primeiro grau os rejeitou, ao fundamento de que possível a aplicação do art. 130 do CPC em sede de exceção de pré-executividade.

Assim, em 18 de agosto de 2008, a Fazenda Nacional protocolizou agravo de instrumento contra referida decisão, defendendo a tese de que “desprovida de amparo legal a exigência [...] que impõe à exequente o ônus de trazer aos autos documentos outros que comprovem a data dos fatos geradores ou a ocorrência de causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário” (fl. 12) e alegando: (i) que a sociedade executada fora dissolvida irregularmente, o que autorizaria a inclusão de seus sócios no pólo passivo da execução fiscal; e (ii) que “a decisão embargada olvidou, de forma desarrazoada, a presunção de liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa (art. 204 do CTN), bem como a presunção de veracidade do registro comercial” (fl. 11).

O voto condutor do acórdão que decidiu o agravo de instrumento, com grifo nosso, tem o seguinte teor:

[...]

Insurge-se a agravante contra decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que impôs providências antes de apreciar as exceções de pré-executividade propostas, nos seguintes termos:

Dito isto, postergo a apreciação das exceções de pré-executividade apresentadas pelo co-executado, e, com vistas à formação de um juízo de convencimento acerca do instituto da prescrição – matéria de ordem pública que é, portanto passível de apreciação em qualquer grau de jurisdição – tenho por bem, invocando a faculdade prevista no art. 130 do Código de Processo Civil, determinar a intimação da exequente para informar, no prazo de 10 (dez) dias, a data em que fora apresentada à Receita Federal, a Declaração referida nos Anexos I das CDA's que lastrearam esta execução, e as que a ela se encontram reunidas, apresentado, se for o caso, cópia integral do PAF correlatos.

A decisão impugnada, via agravo regimental, foi proferida nos seguintes termos:

A agravante se insurge do despacho proferido pelo Juízo monocrático, que, sem resolver qualquer incidente no curso do processo, limitou-se a determinar providência da exequente para, posteriormente, apreciar as exceções de pré-executividades propostas.

Dos despachos ordinatórios não cabem recursos, nos termos do art. 504 do Código de Processo Civil.

(...)

Diante do exposto, com base nos arts. 557, *caput*, do CPC, e 30, XXV, do RITRF 1ª Região, *nego seguimento ao recurso*.

Insurge-se a agravante contra decisão que tão-somente postergou a apreciação das exceções de pré-executividade apresentadas pelo co-executado, e, com vistas à *análise do instituto da prescrição, determinou à exequente, ora agravante, que informasse a data em que fora apresentada à Receita Federal a Declaração referida no Anexo I das CDAs que lastrearam a execução, e as que a ela se encontram reunidas, apresentando, se for o caso, cópia integral do processo administrativo fiscal correlato*.

Apesar do inconformismo da agravante, o fato é que a decisão agravada não possui cunho realmente decisório, mas sim feições de despacho de mero expediente, que não lhe traz nenhum prejuízo.

Não há recurso que se destine à impugnação de despachos de mero expediente, tampouco de sugestões das quais venha a parte discordar (art. 504 do CPC).

Nesse sentido trago à colação julgados proferidos nesta Corte e no Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Agravo de instrumento contra ato de mero expediente. Seguimento negado. Agravo regimental. Alegações genéricas. Não provimento.

Não tendo o agravante se desincumbido de demonstrar que o despacho proferido em 1ª instância não era de mero expediente, não há como prosperar o agravo regimental interposto.

Não há carga decisória em despacho de mero expediente que, por sua natureza, nada impôs ao agravante, apenas determinou o arquivamento dos autos, posteriormente à baixa devida.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA n. 2005.01.00.068569-6-GO; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, Decisão de 08.03.2006, DJ de 27.03.2006, p. 44).

Processual Civil. Agravo de instrumento. Despacho de cunho ordinatório. Não cabimento do recurso.

a) Decisão que intima a Autarquia Ré para cumprir a decisão proferida pelo órgão colegiado não tem cunho decisório e, portanto, não desafia agravo de instrumento.

b) Não há que se conhecer de agravo de instrumento interposto contra despacho de mero expediente. Inteligência do art. 504, do CPC.

c) Agravo não conhecido.

(AG n. 2005.01.00.046017-6-MG; Agravo de Instrumento, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (Conv.), Segunda Turma, Decisão 08.03.2006, DJ de 30.03.2006, p. 29).

A agravante, em sua irrisignação, afirma tão-somente tratar-se de ato judicial atacado que ostenta caráter decisório, não se desincumbindo de provar que o despacho agravado não era de mero expediente, como lhe competia fazer.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Como se percebe, o TRF da 1ª Região entendeu que a determinação de apresentação de documento para a formação da convicção do julgador a respeito da prescrição arguída pelo executado configuraria despacho de mero expediente, além de não causar prejuízo à exequente.

Assim, conquanto o acórdão *a quo* tenha dado ênfase à natureza da decisão impugnada, observa-se que o Tribunal de origem também analisou a pretensão recursal, no mérito, ao concluir que a decisão agravada não traria prejuízo à exequente, daí porque, sob essa ótica, a alegação de violação dos artigos 162, §§ 2º e 3º, 504, 522 do CPC, embora conhecível, não beneficia à recorrente.

*É indubitoso que o despacho do juiz, no presente caso, tem conteúdo decisório e, portanto, é passível de agravo de instrumento, não sendo se caracterizando como despacho de mero expediente. Porém, a despeito do entendimento externado pelo Tribunal de origem a respeito da natureza da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, nota-se que o fundamento relativo à ausência de prejuízo à exequente é relevante, razão pela qual se entende que o acórdão *a quo* deve ser mantido.*

Com efeito, à luz do pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, a alegação de prescrição pode ser suscitada em sede de exceção de pré-executividade, por ser causa de extinção do crédito tributário. Desde logo, portanto, *afasta-se a alegação de violação do art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/1980.*

Não obstante, o fato é que a prescrição pode ser reconhecida, inclusive, de ofício pelo julgador, conforme autorização do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil e, guardadas as devidas proporções, do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/1980.

Nesse contexto, *por força do artigo 41 da Lei n. 6.830/1980, pode o magistrado, em decorrência do poder geral de cautela e diante de dúvida sobre os elementos constitutivos da CDA, inclusive em homenagem à realização da justiça*

fiscal, requisitar os autos do processo administrativo fiscal a fim de certificar-se da regularidade do processo executivo levado a efeito pela administração tributária.

Ou seja, para o fim de verificação, de ofício, da prescrição, pode o magistrado requisitar à exequente cópia do processo administrativo fiscal, conforme lhe autoriza o art. 41 da LEF. Eis o seu teor:

Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes ou requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público.

Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz à repartição competente, com dia e hora previamente marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventuário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas.

Pontua-se que, no caso, o magistrado de primeiro grau apoiou-se no art. 130 do Código de Processo Civil, dispositivo esse que tem a mesma finalidade do art. 41 da LEF, que é proporcionar ao julgador elementos necessários à formação de sua convicção e que, expressamente, autoriza o seu agir de ofício.

Vale dizer, assim, que a requisição de documentos à exequente para a formação de convicção a respeito de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, não pode ser confundida, de forma simplista, com a instrução probatória a cargo do executado.

Se não houvesse o manejo de exceção de pré-executividade pelo executado e, mesmo assim, o julgador requisitasse os mesmo documentos que requisitou, a Fazenda exequente alegaria o quê em seu recurso?

Assim, embora a requisição judicial tenha se dado após a apresentação de exceção de pré-executividade, o fato é que o magistrado agiu conforme lhe é autorizado pela legislação processual, sendo que *a providência requisitada não tem mesmo o condão de causar qualquer prejuízo à Fazenda exequente*, que tem em seu poder a documentação solicitada, cuja apresentação seria bem mais simples e eficiente do que interpor recursos.

Como reforço ao argumento da ausência de prejuízo, deve-se acrescenta-se que a Certidão de Dívida Ativa deve refletir perfeitamente o que foi apurado no

procedimento administrativo fiscal. Não há, pois, necessidade de nova verificação de nenhum elemento que já não tenha sido observado pela exequente, na seara administrativa.

Ressalta-se, ainda, que essa providência está respaldada no *poder geral de cautela* facultado aos magistrados, motivo pelo qual ele deve ser invocado, apenas, nos casos em que existir fundada dúvida sobre os elementos constitutivos do crédito tributário em execução.

“A iniciativa instrutória do juiz, com fulcro nos artigos 41, da Lei de Execuções Fiscais, 131 e 399, do Código de Processo Civil, somente se revela razoável quando a parte logra demonstrar a impossibilidade de obter, pessoalmente, a informação cuja requisição pleiteia, salvante os casos em a medida judicial decorrer do poder geral de cautela do magistrado ou do interesse público de efetividade da Justiça, notadamente quando se tratar de relação processual desproporcional” (REsp n. 823.953-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1º.10.2008).

Portanto, ante “a inexistência da informação acerca das datas em que constituídos os créditos por intermédio da entrega das declarações à Receita Federal”, conforme consignado na decisão objeto do recurso de agravo, pode o juiz, nos termos do art. 41 da LEF, determinar à exequente que indique “a data em que fora apresentada à Receita Federal a ‘declaração’ referida nos anexos I das CDAs”.

Assim, embora a decisão exarada com base no art. 41 da LEF tenha conteúdo decisório, portanto, agravável, por decorrer do poder instrutório específico conferido ao magistrado, que não traz prejuízo à Fazenda, pode ser tomada de ofício, ou seja, independente de provocação mediante embargos do devedor.

Com essas considerações, não há falar em violação do art. 535 do CPC, pois o fundamento relativo à ausência de prejuízo é suficiente, por si só, para a solução da controvérsia, não necessitando o Tribunal de origem, por isso, integrar o acórdão recorrido, nos termos em que defendido pela recorrente em sede de embargos de declaração.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial, nos termos da conclusão acima externada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.216.473-PR (2010/0190599-3)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Maria Ester do Nascimento Meger e outro

Advogado: Jaceguay Feuerschuetzte de Laurindo Ribas e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra

Procurador: Valdez Adriani Farias e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Processo Administrativo Disciplinar – PAD. Anulação da pena de suspensão, já cumprida pelas servidoras, e aplicação de pena mais grave, de demissão, por orientação da Controladoria-Geral da União. *Bis in idem* e *reformatio in pejus*. Impossibilidade. Pedido de reintegração julgado procedente. Recurso especial conhecido e provido.

1. É certo que “A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa” (MS n. 13.364-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 26.05.2008).

2. O novo julgamento do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei n. 8.112/1990, que prevê sua revisão tão somente quando constatado vício insanável ou houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público.

3. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a novo julgamento do feito

para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.

4. “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Súmula n. 19-STF).

5. Hipótese em que a anulação, pelo Presidente do Incra, da pena de suspensão aplicada às servidoras não teve por escopo corrigir eventual vício insanável e/ou beneficiá-las, na medida em que resultou da orientação firmada pela Corregedoria-Geral da União (CGU) que, ao reexaminar o mérito das conclusões firmadas pela Comissão processante, entendeu necessária a aplicação de pena mais grave, de demissão.

6. Tendo em vista a ilegalidade do ato que importou na aplicação da pena de demissão das servidoras, é de rigor a reintegração destas aos seus respectivos cargos públicos, com todos os efeitos funcionais e financeiros daí decorrentes (inclusive quanto à pena de suspensão anteriormente aplicada).

7. “A correção monetária deve incidir a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela. Incidência da Súmula n. 43-STJ” (AgRg no REsp n. 947.368-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 27.09.2010).

8. Juros moratórios devidos a partir da citação, nos termos do art. 397, parágrafo único, c.c. 405 do Código Civil e 219, *caput*, do CPC.

9. Honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas atrasadas, acrescidas de uma anualidade, nos termos do art. 20, § 4º, c.c. 260 do CPC.

10. 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 Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.
Brasília (DF), 03 de maio de 2011 (data do julgamento).
Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 09.05.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado por *Maria Ester do Nascimento Meger e outro*, com base no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal.

Narram os autos que, após regular processo administrativo disciplinar, foi apurada a responsabilidade administrativa das recorrentes, “lotadas na Superintendência Regional do Incra no Estado do Paraná (...), diante da comprovação de cometimento de atos infracionais consistentes no fato de haver sido adulterada ‘declaração de imóvel rural, visando transformar a classificação de ‘improdutivo’ para ‘produtivo’ do imóvel rural denominado ‘Fazenda Sakamoto’, de propriedade de Shinichi Oizumi, localizado no Município de Conselheiro Mairinchk-PR” (fl. 1.789e).

Em virtude das conclusões da respectiva Comissão de apuração, “Foram editadas (...) as Portarias-Incra n. 144 e n. 145, em 11 de março de 2004, aplicando, ‘com fundamento na última parte do art. 129, e segunda parte do art. 130, todos da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a pena de suspensão, por 30 (trinta) dias’, às servidoras (...), diante da violação do ‘disposto no art. 116, incisos I, II, III, combinados com o art. 128, da citada lei, por ter restado comprovado que a mesma adulterou declaração de imóvel rural, transformando a classificação de ‘improdutivo’ para ‘produtivo’ do imóvel denominado ‘Fazenda Sakamoto’, localizado no município de Conselheiro Mairinck-PR” (fl. 1.795e).

Conforme informado no voto condutor no acórdão recorrido, as referidas penas de suspensão foram cumpridas pelas autoras. *Maria Ester dos Nascimento Meger* cumpriu suspensão no período de 25.03.2004 a 24.04.2004, enquanto *Carmen Catarina de Almeida*, entre 14.12.2004 e 16.01.2005 (fl. 315e).

Antes disso, porém, os referidos fatos foram levados “ao conhecimento da Corregedoria-Geral da União, por meio do Ofício-Incra-P - n. 092/2004, de 12 de março de 2004. Em resposta, a Corregedoria-Geral da União, irresignada

em face da decisão administrativa, apoiada pela *Nota Técnica* n. 732/2004-FGU-PR-CORIN, de 27.10.2004, sustentou, em síntese, que, ‘procedido o exame da documentação recebida, verificou-se que a decisão proferida foi contrária às provas carreadas, eis que as servidoras (...) praticaram falta funcional passível da pena de demissão (art. 117, IX, Lei n. 8.112, de 11.12.1990) que, de acordo com o art. 134 da Lei n. 8.112/1990 e orientação da AGU – Parecer GQ- n. 183, a aplicação é compulsória. Tratando-se de penalidade expulsiva, de acordo com o Decreto n. 3.035, de 27.04.1999, a competência para aplicá-la foi delegada aos Ministros de Estado”, razão pela qual se recomendou “à Presidência do Incra, “com fundamento no art. 18, § 5º, IV e V da Lei n. 10.683, de 2003, a declarar a nulidade do julgamento que acolheu parcialmente os termos do relatório final da referida comissão, encaminhando, posteriormente, os autos ao Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário para fins de cumprimento do disposto no Decreto n. 3.035, de 1999” (fl. 1.797e).

Tendo em vista a recomendação da CGU e o parecer favorável apresentado pela Advocacia da União, em 15.02.2005, o então Presidente do Incra declarou nulos “os termos do julgamento proferido no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar n. 54200.001683/2003-46” (fl. 1.817e), bem como determinou fossem tornados insubsistentes os atos que resultaram na aplicação da pena de suspensão das servidoras, ora recorrentes.

Aos referidos fatos, acresçam-se as informações trazidas no relatório do acórdão recorrido (fls. 310-311e):

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por servidoras públicas federais objetivando: (a) o reconhecimento da nulidade de sindicância e de processo administrativo disciplinar, determinando-se o seu arquivamento; ou, sucessivamente, (b) o arquivamento do PAD em razão da prescrição e da decadência operadas, afastando-se a penalidade de suspensão aplicada e obstando que qualquer outra sanção lhes seja imposta; ou, sucessivamente, (c) que seja decretada a nulidade do processo administrativo disciplinar após a realização do julgamento pelo Presidente do Incra e imposição da suspensão às autoras, declarando-se a impossibilidade de nova revisão do processo em prejuízo às servidoras, bem como declarando a impossibilidade de atuação da Controladoria-Geral da União no presente caso.

Sobreveio sentença julgando improcedente a ação. Condenou a parte autora nos ônus de sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

Em suas razões recursais, sustenta a parte autora: (a) que não houve a identificação do denunciante; (b) que houve violação ao devido processo legal,

à ampla defesa e ao contraditório durante a sindicância e o PAD; (c) que um dos servidores que compôs o PAD seria suspeito por já ter integrado a Comissão de Sindicância; (d) que o processo administrativo disciplinar seria nulo em razão do decurso do prazo; (e) que se operou a prescrição e a decadência para a aplicação de sanção disciplinar; (f) que houve ofensa ao devido processo legal no ato administrativo que anulou o primeiro julgamento do processo administrativo disciplinar; (g) que a autoridade julgadora era incompetente para a realização de novo julgamento; (h) que houve desrespeito à correlação entre acusação e decisão, fazendo-se necessária a abertura de prazo para nova defesa; (i) que o julgamento foi realizado em desconformidade com as provas constantes dos autos do PAD; (j) que o relatório da Comissão de Sindicância foi insuficientemente motivado; (k) que houve errônea capitulação dos fatos comprovados no processo administrativo disciplinar. Pede o provimento do recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entretanto, manteve incólume sentença de improcedência, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa (fls. 322-323e):

Administrativo. Servidor público. Ação de rito ordinário. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência.

1. *"Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nestes casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedentes: MS n. 12.957-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26.09.2008; MS n. 12.983-DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15.02.2008)"* (MS n. 13.716-DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 15.12.2008, DJe 13.02.2009).

2. A Administração Pública deve observar, por ocasião da aplicação da sanção disciplinar, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, individualização da pena, bem como o art. 128 da Lei n. 8.112/1990.

3. Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público.

4. *"A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados"* (STJ, MS n. 10.828-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.10.2006).

5. Os membros de Comissão de Sindicância que sugere a instauração de Processo Administrativo Disciplinar não podem participar da Comissão Disciplinar

a ser formada, pois eles já formaram um juízo de convencimento, o que os conduziria a um prejulgamento do caso, maculando a imparcialidade que deve estar presente na condução do procedimento. No entanto, por se tratar de hipótese de suspeição, ela deve ser alegada pela parte interessada na primeira oportunidade em que puder falar nos autos do processo disciplinar.

6. O decurso de prazo, em que pese constitua irregularidade, não é fato suficiente para, por si só, implicar a nulidade do procedimento, sem a demonstração de efetivo prejuízo ao servidor acusado.

7. Conquanto a autoridade julgadora possa divergir das conclusões da Comissão Disciplinar, ela deve fazê-lo de forma motivada, não sendo possível que ela desconsidere parte das imputações que foram feitas ao servidor.

8. A apreciação da adequada correlação entre acusação e decisão somente pode ser feita à luz da decisão da autoridade julgadora, e não das conclusões da Comissão Disciplinar, que consubstanciam mera recomendação, sem carga decisória.

9. Apelo não provido.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 331-342e).

Sustentam as recorrentes violação aos arts. 127 e 130 da Lei n. 8.112/1990, ao argumento de que o Termo de Indiciamento elaborado pela Comissão Processante, no qual foram descritos vários fatos passíveis de ser capitulados como as infrações previstas no art. 116, I a III, da Lei n. 8.112/1990, e que vincularia toda a atividade administrativa posterior, jamais fez referência à pena de demissão, mas apenas de suspensão.

Assim, a anulação da pena de suspensão que lhes foi aplicada e cumprida no período de 25.03.2004 a 24.04.2003, seguida da aplicação de pena de demissão, pelo Presidente do Incra, já quando em curso o presente feito, sem que lhe fosse dada a oportunidade de nova defesa, importaria na nulidade daquele procedimento.

Afirmam que, diferentemente do que consignado no acórdão recorrido, a anulação da pena de suspensão não lhes seria mais benéfica, mormente porque decorreu da orientação da Controladoria da União, que, em seu lugar, propôs a aplicação da pena de demissão, levada a efeito pelo Presidente do Incra.

Seguem afirmando que o presente feito, embora ajuizado antes que lhe fosse aplicada a pena de demissão, com esta guarda relação, porquanto corresponde à alteração superveniente do seu direito. Ademais, “não há a menor dúvida de que o objetivo final da causa era precisamente impedir a demissão, em razão das ilegalidades do processo administrativo” (fl. 382e).

Aduzem que, “se infelizmente a demissão veio a se consumir, isso não é motivo para deixar de se reconhecer as irregularidades do PAD indicadas na inicial”, sendo certo que o Tribunal de origem, “ao se eximir de tal mister, descumpriu o teor do art. 462 da Lei Adjetiva” (fl. 382e).

Alegam, ainda, contrariedade aos arts. 153 da Lei n. 8.112/1990 e 2º da Lei n. 9.784/1999, asseverando que a Turma Julgadora “deixou (...) de respeitar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa” (fl. 382e). Isso porque, “com a decisão do Presidente do Incra, que anulava a pena de suspensão e abria a possibilidade do apenamento com a demissão, deveria necessariamente ter havido uma nova peça acusatória, a partir da qual as recorrentes deveriam ser ouvidas para apresentarem a sua defesa” (fl. 383e).

Por fim, apontam a ocorrência de dissídio jurisprudencial quanto ao entendimento firmado pelo Tribunal de origem no sentido de que “não teria havido necessidade de intimar as recorrentes acerca da anulação da pena de suspensão, nem da possibilidade de aplicação de pena mais severa” (fl. 384e), citando, como paradigma, acórdão proferido nesta Corte no MS n. 7.034-DF, de 22.10.2007.

Sem contrarrazões (fl. 401e). Recurso admitido na origem (fls. 404-406e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): De início, verifica-se que o Tribunal de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca da tese de que não seria possível a aplicação da pena de demissão, uma vez que o Termo de Indiciamento a ela jamais teria feito referência. Por conseguinte, incidem na espécie as Súmula n. 282-STF e n. 211-STJ.

No que concerne à sustentada divergência jurisprudencial, a parte recorrente não juntou a certidão ou cópia do acórdão paradigma, nem citou repositório oficial, autorizado ou credenciado em que ele esteja publicado, deixando, inclusive, de proceder ao necessário cotejo analítico, conforme exigência prevista no art. 541, parágrafo único, do CPC c.c. 255, §§ 1º e 2º do RISTJ. Nesse sentido: REsp n. 662.356-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 05.09.2005.

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial que dizem respeito às demais teses recursais, passo ao exame de mérito.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “A Autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa” (MS n. 13.364-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 26.05.2008).

De outro lado, também não há falar em afronta ao art. 462 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem, ao contrário do que afirmam as recorrentes, expressamente examinou – e afastou – todas as teses vinculadas à eventual nulidade de suas demissões.

Não obstante o afastamento das teses acima, é de rigor o reconhecimento da nulidade da pena de demissão aplicada às recorrentes.

Como cediço, “O Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 257 de seu Regimento Interno e na Súmula n. 456-STF, tem-se posicionado no sentido de que, superado o juízo de admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo, de modo a permitir o exame de ofício das matérias de ordem pública” (AgRg nos EDcl na DESIS no REsp n. 1.123.252-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.10.2010).

Como relatado, observa-se que o processo administrativo já havia sido encerrado mediante aplicação da pena cabível às recorrentes (suspensão), motivo pelo qual não poderia o Presidente do Incra, ainda que por recomendação da Controladoria-Geral da União, aplicar pena mais grave (demissão), diante do Enunciado da Súmula n. 19-STF, que dispõe: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

Registro, desde logo, que não desconheço acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça segundo os quais a vedação preconizada no Enunciado da Súmula n. 19-STF não incide quando a pena anterior é anulada, para que em seu lugar se imponha uma mais grave. A propósito: RMS-

AgRg n. 24.308, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ de 25.04.2003; MS n. 7.034-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJ de 22.10.2007.

Inferre-se, do art. 169, *caput*, da Lei n. 8.112/1990 que, uma vez instaurado o PAD, sua anulação somente será possível quando constatada a ocorrência de vício insanável. Por sua vez, nos termos do art. 174, *caput*, da Lei n. 8.112/1990, a revisão do PAD poderá ocorrer de ofício, pela Autoridade competente, quando apresentados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor punido ou a inadequação da penalidade aplicada. Em outros termos, a revisão da penalidade aplicada somente será cabível quando favorecer o servidor.

A propósito, confirmam-se os mencionados dispositivos legais:

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

(...)

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

Outra, aliás, não é a regra que prevalece no tocante à revisão de processos administrativos de forma geral, conforme dispõe a Lei n. 9.784/1999:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

Ocorre que, no presente caso, não se trata de inobservância de formalidade legal, do devido processo legal, dos princípios da ampla defesa e do contraditório. O julgamento não foi invalidado porque a autoridade julgadora era incompetente, ou porque a comissão processante era suspeita, ou por algum vício relacionado com as provas colhidas, por exemplo. Sequer se pode entender que houvera ofensa a literal disposição de lei ou que o julgamento se deu contrariamente à prova dos autos. Na verdade, não se cuida de nulidade.

A anulação da pena de suspensão deu-se para que se aplicasse uma orientação jurídica firmada no âmbito do Poder Executivo no tocante à interpretação da Lei n. 8.112/1990, que não teria sido observada, segundo o que remanesceu apurado pela comissão processante. Esse foi o motivo da revisão: para que se procedesse a um novo julgamento da causa, aplicando-se às recorrentes pena mais grave. Nada mais.

De fato, não foi apontado pela CGU nenhum vício insanável no PAD que efetivamente autorizasse a anulação do relatório final apresentado pela Comissão processante e da pena de suspensão cumprida pelas recorrentes, tendo em vista que os argumentos expostos na Nota Técnica n. 732/2004-CGU-PR-CORIN, encaminhada ao Presidente do Incra em 30.11.2004, por meio do Ofício n. 31.094-CGU-PR, cingiam-se estritamente a questões envolvendo o mérito (fls. 1.755-1.777e).

É certo que, havendo indícios de ilegalidade em seus atos, cabe à Administração exercer seu poder-dever de autotutela, com fundamento nas Súmulas n. 346 e n. 473 do Supremo Tribunal Federal, que preconizam:

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Súmula n. 346-STF).

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula n. 473-STF).

No entanto, em se tratando de processo administrativo disciplinar, há considerar limites à revisão de atos administrativos, diante da submissão ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a novo julgamento do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no processo administrativo disciplinar.

Por conseguinte, tem-se que o novo julgamento da causa não encontra respaldo na Lei n. 8.112/1990, que prevê a revisão do processo disciplinar tão somente quando, diante de elementos novos a serem considerados, houver

possibilidade de abrandamento da sanção aplicada ao servidor público federal. Desse modo, pode-se concluir que o ordenamento jurídico proíbe *bis in idem* e o *reformatio in pejus*.

O reconhecimento da ilegalidade da demissão das servidoras importa, por via de consequência, no dever de a *União* reintegrá-las aos seus respectivos cargos públicos, com todos os efeitos financeiros e funcionais retroativos à data em que foram afastadas no serviço público, sendo certo, ainda, que os valores atrasados deverão ser acrescidos de correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela, e juros moratórios desde a citação.

Quanto à sucumbência, condeno a *União* a restituir às recorrentes as eventuais custas e demais despesas processuais eventualmente despendidas, e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor das parcelas remuneratórias atrasadas, acrescidas de uma anualidade das vincendas, nos termos do art. 20, § 4º, c.c. 260 do CPC.

Por fim, faz-se necessária uma última ressalva.

Tendo em vista a ilegalidade do ato que importou na anulação da pena de suspensão originalmente aplicada às servidoras e, por conseguinte, a ilegalidade da própria pena de demissão, é de rigor que também sejam restabelecidos todos os efeitos funcionais e financeiros decorrentes da aplicação da mencionada pena de suspensão, tornada sem efeito pelo Presidente do Incra de forma indevida, mormente porque contra ela as recorrentes jamais se insurgiram.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento* para reformar o acórdão recorrido e *julgar procedente* o pedido formulado na inicial, a fim de (a) declarar a nulidade da pena de demissão imposta às recorrentes; (b) condenar a *União* a reintegrá-las aos seus respectivos cargos públicos, com todos os efeitos funcionais e financeiros daí decorrentes (inclusive no que diz respeito à pena de suspensão anteriormente imposta e por elas cumprida), retroativamente à data em que foram afastadas do serviço público; (c) condenar a *União* ao pagamento de correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela remuneratória atrasada, juros moratórios desde a citação e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas remuneratórias atrasadas, devidamente corrigidas, acrescidas de uma anualidade das vincendas, nos termos do art. 20, § 4º, c.c. 260 do CPC.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.245.651-MG (2011/0039895-6)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Ione Aparecida Dias
Advogado: Eduardo Machado Dias e outro(s)
Recorrido: Município de Belo Horizonte
Procurador: Saulo Converso Lara e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Servidora Pública Municipal. Recurso especial. Licença-maternidade. Prorrogação. Lei Federal n. 11.770/2008. Inaplicabilidade. Recurso conhecido e não provido.

1. A Lei Federal n. 11.770/2008, que instituiu o chamado “Programa Empresa Cidadã”, autorizando a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, referido diploma legal limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um programa semelhante.

2. Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 26 de abril de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado por *Ione Aparecida Dias*, com base no art. 105, III, **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal.

Narram os autos que a recorrente ajuizou ação ordinária em desfavor do *Município de Belo Horizonte* objetivando lhe fosse reconhecido o direito de prorrogar, por sessenta dias, sua licença-maternidade, com base na Lei Federal n. 11.770/2008.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve incólume a sentença de improcedência do pedido, sob o fundamento de que a prorrogação do prazo da licença-maternidade prevista na Lei n. 11.770/2008 não seria autoaplicável aos entes públicos, uma vez que se vincularia à adesão destes ao programa federal denominado “Programa Empresa Cidadã”. O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 122e):

Apelação cível. Município de Belo Horizonte. Servidora do poder executivo. Prorrogação de licença-maternidade. Previsão na Lei Federal n. 11.770/2008. Preliminar. Nulidade. Rejeição norma não auto-aplicável. Necessidade de regulamentação. Inexistência do direito. Sentença mantida. Inexiste nulidade na prolação de sentença anteriormente ao julgamento de agravo de instrumento se o recurso foi recebimento sem atribuição de efeito suspensivo. A adoção do “Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal”, previsto na Lei Federal n. 11.770/2008, na Administração Pública direta, indireta e fundacional, não é auto-aplicável por ser um poder-dever, haja vista que o legislador outorgou ao Poder Público o direito de regulamentar sua implementação quanto à forma de sua aplicação às servidoras.

Sustenta a recorrente que, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei Federal n. 11.770/2008, ser-lhe-ia assegurada a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias (programa “empresa cidadã”), tratando-se de lei de aplicação imediata, independentemente da existência de legislação municipal a respeito da matéria ali tratada.

Assevera que os referidos dispositivos legais, ao dispor que a Administração Pública “está autorizada a instituir o programa, outra providência não tomou a não ser, efetivamente, instituí-lo. Isso porque, guardando a licença-maternidade natureza jurídico-constitucional, inclusive como prestação positiva decorrente da proteção especial e prioritária devida pelo Estado, na forma dos artigos 226

e 227 da Constituição Federal, não é admissível que o próprio Estado, tendo à disposição instrumento legal que o direcione à concretização da vontade constitucional, deixe de assim proceder” (fls. 134-135e).

Afirma que o termo “autorizada”, contido no art. 2º, não significaria mera faculdade da Administração, tratando-se de norma de natureza cogente.

Alega, ainda, que o Tribunal de origem, ao adotar entendimento diverso, além de divergir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim como da Justiça Federal do Paraná e de Santa Catarina, teria violado os arts. 1º e 2º da Lei n. 11.770/2008. Da mesma forma, estaria a corroborar ato de governo local contestado em face desses dispositivos de lei federal.

Contrarrrazões às fls. 147-152e. Recurso admitido na origem (fls. 154-155e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Como relatado, insurge-se a recorrente contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que manteve incólume a sentença de improcedência do pedido, sob o fundamento de que a autora não teria direito de gozar da prorrogação do prazo da licença-maternidade prevista na Lei n. 11.770/2008, uma vez que não seria autoaplicável aos entes públicos, na medida em que se vincularia à adesão destes ao programa federal denominado “Programa Empresa Cidadã”.

Dispõem a Lei n. 11.770/2008 o seguinte:

Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.

Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade de que trata esta Lei, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no *caput* deste artigo, a empregada perderá o direito à prorrogação.

Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Parágrafo único. (*vetado*)

Art. 6º (*vetado*)

Art. 7º O Poder Executivo, com vistas no cumprimento do disposto no inciso II do *caput* do art. 5º e nos e 14 da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, estimará o montante da renúncia fiscal decorrente do disposto nesta Lei e o incluirá no demonstrativo a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição Federal, que acompanhará o projeto de lei orçamentária cuja apresentação se der após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do exercício subsequente àquele em que for implementado o disposto no seu art. 7º (Grifos nossos).

Infere-se da leitura dos precitados dispositivos legais que o chamado “Programa Empresa Cidadã” não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, a Lei n. 11.770/2008 limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um programa semelhante.

Ao contrário do sustenta a recorrente, não há nas regras de hermenêutica e interpretação jurídicas nada que autorize vislumbrar uma norma cogente no art. 2º da Lei n. 11.770/2008, ao consignar que a Administração Pública é “autorizada” a instituir programa semelhante em favor de suas servidoras.

Impende ressaltar, ademais, que a tese deduzida pela recorrente mostra-se inaceitável também à luz da autonomia administrativa reservada pela Constituição Federal a cada um dos entes que integram a Federação, que lhes assegura o direito de estabelecerem os respectivos regimes jurídicos aplicáveis aos servidores públicos.

Destarte, no que concerne às alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, não procede a tese arguida no recurso especial.

Por fim, no tocante à sustentada divergência jurisprudencial, a parte recorrente não juntou as certidões ou cópias dos acórdãos paradigmas nem citou repositório oficial, autorizado ou credenciado em que eles estejam publicados, conforme exigência prevista no art. 541, parágrafo único, do CPC c.c. o 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

É o voto.

