



Jurisprudência da **Segunda Turma**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 25.763-RJ (2007/0279614-6)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Agravante: Edson Carlos Chavinhas

Advogado: João Baptista Corrêa de Mello e outro(s)

Agravado: Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Recurso ordinário. Inexistência de prazo decadencial. Pretensão ato omissivo. Negativa de arquivamento de inquérito civil. Apuração de enriquecimento ilícito. Ressarcimento ao erário. Matéria ausente de prescrição. Art. 37, § 5º, da CF. Inquérito com mais de oito anos. Inexistência de prazo legal. Art. 9º da Resolução n. 23/2007 do Conamp. Possibilidade de renovação anual, quantas vezes forem necessárias. Ausência de prejuízo demonstrado ao investigado. *Pas de nulité sans grief*. Precedentes.

1. Não é cabível a alegação de decadência em relação a atos coatores caracterizados pela omissão continuada; o prazo para impetração renova-se, ao passo em que subsiste a conduta omissiva. Preliminar afastada.

2. A exegese do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, em relação ao ressarcimento ao erário, consolidada nesta Corte Superior de Justiça, está cingida ao reconhecimento da imprescritibilidade. Precedentes: REsp n. 928.725-DF, Rel. Min. Denise Arruda, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 05.08.2009; REsp n. 1.069.723-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02.04.2009; REsp n. 1.067.561-AM, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 27.02.2009; REsp n. 705.715-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 14.05.2008.

3. No caso concreto, trata-se de inquérito civil público para apurar danos ao erário, de modo a permitir o ajuizamento de futura ação civil pública; o investigado já foi condenado na esfera criminal, bem como na seara administrativa.

4. O inquérito civil público original (IC n. 107/93) ficou inerte após a condenação criminal; ele foi restaurado para a persecução dos danos ao erário, e renumerado (IC n. 107/01) no final de 2001.

5. O inquérito civil público possui natureza administrativa e é autônomo em relação ao processo de responsabilidade; na mesma toada, o processo de apuração de danos ao erário também é autônomo do Processo Penal. Precedente: HC n. 70.501-SE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 25.06.2007, p. 269.

6. Inexiste legislação fixando um prazo específico para o término do inquérito civil público; todavia, a Resolução n. 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público (Conamp), publicada no Diário da Justiça em 07.11.2007, Seção 1, p. 959-960, fixa: “Art. 9º O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e *quantas vezes forem necessárias*, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências (...)”. Logo, reconhece-se a possibilidade de inquéritos civis públicos longos, com vários anos, como no caso em tela.

7. O excesso de prazo para o processamento de inquérito civil público, em princípio, não prejudica o investigado; a este cabe comprovar que tal dilação lhe traz prejuízos pois, do contrário, incidirá o reconhecimento de que, inexistindo prejuízo, não resta dano ou nulidade (“*pas de nullité sans grief*”). Precedentes: MS n. 10.128-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.02.2010; MS n. 13.245-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 31.05.2010; RMS n. 29.290-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 15.03.2010; MS n. 10.128-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.02.2010; MS n. 12.895-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 18.12.2009.

8. A decretação judicial de nulidade não ensejaria vantagem ao agravante, já que não anularia as diligências até o momento realizadas; nos termos de Hugo Nigro Mazzilli: “Os eventuais vícios e nulidade do inquérito civil não prejudicam os atos que deles independam, nem, muito menos, a ação civil pública que eventualmente venha a ser ajuizada. Com efeito, ao princípio que impede que a nulidade de uma parte de um ato prejudique outros atos que dele sejam independentes, dá o nome de princípio da incolumidade do separável.” (*In: O*

Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 300).

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Humberto Martins, ratificando seu voto, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente e Relator

DJe 24.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental interposto por *Edson Carlos Chavinhas* contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou recurso ordinário em mandado de segurança com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 534-540):

Mandado de segurança. Inexistência de decurso de prazo decadencial de 120 dias, tendo em vista que o ato supostamente lesivo ao direito do impetrante é de natureza omissiva. Ato da autoridade pelo não arquivamento de inquérito civil alegadamente prescrito. Apuração de enriquecimento ilícito de servidor que mantém patrimônio incompatível com a renda, objetivando possível ressarcimento ao erário público. Subsistência do interesse público sobre o particular. Matéria imprescritível. Art. 37, § 5º CR. Inexistência de ofensa ao princípio constitucional da razoável duração do processo. Denegação da segurança.

Foram interpostos embargos de declaração, rejeitados pelo Tribunal de origem (fls. 548-545).

A decisão agravada negou provimento ao recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa (fls. 579-582):

Mandado de segurança. Inexistência de decurso do prazo decadencial de 120 dias. Ato omissivo. Não-arquivamento de inquérito civil alegadamente prescrito. Apuração de enriquecimento ilícito. Ressarcimento ao erário. Matéria imprescritível. Art. 37, § 5º, CF/1988. Inexistência de ofensa a artigos da CF/1988. Recurso ordinário improvido.

Aduz o agravante que o cerne do pleito de reforma do julgado do Tribunal de origem está fulcrado no fato de que o processo investigatório está se processando em tempo excessivo, atentando contra o seu direito constitucional à liberdade e ao devido processo legal (art. 5º, LXXVIII) e outras violações (fls. 591-596).

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva do agravado.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Ementa: Administrativo. Servidor público. Recurso ordinário. Inexistência de prazo decadencial. Pretensão ato omissivo. Negativa de arquivamento de inquérito civil. Apuração de enriquecimento. Ressarcimento ao erário. Matéria ausente de prescrição. Art. 37, § 5º, da CF. Ausência de prejuízo ao investigado.

1. Não é cabível a alegação de decadência em relação a atos coatores caracterizados pela omissão continuada; o prazo para impetração se renova, ao passo em que subsiste a conduta omissiva.

2. A exegese do art. 37, § 5º, em relação ao ressarcimento ao erário, consolidada nesta Corte Superior de Justiça, está cingida ao reconhecimento da imprescritibilidade. Precedentes.

3. Os processos de responsabilidade penal e administrativa são autônomos; na mesma toada, o processo de ressarcimento ao erário também o é. Precedentes.

4. O excesso de prazo para o processamento de inquérito civil, em princípio, não prejudica o investigado; a este cabe comprovar de qual

dilação lhe traz prejuízos pois, do contrário, incidirá o reconhecimento de que, inexistindo prejuízo, não resta dano ou nulidade (*pas de nulité sans grief*).

Agravo regimental improvido.

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Não assiste razão ao agravante.

Vale frisar que o pretense ato coator, em princípio, não teria sido submetido à decadência, já que se configuraria numa omissão: a negativa em acatar o pedido de arquivamento do inquérito. Logo, inexistiu infração ao art. 18, da revogada Lei n. 1.533, de 1951. Neste sentido:

Mandado de segurança. Decadência. Registro de Sindicato no Ministério do Trabalho. Existência de impugnação. Impossibilidade.

Em se tratando de omissão da autoridade administrativa que, embora recebendo requerimento do administrado, se queda silente sem que decida, em tempo oportuno, o pedido que se lhe dirigiu, não há que se falar em decadência do direito à impetração.

[...]

Segurança denegada. Decisão unânime.

(MS n. 5.581-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 29.04.1998, DJ 13.10.1998, p. 05)

O dispositivo constitucional que reúne o cerne da controvérsia é o seguinte:

Art. 37. [...]

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos.

Todavia, a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça reconhece a imprescritibilidade dos danos ao erário, na sua exegese da aplicabilidade do mencionado dispositivo. Neste sentido:

Processual Civil. Ação de improbidade. Procedimento especial do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. Declaração da prescrição das sanções pessoais. Subsistência da pretensão de ressarcimento de danos. Viabilidade de prosseguimento da demanda com essa finalidade. Princípio da instrumentalidade e do aproveitamento dos atos processuais. Recurso especial provido.

(REsp n. 928.725-DF, Rel. Min. Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 05.08.2009)

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Licitação. Contratação sem certame licitatório. Multa processual. Ausência de caráter protelatório. Art. 535 do CPC. Ausência de violação. Ilegitimidade do Ministério Público. Prescrição. Afastamento. Ação civil pública ressarcitória. Imprescritibilidade. Não-ocorrência.

[...]

5. *Imprescritibilidade da ação civil pública ressarcitória* - "A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível." (REsp n. 705.715-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJe 14.05.2008). Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido, tão-somente para afastar a multa processual, conservando-se o acórdão quanto à legitimidade do Ministério Público e à imprescritibilidade da pretensão.

(REsp n. 1.069.723-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.02.2009, DJe 02.04.2009)

Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Sanções aplicáveis. Ressarcimento de dano ao erário público. Prescrição.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei n. 8.429/1992).

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.067.561-AM, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 27.02.2009)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao patrimônio público. Imprescritibilidade.

I - A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp n. 810.785-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 25.05.2006 p. 184).

II - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp n. 705.715-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJe 14.05.2008)

Logo, os potenciais danos ao erário não prescrevem.

As informações extraídas dos autos evidenciam que a investigação está em pleno curso, bem como que a responsabilidade penal - em investigação autônoma - já foi concluída. A Terceira Seção possui um *decisum* esclarecedor sobre a temática:

Criminal. HC. Desvio de recursos do Finor. Trancamento de inquérito. Não instauração de processo administrativo. Independência das instâncias. Excesso de prazo para a conclusão das investigações. Constrangimento ilegal não evidenciado. Capitulação jurídica. Crime contra a ordem tributária. Impossibilidade de definição do tipo penal violado. Réu que se defende dos fatos. Denúncia e sentença não vinculadas ao tipo penal indicado na fase inquisitorial. Prescrição. Não ocorrência. Ordem denegada.

Hipótese em que foi instaurado inquérito policial para apurar o desvio de recursos do Fundo de Investimento do Nordeste - Finor capaz de configurar crime contra o sistema financeiro nacional ou lavagem de dinheiro.

As esferas administrativa e penal são independentes e, embora tal entendimento tenha sido, atualmente, relativizado, o caso dos autos não autoriza interromper a atividade investigatória policial pelo simples fato de não ter sido instaurado processo administrativo perante o órgão competente, segundo dispõe o art. 13 da Lei n. 8.167/1991.

Entender o contrário seria admitir que a Autoridade Policial estaria vinculada à esfera administrativa quanto ao momento em que deveria iniciar a colheita de fatos e provas hábeis a amparar a eventual propositura de ação penal contra os agentes, em tese, autores de delitos.

Eventual atraso para o encerramento de inquérito policial não configura, de pronto, constrangimento ilegal a que esteja submetido o paciente, pois, diante da ausência de recursos humanos e de materiais e do excessivo número de investigações a serem procedidas pela Polícia Judiciária, não se tem como observar, rigorosamente, o prazo previsto em lei.

[...]

Afastada a pretendida fixação da capitulação jurídica, não há que se falar em extinção da punibilidade pela prescrição.

Ordem denegada.

(HC n. 70.501-SE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10.05.2007, DJ 25.06.2007, p. 269)

Os dois processos são autônomos.

Ademais, as Turmas da Terceira Seção também possuem entendimento de que o brocardo "*pas de nulité sans grief*" é aplicável no caso de procedimento administrativos. Não é possível demandar a nulidade por excesso de prazo:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Julgamento. Quórum para abertura da sessão. Nulidade. Ausência de demonstração. Uniformização de jurisprudência. Órgão especial. Descabimento. Processo administrativo disciplinar. Termo de indiciamento. Vício. Ausência. Prazo para conclusão. Extrapolação. Prejuízo. Ausência. Nulidade descaracterizada.

[...]

IV - A extrapolação do prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não acarreta a sua nulidade, se, em razão disso, não houve qualquer prejuízo para a defesa do acusado. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* (MS n. 12.616-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13.08.2008).

[...]

Recurso ordinário desprovido.

(RMS n. 24.636-MT, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 29.06.2009)

A mesma lógica se impõe em relação ao inquérito civil público - autônomo, em relação à ação penal - para localizar o dano ao erário, de modo a que ele seja discutido em sede de ação civil pública. É sabido que a Lei n. 7.347, de 1985, não fixa um prazo para a sua conclusão. Todavia, a demora na realização do inquérito não é necessariamente negativa para o investigado.

Em todo caso, caberia ao agravante comprovar a existência de dano objetivo, para pleitear seu término, já que inexistente fundamento legal a ampará-lo tão somente no excesso de prazo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA REGIMENTAL

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Não assiste razão ao agravante, pelo que será demonstrado e reiterado no presente voto-vista regimental. Ele complementa o voto anterior, apresentado na sessão ordinária da Segunda Turma, no dia 17.08.2010.

Da alegação de decadência

Vale frisar que o pretense ato coator, em princípio, não teria sido submetido à decadência, já que se configura como omissão *a negativa em acatar o pedido de arquivamento do inquérito*. Logo, inexistiu infração ao art. 18, da revogada Lei n. 1.533, de 1951.

Neste sentido:

Mandado de segurança. Decadência. Registro de Sindicato no Ministério do Trabalho. Existência de impugnação. Impossibilidade.

Em se tratando de omissão da autoridade administrativa que, embora recebendo requerimento do administrado, se queda silente sem que decida, em tempo oportuno, o pedido que se lhe dirigiu, não há que se falar em decadência do direito à impetração.

(...)

Segurança denegada. Decisão unânime.

(MS n. 5.581-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 29.04.1998, DJ 13.10.1998, p. 05).

O referido acórdão é meramente exemplar, tendo em vista que a matéria não é controversa.

Sobre a imprescritibilidade dos danos ao erário

Para que seja dirimida a controvérsia, é necessário examinar o seguinte dispositivo constitucional, preliminarmente:

Art. 37. [...]

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos.

Em sua inicial, argumentou o agravante que nada mais haveria a ser investigado, porquanto tudo estaria prescrito (fl. 05):

Com isso, pretende impor ao servidor, ora impetrante, a perda do cargo público em decorrência da suposta prática de improbidade no início de 1993, e que teria gerado o tal enriquecimento ilícito.

(...)

Como dito, apesar das incontáveis e repetidas diligências patrocinadas pelo Ministério Público, nenhum indício capaz de dar ensejo a uma ação de improbidade foi identificada. Caso algo de fato existisse, certamente a ação civil pública teria sido prontamente ajuizada.

(...)

Assim sendo, é manifestamente abusiva a manutenção de um inquérito civil para apurar ato de improbidade administrativa que, se existisse, (*ad argumentandum tantum*), já estaria coberto pelo manto da prescrição.

Todavia, a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece a imprescritibilidade dos danos ao erário.

A propósito:

Processual Civil. Ação de improbidade. Procedimento especial do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. Declaração da prescrição das sanções pessoais. Subsistência da pretensão de ressarcimento de danos. Viabilidade de prosseguimento da demanda com essa finalidade. Princípio da instrumentalidade e do aproveitamento dos atos processuais. Recurso especial provido.

(REsp n. 928.725-DF, Rel. Min. Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 05.08.2009)

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Licitação. Contratação sem certame licitatório. Multa processual. Ausência de caráter protelatório. Art. 535 do CPC. Ausência de violação. Ilegitimidade do Ministério Público. Prescrição. Afastamento. Ação civil pública ressarcitória. Imprescritibilidade. Não-ocorrência.

(...)

5. *Imprescritibilidade da ação civil pública ressarcitória* – “A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível”. (REsp n. 705.715-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJe 14.05.2008). Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido, tão-somente para afastar a multa processual, conservando-se o acórdão quanto à legitimidade do Ministério Público e à imprescritibilidade da pretensão.

(REsp n. 1.069.723-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.02.2009, DJe 02.04.2009)

Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Sanções aplicáveis. Ressarcimento de dano ao erário público. Prescrição.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei n. 8.429/1992).

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.067.561-AM, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 27.02.2009)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao patrimônio público. Imprescritibilidade.

I - A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp n. 810.785-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 25.05.2006, p. 184).

II - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp n. 705.715-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJe 14.05.2008)

Logo, os potenciais danos ao erário, que ensejam a pretensão investigatória, não prescrevem, de acordo com a pacificada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Firmado este ponto primevo, é possível analisar o intento do *Parquet* estadual, bem como a pretensão do agravante.

Detalhes sobre o caso em comento

Na sessão da Segunda Turma, em 17.08.2010, o Min. Mauro Campbell, suscitado pela leitura dos memoriais, bem como pela análise do voto de minha relatoria, teceu duas ressalvas.

A primeira era que o inquérito civil público - cuja nulidade é pleiteada pelo recorrente - teria excedido o prazo razoável que é esperado e aceito para a temporalidade de tais instrumentos.

A segunda ressalva consistiu em que tais procedimentos têm sido objeto de regulação por parte do Conselho Nacional do Ministério Público (Conamp), inclusive com a delimitação de um lapso temporal máximo.

Considerarei que o voto merecia um tratamento mais detalhado sobre este ponto de vista para deslindar a controvérsia de forma mais precisa.

As duas ressalvas conjugam-se na mesma questão: qual é a natureza jurídica dos inquéritos civis públicos e qual a sua limitação temporal razoável?

Para bem responder, é necessário visualizar o caso concreto.

O processo do Inquérito Civil, cuja nulidade foi pedida, está copiado e inserto aos autos. Ele é referido como Inquérito Civil n. 107/1993 (fl. 05 e seg).

O argumento factual de que o processo possui 15 ou 20 anos é apenas parcialmente verossímil.

Compulsando os autos, nota-se que o primeiro Inquérito Civil serviu para a produção de material probatório que foi utilizado na ação penal, cujo resultado foi a condenação do requerente. A sentença, proferida em 11.10.1994, foi incluída nos autos daquele processo administrativo (fls. 103-111). Houve recurso de apelação que foi parcialmente provido para reduzir a pena, mantida

a condenação (fl. 128; e fls. 139-144). O recurso ao Superior Tribunal de Justiça teve o seu trânsito negado (fls. 145-146).

Após isto, foram requisitadas informações da Secretária de Estado de Administração do Estado do Rio de Janeiro, em 27.01.1995. Pode-se considerar que as elas não foram remetidas em prazo hábil, já que o processo somente foi desarquivado de um armário em 26.07.2001, por uma ordem de serviço cujo teor vale ser conhecido (fl. 116):

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Ordem de Serviço

Através da presente ordem de serviço, determina-se à Secretaria que proceda a uma busca nos armários destas Promotorias de Justiça nas quais se encontram guardados os procedimentos ou Inquéritos Cíveis, certificando aqueles que se encontram paralisados.

Ato contínuo, abra-se vista aos Promotores de Justiça, segundo a numeração de cada procedimento ou Inquérito Civil.

Em caso de não estar registrado o expediente (procedimento ou Inquérito Civil), proceda-se ao registro antes de abrir vista ao Promotor de Justiça a quem couber.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 2001. (...)

Foram mais de nove anos parados, neste lapso: de 1993 até 2002.

O processo administrativo foi reatuado em 04.12.2001 (fl. 147). Assim, ele começou a transcorrer realmente em 2002. Com isso, deu-se novo impulso ao instrumento investigatório (fl. 147).

Aliás, passou ele a correr sob nova numeração: Processo CID n. 107/01 (fl. 153). Lembre-se que a anulação na inicial se refere ao IC n. 107/93.

O mesmo inquérito foi gerido como se fosse compostos de dois inquéritos bem separados temporalmente. Se for contado o tempo líquido, o primeiro IC n. 107/93, teve três anos (de 1993 até 1995). No mesmo cálculo, o IC n. 107/2001 teve cinco anos (de 2002 até 2006, ano da impetração).

Em síntese, seria um total de oito anos de investigações, o que é bem diverso de quinze ou vinte anos.

As informações extraídas dos autos evidenciam que a investigação está em pleno curso, bem como que a responsabilidade penal - em investigação autônoma - já foi concluída. A Terceira Seção possui um *decisum* esclarecedor sobre a temática:

Criminal. HC. Desvio de recursos do Finor. Trancamento de inquérito. Não instauração de processo administrativo. Independência das instâncias. Excesso de prazo para a conclusão das investigações. Constrangimento ilegal não evidenciado. Capitulação jurídica. Crime contra a ordem tributária. Impossibilidade de definição do tipo penal violado. Réu que se defende dos fatos. Denúncia e sentença não vinculadas ao tipo penal indicado na fase inquisitorial. Prescrição. Não ocorrência. Ordem denegada.

Hipótese em que foi instaurado inquérito policial para apurar o desvio de recursos do Fundo de Investimento do Nordeste - Finor capaz de configurar crime contra o Sistema Financeiro Nacional ou lavagem de dinheiro.

As esferas administrativa e penal são independentes e, embora tal entendimento tenha sido, atualmente, relativizado, o caso dos autos não autoriza interromper a atividade investigatória policial pelo simples fato de não ter sido instaurado processo administrativo perante o órgão competente, segundo dispõe o art. 13 da Lei n. 8.167/1991.

Entender o contrário seria admitir que a Autoridade Policial estaria vinculada à esfera administrativa quanto ao momento em que deveria iniciar a colheita de fatos e provas hábeis a amparar a eventual propositura de ação penal contra os agentes, em tese, autores de delitos.

Eventual atraso para o encerramento de inquérito policial não configura, de pronto, constrangimento ilegal a que esteja submetido o paciente, pois, diante da ausência de recursos humanos e de materiais e do excessivo número de investigações a serem procedidas pela Polícia Judiciária, não se tem como observar, rigorosamente, o prazo previsto em lei.

(...)

Afastada a pretendida fixação da capitulação jurídica, não há que se falar em extinção da punibilidade pela prescrição.

Ordem denegada.

(HC n. 70.501-SE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10.05.2007, DJ 25.06.2007, p. 269)

Os dois processos - administrativo e criminal - são autônomos. No criminal, o agravante já foi condenado. No administrativo, idem. Falta apenas a persecução do ressarcimento ao erário.

Entendido até aqui, vale reiterar o que já foi exposto:

1. Não se operou decadência no direito do agravante-impetrante.
2. A persecução do órgão ministerial estadual diz respeito aos danos ao erário, que não prescrevem, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

3. No caso concreto, o Inquérito Civil n. 107/93 foi ignorado por anos, tendo sido restaurado no final de 2001, com novas diligências em 2002. Logo, mesmo considerados os dois procedimentos, ambos totalizam oito anos de investigação.

A pergunta que deve ser respondida é se o inquérito civil público pode ser anulado judicialmente por excesso de prazo.

Natureza administrativa do inquérito civil público

É incontroverso que o inquérito civil público possui natureza de procedimento administrativo. Eis a lição de Alexandre Carlos Brotel:

O inquérito civil é um procedimento administrativo de caráter inquisitório, prescindível, que tem por escopo amealhar um lastro probatório mínimo para eventual propositura de ação civil pública bem como possibilitar a adoção de medidas incidentais, judiciais ou extrajudiciais.

(De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010, p. 240)

Portanto, o referido mecanismo não faz parte do sistema persecução criminal. No âmbito do processo penal é notório que seu prolongamento temporal pode gerar danos ao indiciado.

No entanto, no tocante aos inquéritos administrativos, é cediço na doutrina que o excesso de prazo, em princípio, não enseja sua nulidade. Ademais, a legislação específica - Lei n. 7.347/1985 - não fixa um prazo para o término do Inquérito Civil Público. No escrever de Hugo Nigro Mazzilli:

A Lei não cuidou de fixar prazo para a conclusão das investigações a serem efetuadas no bojo do inquérito civil; assim, em cada Ministério Público, os regulamentos procuram fazê-lo, sendo que em São Paulo, o art. 24 do Ato Normativo n. 484/06 do CPJ-SP dispõe que o inquérito civil deverá ser concluído no prazo de 180 dias, prorrogável quando necessário, cabendo ao órgão de execução motivar a prorrogação nos próprios autos.

(O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53).

Continua o doutrinador:

Diversamente do que ocorre no inquérito policial, em que os prazos de conclusão e as dilações devem ser controladas em juízo por força de expressa

exigência do legislador processual penal, já no inquérito civil não há previsão da lei federal sobre o prazo de encerramento nem sobre sua prorrogação.

Como seria ilógico e inconveniente ao interesse público que não houvesse prazo algum para a conclusão das investigações levadas a cabo no inquérito civil, nem que não houvesse qualquer tipo de controle a respeito, a matéria tem sido disciplinadas pelas leis locais do Ministério Público e do controle do arquivamento do inquérito civil.

(O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168-169)

Em síntese, ante a inexistência de um termo legal, o usual é que os prazos sejam fixados pela regulamentação administrativa dos Estados, ou da União. No caso, vale analisar a regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público (Conamp), sobre o caso.

Regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público

Um dos elementos mencionados pelo Ministro Mauro Campbell foi a existência de regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a matéria. Examine-se a Resolução n. 23/2007, publicada no Diário da Justiça em 07.11.2007, Seção 1, p. 959-960. Sobre o prazo, dita a norma regulamentar:

Art. 9º O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

Parágrafo único. Cada Ministério Público, no âmbito de sua competência administrativa, poderá estabelecer prazo inferior, bem como limitar a prorrogação mediante ato administrativo do Órgão da Administração Superior competente.

Frise-se que está evidente a possibilidade de prorrogação “*pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias*”. Pode-se argumentar que o inquérito civil, cuja anulação é pedida, poderia ter mais dados sobre a necessária prorrogação, com explícita motivação, por exemplo.

Todavia, não considero que isto ensejaria a nulidade. De outro modo, não localizo base legal para decretar a pretendida nulidade, com base na ausência de rigorosa instrução na prorrogação. Seria, ao meu ver, um excesso de rigor.

No caso em comento, consignou o Tribunal *a quo* que o fato - longo inquérito administrativo - deveu-se à própria conduta do servidor, já que ele já foi punido na seara administrativa e criminal. No indicar da Corte de origem, o que falta é somente a condução de diligências para que determinar a possibilidade de ressarcimento ao erário.

Ademais, as Turmas da Terceira Seção também possuem entendimento de que o brocardo "*pas de nullité sans grief*" é aplicável no caso de procedimento administrativos. Não é possível demandar a nulidade por excesso de prazo, sem demonstração objetiva do dano:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Julgamento. Quórum para abertura da sessão. Nulidade. Ausência de demonstração. Uniformização de jurisprudência. Órgão especial. Descabimento. Processo administrativo disciplinar. Termo de indiciamento. Vício. Ausência. Prazo para conclusão. Extrapolação. Prejuízo. Ausência. Nulidade descaracterizada.

(...)

IV - A extrapolação do prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não acarreta a sua nulidade, se, em razão disso, não houve qualquer prejuízo para a defesa do acusado. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* (MS n. 12.616-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13.08.2008).

(...)

Recurso ordinário desprovido.

(RMS n. 24.636-MT, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 29.06.2009)

No mesmo sentido: Precedentes: MS n. 10.128-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.02.2010; MS n. 13.245-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 31.05.2010; RMS n. 29.290-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 15.03.2010; MS n. 10.128-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.02.2010; MS n. 12.895-DF, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 18.12.2009.

A mesma lógica impõe-se em relação ao inquérito civil público - autônomo, em relação à ação penal - para localizar o dano ao erário, de modo a que seja ele discutido em sede de ação civil pública. É sabido que a Lei n. 7.347, de 1985, não fixa um prazo para a sua conclusão. Todavia, a demora na realização do inquérito não é necessariamente negativa para o investigado.

Em todo caso, caberia ao ora agravante comprovar existência de dano objetivo para pleitear seu término, já que inexistente fundamento legal a ampará-lo, tão somente no excesso de prazo.

Uma última nota: anulação sem consequência jurídica

Por derradeiro, julgo necessário tecer uma última consideração.

A pretensão de anulação do referido inquérito - por excesso de prazo - não ensejará a solução pretendida pelo recorrente - por dois motivos:

- primeiro, o cerne do seu pedido na origem estava imbricado com o manejo da prescrição do objeto investigado, o ressarcimento ao erário. Tal tese foi rechaçada em todas as instâncias. Também, ela não tem motivos para prosperar no presente recurso;

- segundo, se for concedida a anulação judicial sob a égide do excesso de prazo nada obstará que o Ministério Público instaure novo inquérito civil público para apurar o referido dano. Afinal, o ressarcimento ao erário não prescreve.

Vale novamente transcrever a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Suponhamos que, em sede jurisdicional, se reconheça um vício num inquérito civil: esse eventual vício não contaminará senão os atos do próprio inquérito que dele sejam dependentes.

Os eventuais vícios e nulidade do inquérito civil não prejudicam os atos que deles independam, nem, muito menos, a ação civil pública que eventualmente venha a ser ajuizada. Com efeito, ao princípio que impede que a nulidade de uma parte de um ato prejudique outros atos que dele sejam independentes, dá o nome de princípio da incolumidade do separável.

(O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 300)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 31.828-RJ (2010/0054873-3)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Alvaro Lins dos Santos

Advogado: Luiz Carlos da Silva Neto
Recorrido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Rodrigo Lopes Lourenço e outro(s)
Interessado: Nilton Wilson Salomão

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Deputado Estadual. Cassação de mandato. Impedimento de parlamentar que participou da votação. Inocorrência. Vetos do chefe do Executivo pendentes de apreciação. Impedimento. Inexistência. Interpretação do art. 66, § 6º, da Constituição Federal.

1. O recorrente, Deputado Estadual eleito no escrutínio do ano de 2006, impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro-ALERJ consubstanciado na Resolução n. 473/2008, por meio da qual se decretou a perda do mandato eletivo em decorrência de infração ético-disciplinar.

Impedimento do suplente convocado

2. Alega-se que a votação foi irregular na medida em que houve a participação de Deputado Estadual impedido de atuar nessa qualidade por força de decisão judicial liminar, o que impediria a formação do *quórum* regimental mínimo para a cassação de seu mandato.

3. Embora em decisão datada de 08.05.2008 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro houvesse deferido medida liminar suspendendo os efeitos do edital de convocação do suplente e, conseqüentemente, sua posse como parlamentar, no dia anterior, este fora empossado no cargo de Deputado Estadual, o que caracteriza inequívoco fato consumado que não somente levou de imediato à ausência de interesse processual superveniente, como também tornou inútil a liminar deferida, que não poderia operar efeitos pretéritos e interferir em eventos perfeitos e acabados.

4. Esse fato atrai a incidência da Resolução n. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, que, em seu art. 2º, prorrogou a competência da Justiça Eleitoral para momento posterior à diplomação

dos eleitos, abrangendo as demandas relacionadas à perda de mandato por infidelidade partidária de parlamentar - condição essa que, frise-se, o Sr. Nilton Salomão passou a ostentar antes do deferimento da liminar que buscava suspender sua convocação. (A Resolução n. 22.610/2007 do TSE foi considerada compatível com a Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3.999-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.04.2009).

Art. 66, § 6º, da Constituição Federal

5. Por outro lado, o ora recorrente sustenta que a proposição de cassação do mandato eletivo não poderia ser apreciada pela ALERJ na medida em que se encontravam pendentes de deliberações diversos vetos expedidos pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e não examinados no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de infringência ao disposto no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal e reiterado no art. 115, §§ 4º e 6º, da Constituição Estadual.

6. O sobrestamento determinado pelo art. 66, § 6º, da Carta Magna - ou, no jargão parlamentar, o “trancamento de pauta” - constitui um mecanismo estipulado com o escopo de conferir presteza à atividade legislativa, forçando os parlamentares a promoverem votação em determinadas situações nas quais se verificou, de antemão, que o elemento de urgência estaria envolvido.

7. Assim, a exemplo do que ocorre na hipótese em que o veto do chefe do Poder Executivo não é apreciado no período inicialmente estatuído pela Constituição Federal, sucede o trancamento de pauta também em caso de demora do Órgão Legislativo em examinar medidas provisórias e projetos de lei tramitando sob o regime de urgência, consoante dispõem os arts. 62, § 6º, e 64, § 2º.

8. A cassação de um parlamentar por quebra de decoro consubstancia uma atividade de cunho essencialmente administrativo, ou seja, uma função atípica, *interna corporis*, desempenhada pelo Órgão Legislativo e que não guarda qualquer vínculo com o procedimento de elaboração de normas genéricas e abstratas, dirigindo-se a retirar concretamente o mandato de parlamentar que incorreu em alguma das específicas hipóteses previstas na Carta Magna.

9. A expressão “demais proposições” constante no art. 66, § 6º, da Constituição Federal deve ser interpretada de maneira a englobar

apenas as proposições de natureza legiferante, não obstante que o Órgão Legislativo dê continuidade a suas funções atípicas de cunho administrativo - como ocorreu no caso concreto -, uma vez que essas escapam do objetivo traçado no “trancamento de pauta”, a saber, proporcionar o equilíbrio e elidir distorções entre os Poderes.

10. Recurso ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente Dr. José Júlio Dos Reis, pela parte recorrente: Alvaro Lins dos Santos e Dr. Rodrigo Lopes Lourenço, pela parte recorrida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

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

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 26.08.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto com amparo no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nesses termos ementado:

Deputado Estadual. Cassação do mandato. Resolução da Assembléia Legislativa. Inexistência de ilegalidade. Improcede o alegado impedimento de um dos Deputados Estaduais que votaram pela cassação do mandato do impetrante por dupla razão: 1. Quando foi dado ciência à ALERJ da liminar concedida pelo Órgão Especial deste Tribunal no sentido de sustar a posse do Sr. Nilton Salomão, a posse já havia ocorrido; 2. O Órgão Especial, posteriormente, reconheceu a sua incompetência e tornou sem efeito a liminar, remetendo o processo para a Justiça Eleitoral. Improcede igualmente a alegação de inobservância à regra constitucional que determina o sobrestamento de todas as proposições em face

da pendência de vetos do Poder Executivo a projetos de lei. O disposto no art. 66, § 6º, da Constituição Federal, e no art. 115, § 6º, da Constituição Estadual tem a sua abrangência delimitada aos atos tipicamente legislativos, e não àqueles que, embora emanados do Poder Legislativo, tenham natureza administrativa. Denegação da segurança (e-STJ fl. 340).

Em suma, o recorrente - eleito Deputado Estadual no escrutínio do ano de 2006 - impetrou o presente *mandamus* com o escopo de desconstituir a Resolução n. 473/2008 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro-ALERJ, aprovada a partir de projeto elaborado pelo Presidente do Órgão Legislativo, que redundou na decretação da perda de seu mandato.

Inicialmente, alega que a votação do projeto da referida Resolução n. 473/2008 encontra-se contaminado na medida em que houve a participação de pessoa - Sr. Nilton Wilson Salomão - impedida de atuar na qualidade de Deputado Estadual por força de decisão judicial liminar, o que impediria a formação do *quórum* regimental mínimo para a cassação do mandato do ora impetrante.

Em suas palavras:

Portanto, consumado o ato de posse do Deputado Nilton Salomão, malgrado em pleno vigor medida liminar que determinava à Casa Legislativa a sustação dos efeitos do edital de convocação daquele parlamentar, não há que se falar em ineficácia da medida cautelar, como quer fazer crer o v. acórdão recorrido, mas sim na não prejudicialidade e na total eficácia do pleito liminar deferido (e-STJ fl. 372).

Sob outro ângulo, aduz que o ato impugnado representa frontal desrespeito ao disposto no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal e reiterado no art. 115, §§ 4º e 6º, da Constituição Estadual, uma vez que a proposição de cassação do mandato eletivo do ora impetrado não poderia ser apreciada pela ALERJ na medida em que se encontravam pendentes de deliberações diversos vetos expedidos pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e não examinados no prazo de 30 (trinta) dias.

Foram oferecidas contrarrazões (e-STJ fls. 400-404).

Subindo os autos a esta Corte, o Ministério Público Federal opinou pelo desacolhimento do recurso ordinário em parecer firmado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron (e-STJ fls. 525-531).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O ora recorrente, Deputado Estadual eleito no escrutínio do ano de 2006, impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro-ALERJ, consubstanciado na Resolução n. 473/2008, por meio da qual se decretou a perda do mandato eletivo do autor em decorrência de infração ético-disciplinar.

Em breves linhas, seriam as seguintes as supostas irregularidades que viciariam o ato contestado:

a) houve a participação de pessoa - Sr. Nilton Wilson Salomão - impedida de atuar na qualidade de Deputado Estadual por força de decisão judicial liminar, o que impediria a formação do *quórum* regimental mínimo para a cassação do mandato do ora impetrante;

b) a proposição de cassação do mandato eletivo do ora impetrado não poderia ser apreciada pela ALERJ na medida em que se encontravam pendentes de deliberações diversos vetos expedidos pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e não examinados no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de infringência ao disposto no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal e reiterado no art. 115, §§ 4º e 6º da Constituição Estadual.

Dada a complexidade da discussão e a fim de proporcionar uma melhor compreensão da controvérsia, faz-se salutar a separação do voto em dois tópicos.

- O pretense impedimento do Exmo. Sr. Deputado Estadual Nilton Salomão

Narram os autos que o Partido da Mobilização Nacional-PMN impetrou na Corte Estadual mandado de segurança (MS n. 2008.004.00429) contra ato da Mesa Diretora da ALERJ representado pela convocação do então suplente Sr. Nilton Salomão para assumir a vaga de Deputado Estadual, haja vista que, após as eleições, teria-se transferido indevidamente ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro-PMDB e, assim, incorrido em vedada infidelidade partidária.

Após o deferimento pelo Tribunal de Justiça local da liminar requerida, foi expedido ofício em 09.05.2008 ao Sr. Presidente da Mesa Diretora da ALERJ informando sobre o conteúdo desse provimento jurisdicional.

Todavia, antes mesmo da concessão dessa medida de urgência, o Sr. Nilton Salomão já havia tomado posse regularmente no cargo político, de sorte que a

própria Corte Estadual considerou insubsistente a referida tutela e declarou sua incompetência para processar e julgar o *writ* na medida em que o pedido teria se convolado de sustação dos efeitos do ato de convocação para perda do mandato parlamentar, atraindo a competência da Justiça Eleitoral.

Para o recorrente, permaneceria o obstáculo à atuação do Sr. Nilton Salomão na condição de Deputado Estadual, haja vista que o provimento de urgência deferido naquele MS n. 2008.004.00429 “abrange não apenas a falta de higidez do edital de convocação, mas, com efeito, a própria posse superveniente, uma vez que esta última se constituiu em inegável e evidente efeito originado do edital de convocação” (e-STJ fl. 367).

Prossegue:

E, a partir da constatação dos efeitos decorrentes do inegável alcance daquela cautelar perante a posse do parlamentar, a manutenção desta última, em afronta direta à decisão liminar proferida, se constituiu em um patente ilícito, ilícito esse que não poderia gerar o beneplácito efeito de que o voto daquele parlamentar na sessão de 12.08.2008 pudesse ter sido considerado para que se efetivasse a cassação do mandato parlamentar do ora impetrante (e-STJ fls. 367-368).

Em suma, o ora recorrente aduz que a Resolução n. 473/2008 seria iníqua porque derivada de votação da Assembleia Estadual na qual houve a participação de pessoa que sequer poderia figurar na condição de Deputado Estadual, haja vista a suposta existência de medida liminar em mandado de segurança que impediria sua posse no cargo.

Em que pese a argumentação veiculada no recurso ordinário, deve ser mantida a orientação esposada pelo Tribunal *a quo*.

Como dito anteriormente, em decisão manuscrita datada de 08.05.2008 (e-STJ fl. 44), o Desembargador Nametala Machado Jorge deferiu a medida liminar que havia sido requerida pelo Partido da Mobilização Nacional-PMN, determinando a suspensão dos efeitos do edital de convocação do suplente - Sr. Nilton Salomão - e, conseqüentemente, sua posse como parlamentar.

Entretanto, no dia anterior, o Sr. Nilton Salomão já havia sido empossado no cargo de Deputado Estadual, o que caracteriza inequívoco fato consumado que não somente levou de imediato à ausência de interesse processual superveniente, como também tornou inútil a liminar deferida, que não poderia operar efeitos pretéritos e interferir em eventos perfeitos e acabados.

Na trilha do que ficou registrado com propriedade pela Corte de origem, esse evento teve o condão de modificar substancialmente a pretensão deduzida

pelo PMN junto ao Poder Judiciário, uma vez que, sobrevindo a posse que se almejava impedir, a única saída para se buscar reverter essa situação consolidada seria requerer a decretação da perda do mandato parlamentar em função de infidelidade partidária.

Ademais, é incontroverso que, no interregno entre a impetração e o deferimento da liminar, o Sr. Nilton Salomão foi empossado no cargo de Deputado Estadual.

Ora, esse acontecimento atrai a incidência da Resolução n. 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, que, em seu art. 2º, prorrogou a competência da Justiça Eleitoral para momento posterior à diplomação dos eleitos, abrangendo as demandas relacionadas à perda de mandato por infidelidade partidária de parlamentar - condição essa que, frise-se, o Sr. Nilton Salomão passou a ostentar antes do deferimento da liminar que buscava suspender sua convocação.

Essa Resolução n. 22.610/2007 do TSE foi considerada compatível com a Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3.999-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.04.2009, cuja ementa apresenta a seguinte redação:

Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral n. 22.610/2007 e n. 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária.

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções n. 22.610/2007 e n. 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária.

2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público Eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP

por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido). Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição).

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança n. 26.602, n. 26.603 e n. 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator.

4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.

5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

6. São constitucionais as Resoluções n. 22.610/2007 e n. 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

Nesse passo, quando da prolação da liminar tendente a impedir a posse do suplente, já ocorrera profunda alteração no contexto fático que não somente esvaziou os efeitos do provimento de urgência, como também atraiu a competência absoluta da Justiça Eleitoral para apreciar o pedido de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, o que, por sua vez, retira sob qualquer ângulo a competência da Justiça Comum para ordenar medidas dessa natureza.

Embora no instante da votação que decidiu pela perda do seu mandato de Deputado Estadual, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda não tivesse revogado expressamente a liminar - o que teve lugar na assentada de 16.12.2008 -, é certo que quando da prolação do *decisum* a Justiça Comum não era mais competente para afastar do cargo o parlamentar já empossado regularmente.

Portanto, apesar de existir no mundo dos fatos, a liminar não possuía força para retirar do cargo de Deputado Estadual o Sr. Nilton Salomão, porquanto proferida por magistrado absolutamente incompetente. Em outras palavras: *ao assumir o cargo, não havia qualquer impedimento à posse do Sr. Nilton Salomão e a decisão liminar proferida no dia seguinte não surte qualquer efeito porque exarada por magistrado que não detinha competência para tanto.*

A propósito, destaco trecho do voto condutor do aresto impugnado, da lavra do ilustre Desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

Nesse passo, como bem colocou a d. Procuradoria de Justiça, assume relevo a cronologia dos atos, a qual permite concluir que, quando o Exmo. Relator do Mandado de Segurança n. 429/2008, na esteira da opinativa ministerial precedente, houve por bem deferir a medida liminar pleiteada pelo Partido da Mobilização Nacional, no sentido de sustar o ato de posse do Sr. Nilton Salomão, este já havia sido empossado pela ALERJ como Deputado Estadual, fato que se deu no dia 07 de abril de 2008.

Tal aspecto, longe de ser um detalhe de somenos, evidencia que a tutela de urgência deferida nos autos daquela ação mandamental, além de ter se revelado inócua sob o ponto de vista prático, nem mais poderia subsistir, já que processualmente nula a decisão que a concedera.

Realmente, conforme esmiuçado pelo Ministério Público em parecer relativo aos agravos regimentais manejados naqueles autos, a circunstância de o Deputado Nilton Salomão ter sido empossado antes da concessão e do cumprimento da medida liminar acarretava uma alteração substancial do próprio pleito mandamental, que então passava a ter por objeto a decretação da perda do seu mandato parlamentar, em razão de infidelidade partidária. *E, nessa ordem de idéias, a competência para julgar aquela lide passava a ser da Justiça Eleitoral, nos termos dos artigos 1º e 2º, segunda parte, da Resolução n. 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, tornando nula, de tal sorte, a decisão concessiva da medida liminar, ex vi do art. 113, § 2º do Estatuto Processual.*

Mais: em sessão realizada no dia 16 de dezembro de 2008, o E. Órgão Especial, acolhendo os argumentos ministeriais, reconheceu a sua incompetência absoluta para julgar aquele processo, invalidando a liminar anteriormente deferida.

A conclusão que emerge, nesse cenário, é que, diferentemente do alegado pela parte autora, não houve desobediência à decisão judicial que determinou a sustação da posse do Deputado Nilton Salomão, porquanto tal ato administrativo fora efetivado antes mesmo da concessão da referida tutela de urgência - hoje já insubsistente - e, a fortiori, da própria ciência oficial de seus termos pelo referido parlamentar e pela ALERJ (e-STJ fls. 341-342).

Em resumo, o argumento lançado no recurso especial não merece vingar pelos seguintes motivos:

a) a liminar que obstava a posse do suplente como Deputado Estadual foi deferida pela Justiça Comum e comunicada à Câmara Legislativa após o Sr. Nilton Salomão ter assumido o cargo de forma regular, não sendo admissível a desconstituição via tutela de urgência de uma situação fática perfeita e acabada;

b) conforme a Resolução n. 22.610/2007 do TSE, compete à Justiça Eleitoral processar e julgar demandas nas quais agremiação política busca retomar cargo eletivo em razão de infidelidade partidária, de sorte que a Justiça Comum não detinha competência para interferir no mandato de Deputado Estadual já em exercício.

- A suposta infringência ao disposto no art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição Federal

O art. 66 da Carta Magna assim disciplina o processo legislativo, no que interessa ao deslinde da controvérsia:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º - Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

A discussão encontra-se circunscrita a saber o alcance interpretativo da expressão “demais proposições” insculpida no § 6º. Enquanto o recorrente defende que a votação destinada a cassar seu mandato parlamentar não poderia

ocorrer na pendência da apreciação de vetos do Chefe do Poder Executivo, a Corte de origem adotou a tese de que esse preceito inibiria apenas os atos tipicamente legislativos.

Não assiste razão ao recorrente.

O sobrestamento determinado pelo art. 66, § 6º, da Carta Magna - ou, o “trancamento de pauta”, no jargão parlamentar, - constitui um mecanismo estabelecido com o escopo de conferir presteza à atividade legislativa, forçando os parlamentares a promoverem votação em determinadas situações nas quais se verificou, de antemão, que o elemento de urgência estaria envolvido.

Assim, a exemplo do que ocorre na hipótese em que o veto do chefe do Poder Executivo não é apreciado no período inicialmente estatuído pela Constituição Federal, sucede o trancamento de pauta também em caso de demora do Órgão Legislativo em examinar medidas provisórias e projetos de lei tramitando sob o regime de urgência, consoante dispõem os arts. 62, § 6º, e 64, § 2º.

Com efeito, o espírito que ditou essa medida é invariavelmente estimular os parlamentares a emprestarem celeridade a procedimentos legislativos cuja deliberação exige alguma urgência, máxime por envolverem o equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo, já que em todos os casos esse último sempre atua de forma “positiva”, seja requerendo urgência de projetos, seja vetando dispositivos ou até mesmo editando normas provisórias.

Como se vê, o sobrestamento representa uma das facetas do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrado na Constituição Federal.

Isto porque ao mesmo tempo em que impede que o Poder Legislativo ignore por completo as proposições que são tidas por urgentes pelo Poder Executivo - o que redundaria num evidente conflito institucional -, também serve para evitar um Poder Executivo hipertrofiado, resultante da eventual manutenção perene de Medidas Provisórias e da distorção no procedimento legislativo, imaginado pelo constituinte, que decorreria da omissão em deliberar sobre os vetos.

Assim, o “trancamento de pauta” destina-se a preservar a harmonia entre os Poderes Legislativo e Executivo no que concerne ao *procedimento legislativo* propriamente dito.

Noutro giro, a cassação de um parlamentar por quebra de decoro consubstancia uma atividade de cunho essencialmente administrativo, ou seja, uma função atípica, *interna corporis*, desempenhada pelo Órgão Legislativo que

não guarda qualquer vínculo com o procedimento de elaboração de normas genéricas e abstratas, dirigindo-se a retirar concretamente o mandato de parlamentar que incorreu em alguma das específicas hipóteses previstas na Carta Magna.

Em outras palavras, a expressão “demais proposições” constante no art. 66, § 6º, da Constituição Federal deve ser interpretada de maneira a englobar apenas as proposições de natureza legiferante, não obstante que o Órgão Legislativo dê continuidade a suas funções atípicas de cunho administrativo – como ocorreu no caso concreto –, uma vez que essas escapam do objetivo traçado ao “trancamento de pauta”, a saber, proporcionar o equilíbrio entre os Poderes e elidir distorções.

A título de reforço, invoco novamente o voto condutor e os fundamentos lançados pelo eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

Melhor sorte não merece o segundo fundamento da impetração. Ainda que prevaleça a idéia de que as resoluções votadas pelo órgão legislativo estão incluídas na previsão do art. 66, § 6º, da Constituição da República, e na do art. 115, § 6º, da Constituição Estadual, o certo é que, como bem ressaltado pelo órgão impetrado em suas informações, tais preceitos devem ter a sua abrangência delimitada aos atos tipicamente legislativos (isto é, aqueles que contenham disposições dotadas de generalidade e abstração), e não àqueles que, embora emanados do Poder Legislativo, tenham natureza administrativa, como o são, precisamente, as resoluções que importem em cassação de mandatos parlamentares (estas marcadas, ao contrário, pela nota especificidade e concreção).

Tenha-se em mira que esse entendimento, além de conciliar de modo harmônico o disposto no art. 15 da Resolução n. 836/2005 da ALERJ (o seu Código de Ética e Decoro Parlamentar) com as supramencionadas normas constitucionais, preserva a unidade lógica do sistema jurídico pátrio, na medida em que permite uma votação célere de matérias revestidas de inegável urgência – como, *v.g.*, aquelas relacionadas no último parágrafo de fls. 178 – sem que a sua constitucionalidade seja posta em dúvida. Aliás, a mesma linha de raciocínio que inspira aqueles exemplos de fls. 178 também se aplica aos processos administrativos de cassação de mandatos por quebra de decoro parlamentar, em que avulta a necessidade de se conferir agilidade à sua tramitação, até para que se observe a contento o mandamento constitucional da moralidade (e-STJ fl. 343).

Enfim, a ALERJ não feriu o art. 66, § 6º, da Constituição Federal, reproduzido em sua literalidade pelo art. 115, § 6º, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso ordinário.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 448.442-MS (2002/0082995-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Aimar Joppert

Advogado: Wagner Crepaldi e outro

Recorrido: Ênio Martins Murad

Advogado: José da Fonseca Simões Filho

Recorrido: Município de Bataguassu

Advogado: Luciana Romão de Oliveira Freitas

Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Ação popular. Contratação de advogado sem licitação. Notória especialização. Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular.

4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei n. 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar

do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistiu violação dos arts. 12 e 23 do Decreto n. 2.300/1986, vigente à época dos fatos.

7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

8. Quanto à pretensão de que seja afastada a condenação ao ressarcimento do valor pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 e o art. 49 da Lei n. 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convencionados por meio de contratação ilegal.

9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto-condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que “o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município”.

11. *Ad argumentandum*, de acordo com o art. 59 da Lei n. 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta

a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a *inequívoca boa-fé do contratado*. Precedentes do STJ.

12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 24.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 1.287):

Apelação cível. Ação popular. Prejuízos. Patrimonial ou moral. Contratação de advogado sem licitação. Serviços técnicos especializados na área administrativa

e tributária. Vinculação de receita de ISS. Ação procedente. Sentença mantida. Recursos improvidos.

A ação popular é o meio adequado para o cidadão pretender a anulação de ato que cause prejuízos ao patrimônio público, tanto material como moral.

A contratação direta de advogado para serviços técnicos especializados exige que se demonstre ser inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizar os serviços, seja porque existe apenas um objeto que satisfaça o interesse da administração, devendo, ainda, possuir contornos de singularidade ou não de continuidade, nos termos do que dispõe o Decreto-Lei n. 2.300/1986.

A vinculação da receita de ISS para pagamento dos honorários viola o princípio constitucional inserto no art. 167, IV, autorizando a sua anulação.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 350).

Em suas razões, o recorrente suscita divergência jurisprudencial e violação dos arts. 332, 333 e 535 do CPC; dos arts. 12 e 23 do Decreto-Lei n. 2.300/1986; dos arts. 1º e 2º da Lei n. 4.717/1965; e do art. 22 da Lei n. 8.906/1994. Alega, em síntese, que:

a) “os serviços contratados e prestados pelo recorrente são os de advogado e se enquadram, só por esse fato, como serviços técnicos profissionais especializados” (fl. 401);

b) “os ‘serviços semelhantes’ que o próprio v. Acórdão reconhece ter o recorrente prestado anteriormente para outros Municípios (pessoas jurídicas de direito público interno), todos com o mais completo êxito por sinal, conforme amplamente demonstrado nos autos, se constituem em dois dos requisitos objetivos causadores da notória especialização, quais sejam: desempenho anterior e experiência”;

c) a sua notória especialização torna inexigível o procedimento licitatório;

d) “independentemente dos trabalhos serem ou não corriqueiros e singelos, ou complexos e sofisticados, a doutrina e a jurisprudência também são pacíficas no sentido de que a natureza singular do serviço decorre da própria notória especialização do futuro contratado e em especial da confiança que a Administração deposita no mesmo como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado” (fl. 1.407);

e) a vedação à vinculação de receitas, prevista no art. 167 da Constituição, “à dirigida ao Legislador, à lei, e não ao Executivo quanto aos seus atos ou contratos administrativos” (fl. 1.419);

f) “nem a Carta Política e nem qualquer norma infraconstitucional existente impedem que a receita do ISS, obtida em razão dos trabalhos do recorrente, seja usada pela Administração, consoante as verbas orçamentárias próprias que existiam para a finalidade, para o pagamento dos honorários contratados” (fl. 1.420);

g) o contrato em questão “não vincula a despesa com os honorários à receita do ISS, já que esta serviu apenas como parâmetro para a fixação do valor” (fl. 1.420);

h) não houve lesão concreta ao patrimônio público, sendo descabida a anulação do contrato com base em lesividade presumida;

i) a condenação a devolver o dinheiro auferido viola o direito aos honorários advocatícios pelos serviços prestados e implica enriquecimento ilícito da Administração;

j) omissão quanto à existência de prévio procedimento administrativo de contratação, “já que o mesmo encontrava-se apenso aos autos e esse fato foi alegado e demonstrado em várias oportunidades pelo recorrente, principalmente porque a pretensa inexistência do mesmo constituiu-se em fator decisivo para a conclusão de ilegalidade do contrato por falta de licitação” (fl. 434), bem como indevida inversão do ônus probatório, ao impor ao réu a comprovação da existência de tal processo.

Contra-razões apresentadas (fls. 1.600-1.609 e fls. 1.633-1.641).

O recurso teve seguimento negado, subindo os autos por força do provimento do AG n. 397.999-MS.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do apelo (fls. 1.736-1.742).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Cuidam os autos de Ação Popular movida contra o Município de Bataguçu, seu ex-prefeito e o advogado por ele contratado, ora recorrente.

O Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios, especificamente de assessoria tributária, condenando os dois últimos réus a ressarcir os cofres municipais.

O Tribunal de Justiça manteve a sentença, corroborando a conclusão de que houve ilegalidade na contratação sem licitação.

Passo a analisar as razões recursais.

1. Violação do art. 535 do CPC não configurada

Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

Observo que, nos Embargos de Declaração opostos contra o acórdão que manteve a sentença, o ora recorrente suscitou omissão e contradição no tocante à suposta ausência de lesividade ao patrimônio público, à existência de prévio procedimento administrativo que justificasse a contratação sem licitação e à comprovação da sua notória especialização, asseverando que o Tribunal de origem se baseou em premissas equivocadas.

Ocorre que todos os pontos suscitados pelo recorrente foram apreciados pelo Tribunal de origem, e a alegação de equívocos no julgamento apenas evidencia o seu intuito de rediscutir as questões decididas, não servindo os Aclaratórios para esse fim.

Com efeito, o acórdão recorrido está clara e suficientemente fundamentado na verificação de que, na hipótese dos autos, a contratação não prescindia de licitação, bem como de que houve lesão ao patrimônio público, tanto que o ressarcimento foi determinado. Quanto ao procedimento prévio, o Tribunal de origem enfatizou que não ficou comprovado.

Os argumentos do recorrente denotam mero inconformismo com o julgamento que lhe foi desfavorável, não estando evidenciadas as supostas omissões e contradições. Nesse diapasão, a rejeição dos Embargos de Declaração não implicou negativa de prestação jurisdicional.

Observo que o art. 22 da Lei n. 8.906/1994 e os arts. 332 e 333 do CPC não foram suscitados nos Aclaratórios. A ausência de manifestação sobre as normas

neles contidas, por sua vez, implica a falta do necessário prequestionamento e atrai a incidência da Súmula n. 282-STF.

2. Cabimento da Ação Popular

O recorrente sustenta o descabimento da Ação Popular para anulação do contrato, por inexistir lesividade concreta ao patrimônio público.

Ocorre que o Tribunal *a quo* reconheceu a existência de lesividade patrimonial, tanto que, conforme salientado alhures, determinou o ressarcimento do Erário. O prejuízo decorreu da própria contratação ilegal, feita sem a necessária licitação. Como se sabe, a Ação Popular não se limita a casos de lesão econômica aos cofres públicos.

Transcrevo o seguinte excerto do voto do Desembargador Relator, Joenildo de Sousa Chaves (fl. 1.278):

O ato praticado, consistente na celebração do contrato de prestação de serviços, sob a alegação de que se tratava de serviços técnicos especializados, possibilitou a contratação direta do apelante pela Fazenda Pública do Município de Bataguassu, sem licitação, o que sem dúvida alguma acarreta grandes prejuízos ao patrimônio público material e moral, porquanto inviabilizou a competição, sem observar o universo dos possíveis licitantes, em total ofensa aos princípios administrativos.

Saliento que a Ação Popular, na vigência da Constituição anterior, restringia-se à *proteção do patrimônio público*, o que transparece na simples leitura do art. 1º da Lei n. 4.717/1965. Confira-se (grifei):

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

O próprio legislador, com o claro intuito de evitar a interpretação excessivamente fazendária do objeto da Ação Popular, preocupou-se em

definir “patrimônio público” de forma a nele incluir “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º).

Mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se ampliou, de modo significativo, o escopo da Ação Popular, para abarcar a proteção expressa a bens intangíveis, de natureza não-econômica – nem por isso “bens de segunda classe” –, como a *moralidade administrativa* e o *meio ambiente*. É o que se observa no art. 5º, LXXIII, da CF/1988 (grifei):

Art. 5º...

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao *patrimônio público* ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Note-se que, ao contrário da redação original da Lei n. 4.717/1965, na Constituição de 1988 separaram-se do conceito de *patrimônio público* os outros bens que ensejam a propositura de Ação Popular, quais sejam os que constituem o patrimônio histórico e cultural, acrescentando-se-lhes dois outros bens, não previstos na Lei: o *meio ambiente* e a *moralidade administrativa*. Numa palavra, o legislador constitucional simultaneamente delimitou o conceito amplo de patrimônio público, fixado em 1965, dele retirando o patrimônio histórico e cultural, e, em sentido contrário, ampliou a base de valores protegidos pela ação popular, inovando com o meio ambiente e a moralidade administrativa, elevados ambos à categoria de *bens jurídicos autônomos*, para tais fins.

É, entre outros autores, o entendimento de Rodolfo Mancuso (*Ação Popular, Proteção ao Erário, do Patrimônio Público, da Moralidade Administrativa e do Meio Ambiente*, 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2008, p. 131, grifei):

Presente a ampliação do objeto da ação popular, a partir do novo conceito inserto no art. 5º, LXXIII, impende destacar um relevante aspecto se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativo, sem outra conotação de palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão, porque a atual CF erigiu a “moralidade administrativa” em *fundamento autônomo* para a ação popular.

In casu, diante do prejuízo patrimonial e moral reconhecido pela instância ordinária, é patente a adequação da Ação Popular.

3. Ilegalidade da contratação sem procedimento licitatório

O recorrente sustenta a legalidade da contratação dos seus serviços advocatícios sem licitação, ante a sua notória especialização, e reputa violados os arts. 12 e 23 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 – vigentes até a edição da Lei n. 8.666/1993 –, de seguinte teor:

Art. 12. Para os fins deste decreto-lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

§ 1º A contratação dos serviços previstos neste artigo com profissionais ou empresas de notória especialização dispensa licitação.

§ 2º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 23. E inexigível a licitação quando houver inviabilidade jurídica de competição, em especial:

(...)

III - para a contratação, com profissionais ou firmas de notória especialização, dos serviços enumerados no art. 12;

IV - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas à licitação.

§ 1º É vedada a licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, a juízo do Presidente da República.

§ 2º É permitida a contratação de remanescente de licitação, para a execução de obra, serviço ou fornecimento idêntico ao licitado, desde que atendidas a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Não cabe discutir a competência do advogado contratado, pois, ainda assim, a sua escolha não fica ao talante da Administração.

Nos termos dos dispositivos acima citados, a contratação sem licitação estava vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho fosse o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, dessa forma, inviável a competição entre outros profissionais.

A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei n. 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

Na hipótese, o Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, foi contundente ao afirmar a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado, tendo ressaltado ainda que o trabalho efetivamente prestado não exigiu conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido feito pelos servidores concursados do ente municipal.

No voto-condutor do acórdão recorrido, foi expressamente ratificado o seguinte posicionamento do Juiz Roberto Lemos dos Santos Filho, que sentenciou o feito (fl. 1.280):

Não obstante haver prova de que o advogado prestou assessoria a outros Municípios com relação a questões imbricadas com o recolhimento do ISS, tais serviços não se apresentam como aqueles em que emerge a notória especialização do executor.

De fato, com a devida vênia, penso que os serviços contratados poderiam ser executados por tributaristas que, diante da natureza íntima do objeto contratado, poderiam desenvolver trabalho tão ou mais profícuo que o desenvolvido pelo advogado contratado.

(...)

Com o máximo respeito, registro meu sentir na senda de que, conforme as provas trazidas com as volumosas contestações apresentadas, o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município.

Além de repisar os fundamentos da sentença, o Tribunal *a quo* reforçou que o trabalho do recorrente não era essencial; o serviço prestado não era complexo; e o município possuía quadro próprio de advogados aptos a executá-lo. Cito o seguinte excerto (1.282):

Ora, em nenhum momento restou demonstrado que o trabalho prestado pelo apelante fosse essencial ou o mais adequado à satisfação dos interesses do Município, principalmente tendo em vista que certamente existem outros profissionais tão ou mais qualificados que ele. Também não se pode olvidar que possuindo a entidade pública quadro próprio de advogados, e não sendo os serviços efetivamente prestados de natureza complexa, poderiam perfeitamente ser por eles prestados, como aliás bem alinhou o magistrado na sentença apelada.

Ademais, da forma como foram contratados os serviços, não se pode considerá-los como serviço específico e singular, já que mais se enquadram em prestação de serviços de forma continuada, uma vez que foram prestados ao longo de quase dois (2) anos.

Nesse contexto, a análise da tese recursal, de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação, demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

Cito precedentes, *mutatis mutandis*:

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Administrativo. Ação popular. Contratação de escritório de advocacia sem licitação. Alegação de notória especialização. Reexame de matéria probatória. Súmula n. 7-STJ.

1. A inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25, da Lei n. 8.666/1993), assentada pela Corte *a quo*, reclama a incursão em matéria de cunho fático probatório, interdita em sede de recurso especial, consoante a *ratio* da Súmula n. 7-STJ.

2. Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento dos danos causados ao patrimônio do Município de Nhandeara, decorrentes da contratação do Escritório de Advocacia, sem prévio certame licitatório, para a prestação de serviços de consultoria jurídica, visando a defesa dos atos praticados pela ex-Prefeita do mencionado município.

3. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.052.231-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 02.09.2009)

Ação civil pública. Contrato para realização de serviços técnicos especializados. Escritório de advocacia. Licitação. Inexigibilidade. Recurso especial. Violação aos arts. 458 e 535 do CPC. Inocorrência. Acórdão recorrido fundado em substrato fático-probatório. Reforma. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Incidência.

I - A questão de direito fulcra-se na necessidade ou não de licitação para a contratação dos serviços especializados de advocacia. O julgador, em análise dos autos e fundamentando suficientemente seu proceder, entendeu que a hipótese era mesmo de inexigibilidade de licitação. Atuando como fez, não agiu aquele Sodalício com *error in procedendo*, visto que lastreou o julgado com razões jurídicas pertinentes, estando assim afastada a alegada violação aos artigos 458 e 535, II, do CPC.

II - A singularidade dos serviços e a notória especialização da contratada foram reconhecidos expressamente pelo Tribunal *a quo*, valendo-se, para tanto, de circunstâncias fáticas e probatórias.

III - Este Superior Tribunal de Justiça já externou entendimento no sentido de que "A averiguação de enquadramento da empresa recorrente em algum dos casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25 da Lei n. 8.666/1993) demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é defeso a esta Corte Superior, a teor do Verbete Sumular n. 7-STJ" (REsp n. 408.219-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.10.2002). Assim sendo, inviável a reforma do acórdão recorrido nesta estreita via do recurso especial.

IV - Confira-se, ainda, caso em tudo semelhante ao presente o REsp n. 785.540-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.03.2008, p. 1.

V - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp n. 764.956-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJe 07.05.2008)

4. Ressarcimento do Erário

O recorrente sustenta que, diante da prestação do serviço, descabe o ressarcimento do valor que lhe foi pago.

Nesse ponto, friso que o art. 49 do Decreto-Lei n. 2.300/1986 e o art. 49 da Lei n. 8.666/1993, embora mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais.

Quanto ao art. 22 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de não ter sido prequestionado, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convencionados por meio de contratação ilegal.

Não comungo da tese de que, havendo prestação do serviço contratado, descabe o ressarcimento do valor pago.

Ora, o fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua, outrossim, a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

Ademais, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, de que o serviço prestado pelo recorrente poderia ter sido prestado pelos servidores concursados do município, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, devendo ser ressarcido.

Apenas para deixar clara a questão, lembro que o art. 59 da Lei n. 8.666/1993 – que não foi questionado pelo recorrente – estabelece que “a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”. A ressalva constante no seu parágrafo único é apenas no sentido de que “a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

Ou seja: a efetiva prestação de serviço pode ensejar indenização (o que não se confunde com o valor pago indevidamente), desde que verificada a *inequívoca boa-fé do contratado*. Nesse sentido:

Administrativo. Ação de cobrança. Prestação de serviços de publicidade. Nulidade do contrato administrativo por ausência de licitação. Art. 59, parágrafo único da Lei n. 8.666/1993.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, embora o contrato administrativo cuja nulidade tenha sido declarada não produza efeitos, a teor do art. 59 da Lei n. 8.666/1993, não está desonerada a Administração de indenizar o contratado pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

2. Procedência da ação de cobrança que se mantém.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 928.315-MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007, p. 573)

Contrato firmado com Município. Ausência de licitação. Ação popular. Anulação. Indenização pelos serviços prestados. Ausência de boa-fé. Pouca relevância dos serviços. Súmula n. 7-STJ.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a indenização pelos serviços prestados à Administração em decorrência de contrato nulo deve-se lastrear na boa-fé do contratante. Precedentes: REsp n. 928.315-MA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007; REsp n. 707.710-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07.11.2005; REsp n. 579.541-SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 19.04.2004; AgRg no REsp n. 303.730-AM, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 02.12.2002.

II - Na hipótese, além de refutar a boa-fé da contratante, o acórdão estadual destacou a pouca relevância dos serviços prestados à Administração.

III - Dessarte, é inadmissível o recurso especial, tendo em conta a necessidade de revolvimento fático-probatório para se concluir em sentido inverso ao exposto pelo acórdão estadual. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

IV - Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.134.084-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 29.06.2009)

In casu, contudo, a responsabilidade pela nulidade é imputada à Administração e também ao ora recorrente, por terem celebrado contratação direta sem que estivesse configurada hipótese de dispensa ou inexigibilidade da licitação. E a leitura do acórdão recorrido não permite constatar a boa-fé do contratado.

Insisto que a instância ordinária foi contundente ao afirmar que o trabalho executado não exigia o conhecimento técnico de advogado e poderia ter sido prestado pelos servidores concursados, conforme se infere do seguinte excerto da sentença, reiterado no voto-condutor do acórdão (fl. 1.280):

Com o máximo respeito, registro meu sentir na senda de que, conforme as provas trazidas com as volumosas contestações apresentadas, o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município.

Nesse contexto, afasto a pretensão de que seja mantida a remuneração que lhe foi paga ilegalmente.

Com relação à vinculação dos honorários advocatícios à receita do ISS, consigno que o fundamento do acórdão recorrido é estritamente constitucional, não comportando análise em Recurso Especial.

5. Divergência jurisprudencial não-configurada

A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RISTJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea c, III, do art. 105 da Constituição Federal.

Na hipótese, os julgados apontados como paradigmas não guardam similitude com o caso concreto, dadas as suas peculiaridades fáticas.

6. Conclusão

Diante do exposto, *conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 734.403-RS (2005/0042482-4)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Philip Morris Brasil S/A

Advogado: Marcelo Reinecken de Araujo e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: José Carlos Costa Loch e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

Processual Civil. Princípios constitucionais do não-confisco e da não-cumulatividade. Impossibilidade de exame pelo STJ em sede de

recurso especial. Ausência de violação ao art. 535. Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Fato gerador. Momento da ocorrência. Saída do produto do estabelecimento industrial ou equiparado. Roubo de carga após o fato gerador. Inaplicabilidade do art. 174, V, do RIPI-98. Exigência do tributo.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC. Conforme se depreende do julgado recorrido, houve expressa análise do dispositivo legal invocado pela recorrente.

2. A discussão sobre o alcance dos princípios da não-cumulatividade e do não-confisco, previstos no art. 153, §3º, II, e art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988, refoge ao âmbito do STJ, em sede de recurso especial, sob pena de usurpação das competências do STF.

3. A legislação tributária define o fato gerador do IPI como sendo a saída do produto industrializado do estabelecimento industrial ou equiparado, seja qual for o título jurídico de que decorra essa saída do estabelecimento produtor (art. 46, II, do CTN; art. 2º, II e § 2º, da Lei n. 4.502/1964; e art. 32, II, do Decreto n. 2.637/1998 - RIPI-98).

4. O roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98. O prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, ratificando seu voto, por maioria, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 22 de junho de 2010 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 06.10.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por *Philip Morris Brasil S/A*, com fundamento na alínea **a** do inc. III do art. 105 da Constituição da República de 1988, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que entendeu que o fato gerador do IPI ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, nos termos do disposto no art. 46, inciso II, do CTN, sendo irrelevante perquirir se o contribuinte teve ou não proveito econômico-financeiro com a mercadoria. Decidiu ser inaplicável o art. 174, V, do RIPI-98 (Decreto n. 2.637/1998) ao caso dos autos e, por fim, afirmou não haver previsão legal determinando a anulação, mediante estorno de créditos, para produtos finais furtados ou roubados, devendo ser mantida a exigência fiscal (fls. 3.577-3.585).

Os embargos de declaração interpostos foram rejeitados (fls. 3.592-3.595).

Em suas razões recursais sustenta violação ao art. 535 do CPC, por acreditar ter havido contradição no acórdão recorrido. Ainda aponta afronta ao art. 174, inciso V, do Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/1998 - regulamenta o art. 25, §§1º e 3º, da Lei n. 4.502/1964, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.136/1970 e Lei n. 7.798/1989), e aos princípios da não-cumulatividade e do não-confisco. Alega que não se mostra subsistente a exigência do IPI porque restou insatisfeita a operação mercantil que lhe deu azo e que a legislação prevê a anulação do crédito de IPI na escrita fiscal do contribuinte no caso de roubo ou furto de insumos e, também, de produtos finais justamente diante da impossibilidade de ocorrência do fato gerador. Entende que se o produto final foi roubado o fato gerador do IPI não ocorreu, pois, muito embora tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento comercial do fabricante, não ocorreu a concretização da operação mercantil. Por fim, requer a reforma do acórdão recorrido (fls. 3.600-3.616).

Contra-razões apresentadas às fls. 3.674-3.679.

O juízo de admissibilidade foi positivo na origem (fl. 3.690) e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Antes de adentrar ao exame do recurso, esclareço a situação fática do ocorrido nos presentes autos.

Consta das fls. 38-43 a lavratura de Auto de Infração em 17.11.1998 contra a empresa *Philip Morris Brasil S/A*, recorrente, por ter efetuado estorno de débitos de IPI relativo a mercadorias saídas do seu estabelecimento e que foram posteriormente roubadas, fatos geradores nos períodos de novembro de 1993 a setembro de 1998. De observar que os fatos geradores ocorridos até 25.06.1998 estão sob a égide do RIPI-82 (Decreto n. 87.891/1982) e os fatos geradores ocorridos a partir de 26.06.1998 estão sob o regramento do RIPI-98 (Decreto n. 2.637/1998).

O auto de infração gerou inscrição em Dívida Ativa da União e posterior execução fiscal objeto de embargos do devedor.

Em primeira instância, foi dada sentença de improcedência aos embargos do devedor ao fundamento de que o fato gerador do IPI ocorreu com a saída dos produtos do estabelecimento, na forma do art. 46, II, do CTN, de modo que a ocorrência de furto após a saída da mercadoria do estabelecimento é irrelevante sob o ponto de vista tributário (fls. 3.578-3.582).

Foram interpostos embargos de declaração da sentença, alegando a necessidade de declarar o disposto no art. 174, V, do RIPI-98. Os embargos restaram rejeitados ao argumento de que o artigo não diz respeito aos produtos finais roubados ou furtados, mas somente aos insumos, matérias-primas ou produtos intermediários roubados ou furtados ou que venham a ser empregados em produtos finais roubados ou furtados (fls. 3.510-3.511).

Em sede de apelação a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Origem que decidiu pela ocorrência do fato gerador do IPI tão-somente com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, nos termos do disposto no art. 46, inciso II, do CTN, sendo irrelevante perquirir se o contribuinte teve ou não proveito econômico-financeiro com a mercadoria. Decidiu também ser

inaplicável o art. 174, V, do RIPI-98 (Decreto n. 2.637/1998) ao caso dos autos e, por fim, afirmou não haver previsão legal determinando a anulação, mediante estorno, para produtos finais furtados ou roubados, devendo ser mantida a exigência fiscal (fls. 3.577-3.585).

Foram interpostos embargos de declaração do acórdão a fim de que fosse declarado o conteúdo do art. 174, V, do RIPI-98. Esses embargos restaram rejeitados (fls. 3.592-3.595).

O tema chega para exame em sede de recurso especial.

Na preliminar de mérito, o contribuinte invoca violação ao art. 535, do CPC, ao argumento de que a Corte de Origem não se manifestou, quando provocada, a respeito da correta interpretação do art. 174, V, do RIPI - 98 (Decreto n. 2.637/1998) que, no seu entender, abrange também os casos de roubos de produtos e não só os de roubos de insumos, como constatou o acórdão recorrido.

Essa preliminar merece ser afastada, pois inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC. Conforme se depreende do julgado recorrido, houve expressa análise do emprego do art. 174, V, do RIPI-98, ao presente caso, análise esta que culminou com a constatação de sua impertinência, pois não versa sobre o produto final. Transcrevo (fls. 3.578-3.579, grifo nosso):

A embargante afirma, ainda, que seria aplicável ao caso dos autos a regra constante do artigo 174, V do RIPI-98. Contudo, tenho que não lhe assiste razão.

O artigo 174 está inserido no Regulamento no capítulo IX, dos Créditos, Seção III, da Escrituração dos Créditos, sob o título Anulação do Crédito, dispondo, *in verbis*:

(...)

Primeiramente, cumpre ressaltar que todas as hipóteses de anulação do crédito, mediante estorno fiscal, configuram situações excepcionais, e como tal devem ser reconhecidas. Ainda, também se pode verificar que nenhuma das hipóteses - salvo as de produtos devolvidos, de imposto destacado e de produtos de origem estrangeira, que configuram casos específicos de submissão ao IPI - diz respeito ao produto final, à mercadoria industrializada. Os demais incisos dizem respeito a matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e bens de produção, ou seja, a insumos para o produto final.

A posição dos dispositivos numa norma, muito pode nos dizer sobre seu alcance, sendo um dos critérios mais usuais na interpretação das normas. Tanto é verdade, que podemos verificar que nos códigos de parte geral e especial, a primeira informa toda a segunda, por exemplo. Incisos, parágrafos e alíneas

dizem respeito ao *caput* do artigo a que estão vinculados, não se interpretando isoladamente.

Assim, o fato do dispositivo 174, V estar inserido entre as regras excepcionais de anulação do crédito de IPI, juntamente com os demais dispositivos relativos a bens de produção, a matérias-primas, a produtos intermediários, a material de embalagem, **e outros produtos “empregados em outros” - insumos de uma maneira geral** - já seria indício suficiente a sinalizar sua interpretação, **uma vez que não diz respeito a produto final.**

Todavia, para se interpretar tal artigo, se prescinde de análise dessa natureza, tendo em vista a clareza de sua redação.

Ora, o dispositivo é inteligível: será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e quaisquer outros produtos empregados em outros produtos, que hajam sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados. Ou seja, diz respeito a insumos e não a produto final.

O indigitado inciso, assim como aqueles constantes do mesmo artigo, não diz respeito à mercadoria final, puramente, que seria objeto de furto, roubo, inutilização ou deterioração. Se a lei não diz produto final - mercadoria já fora do estabelecimento industrial - podendo tê-lo dito, não há que se estender seu alcance, por interpretação, tendo em vista a natureza da matéria envolvida, que deve ser sempre interpretada restritivamente.

Sendo assim, reitero, fica afastada a violação ao art. 535, do CPC.

Afasto também o conhecimento do recurso em relação à invocação do princípio da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, II, da CF/1988) e ao princípio do não-confisco (art. 150, IV, da CF/1988), visto que ambos são de ordem constitucional, o que inviabiliza a instância especial já que a competência desta Corte se restringe à uniformização de legislação infraconstitucional (art. 105, III, da CF), não podendo haver usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal - STF.

Conheço do recurso quanto à alegada violação ao 174, inciso V, do Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/1998), que regulamenta o art. 25, §§ 1º e 3º, da Lei n. 4.502/1964, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.136/1970 e Lei n. 7.798/1989.

Quanto ao mérito propriamente dito, a razão **não** está com a contribuinte. Transcrevo o art. 174, do RIPI-98, para melhor trabalhar sua interpretação, *in verbis*:

Art. 174. Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o **crédito do imposto** (Lei n. 4.502, de 1964, art. 25, § 3º, Decreto-Lei n. 34, de 1966, art. 2º, alteração 8º, e Lei n. 7.798, de 1989, art. 12):

I - relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, que tenham sido:

a) empregados na industrialização, ainda que para acondicionamento, de produtos isentos, não-tributados ou que tenham suas alíquotas reduzidas a zero, respeitadas as ressalvas admitidas;

b) empregados na industrialização, ainda que para acondicionamento, de produtos saídos do estabelecimento industrial com suspensão do imposto nos casos de que tratam os incisos I, VIII, XII, XIII e XIV do art. 40;

c) empregados na industrialização, ainda que para acondicionamento, de produtos saídos do estabelecimento produtor com a suspensão do imposto determinada no art. 41 (Lei n. 9.493, de 1997, art. 5º);

d) empregados na industrialização, ainda que para acondicionamento, de produtos saídos do estabelecimento remetente com suspensão do imposto, em hipóteses não previstas nas alíneas **b** e **c**, nos casos em que aqueles produtos ou os resultantes de sua industrialização venham a sair de outro estabelecimento industrial ou equiparado a industrial, da mesma empresa, ou de terceiros, com alíquota zero, isentos ou não-tributados, respeitadas as ressalvas admitidas;

e) empregados nas operações de conserto, restauração, recondicionamento ou reparo, previstas nos incisos XI e XII do art. 5º;

f) vendidos a pessoas que não sejam industriais ou revendedores;

II - relativo a bens de produção que os comerciantes, equiparados a industrial:

a) venderem a pessoas que não sejam industriais ou revendedores;

b) transferirem para as seções incumbidas de vender às pessoas indicadas na alínea anterior;

c) transferirem para outros estabelecimentos da mesma firma, com a destinação das alíneas anteriores;

III - relativo a produtos de procedência estrangeira remetidos, pelo importador, diretamente da repartição que os liberou a outro estabelecimento da mesma firma;

IV - relativo aos produtos tributados recebidos de estabelecimento industrial ou equiparado a industrial com o imposto destacado e aos quais o estabelecimento receptor venha a dar saída com isenção do imposto ou com alíquota reduzida a zero, respeitadas as ressalvas admitidas;

V - relativo a matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e quaisquer outros produtos que hajam sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma sorte;

VI - relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem empregados na fabricação de produtos que voltem ao estabelecimento remetente com direito ao crédito do imposto nos casos de devolução ou retorno e não devam ser objeto de nova saída tributada;

VII - relativo a produtos devolvidos, a que se refere o inciso I do art. 152.

§ 1º No caso dos incisos I, II, V e VI deste artigo, havendo mais de uma aquisição de produtos e não sendo possível determinar aquela a que corresponde o estorno do imposto, este será calculado com base no preço médio das aquisições.

§ 2º Os estabelecimentos recebedores dos insumos que, na hipótese da alínea **d** do inciso I, derem saída a produtos não-tributados, isentos ou com alíquota reduzida a zero, deverão comunicar o fato ao remetente, no mesmo período de apuração do imposto, para que, no período seguinte, seja por aquele promovido o estorno.

§ 3º Anular-se-á o crédito no período de apuração do imposto em que ocorrer ou se verificar o fato determinante da anulação, ou dentro de vinte dias, se o estabelecimento obrigado à anulação não for contribuinte do imposto.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, se o estorno for efetuado após o prazo previsto e resultar em saldo devedor do imposto, a este serão acrescidos os encargos legais provenientes do atraso.

O crédito do imposto a que se refere o artigo em comento é aquele crédito atribuído ao contribuinte de fato referente ao imposto incidente sobre os produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, quando na situação de contribuinte de direito (veja-se art. 49, do CTN, art. 146, do RIPI-98, e art. 163, do RIPI-2002). Sendo assim, o *caput* do artigo que fala em “crédito do imposto” obviamente se refere ao crédito escritural da empresa obtido na aquisição de produtos (entrada) com o pagamento de IPI e mantido para abatimento do IPI a ser pago na saída desses produtos que tiveram trânsito pela empresa.

Desse modo, em atenção à lógica do princípio da não-cumulatividade, *tal crédito somente pode se referir àquilo que é adquirido pela empresa e não àquilo de dela sai como produto.*

Veja-se que esta interpretação é confirmada pelos demais incisos do mesmo art. 174 do RIPI-98 quando se referem: a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem empregados pelo industrial ou vendidos após serem *adquiridos* com o pagamento de IPI (inciso I); a bens de produção *adquiridos* pelos comerciantes, equiparados a industrial (inciso II); a produtos de procedência estrangeira *adquiridos* por outro estabelecimento de uma

mesma firma (inciso III); a produtos tributados *recebidos* de estabelecimento industrial ou equiparado a industrial com o imposto destacado e aos quais o estabelecimento recebedor venha a dar saída com isenção do imposto ou com alíquota reduzida a zero (inciso IV); a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem *adquiridos* e empregados na fabricação de produtos que voltem ao estabelecimento remetente com direito ao crédito do imposto nos casos de devolução ou retorno e não devam ser objeto de nova saída tributada (inciso VI); e a produtos *adquiridos* que venham a ser devolvidos (inciso VII).

Com isto, revela-se a correta interpretação do art. 174, V, do RIPI-98 (adendos grifados):

Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e quaisquer outros produtos **adquiridos** que hajam sido furtados ou roubados inutilizados ou deteriorados ou, ainda, empregados em outros produtos **que ainda não tenham incidido no fato gerador do IPI** que tenham tido a mesma sorte.

O claro objetivo da norma é proteger o Interesse Público evitando que o contribuinte do IPI se credite de um imposto pago relativo à entrada de um produto que não tenha tido saída tributada do seu estabelecimento *justamente porque foi roubado enquanto nele estava*.

Parte-se, aí, do reconhecimento de que houve quebra na cadeia produtiva, de modo que a razão de ser do creditamento (redução do custo do processo produtivo) deixa de existir porque os insumos roubados não irão integrar nenhum produto final apto a gerar a obrigação pelo IPI. Nessas hipóteses, permitir o creditamento é transferir o prejuízo inerente ao risco da atividade do industrial produtor para a sociedade.

É nesse sentido que a segunda parte do inciso V, do art. 174, do RIPI-98, (“[...] ou, ainda, empregados em **outros produtos** que tenham tido a mesma sorte.”) deve ser interpretada. Trata-se sempre de produtos que não tiveram saída tributada do estabelecimento justamente porque foram roubados enquanto nele estavam, repito. Se roubados depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), houve a tributação e o dispositivo não tem aplicação, devendo permanecer o crédito adquirido com o pagamento do IPI na entrada, sob pena de duplo prejuízo do contribuinte (roubo da mercadoria e anulação do crédito escritural) e aí em clara violação ao princípio da não-cumulatividade.

A lógica aqui é idêntica ao caso dos insumos tributados empregados na industrialização de produtos isentos, não-tributados ou submetidos à alíquota zero, onde a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça (Recurso Representativo da Controvérsia REsp n. 860.369-PE, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009) e do Supremo Tribunal Federal (RE n. 562.980-SC, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio) firmou o entendimento que inexistente o direito ao creditamento, justamente porque nesses casos a saída do produto não foi tributada.

Observe ainda que, nos casos de furto, roubo, inutilização ou deterioração, o produto efetivamente utilizado no processo industrial foi outro - já que o primeiro foi perdido - e esse outro efetivamente utilizado, quando adquirido com o pagamento de IPI, já gerou crédito escritural correspondente, que será abatido na sua saída quando compõe o produto final. Sendo assim, permitir o creditamento pela entrada do produto que foi roubado significaria permitir um creditamento em duplicidade para um mesmo produto final na saída. Nada que contrarie mais o princípio da não-cumulatividade.

Desse modo, o inciso V, do art. 174, do RIPI-98, invocado não tem a extensão que lhe pretende dar a contribuinte, pois se refere à *anulação do creditamento do IPI* pago na aquisição de produtos que tenham sido roubados ou furtados *antes da saída do estabelecimento*, e não à anulação do crédito tributário de IPI a ser cobrado por sobre o preço dos produtos que tenham tido saída do estabelecimento produtor e posteriormente hajam sido roubados ou furtados.

Por outra via, como já indicado, a legislação tributária define o fato gerador do IPI como sendo a saída do produto industrializado do estabelecimento industrial ou equiparado, seja qual for o título jurídico de que decorra essa saída do estabelecimento produtor. Veja-se (grifo nosso):

Código Tributário Nacional - Lei n. 5.172/1966

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como **fato gerador**:

- I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
- II - a sua **saída dos estabelecimentos** a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
- III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

Lei n. 4.502/1964

Art. 2º Constitui **fato gerador** do impôsto:

I - quanto aos produtos de procedência estrangeira o respectivo desembaraço aduaneiro;

II - quanto aos de produção nacional, a **saída do respectivo estabelecimento produtor**.

§ 1º Quando a industrialização se der no próprio local de consumo ou de utilização do produto, fora de estabelecimento produtor, o fato gerador considerar-se-á ocorrido no momento em que ficar concluída a operação industrial.

§ 2º O impôsto é devido **sejam quais forem** as finalidades a que se destine o produto ou **o título jurídico** a que se faça a importação ou **de que decorra a saída** do estabelecimento produtor.

§ 3º Para efeito do disposto no inciso I, considerar-se-á ocorrido o respectivo desembaraço aduaneiro da mercadoria que constar como tendo sido importada e cujo extravio ou avaria venham a ser apurados pela autoridade fiscal, inclusive na hipótese de mercadoria sob regime suspensivo de tributação. (Incluído pela Lei n. 10.833, de 29.12.2003)

Decreto n. 2.637/1998 - RIPI-98

Art. 32. **Fato gerador** do imposto é (Lei n. 4.502, de 1964, art. 2º):

I - o desembaraço aduaneiro de produto de procedência estrangeira;

II - a **saída de produto do estabelecimento industrial**, ou equiparado a industrial.

Sobre o fato gerador eleito pelo CTN, comenta Aliomar Baleeiro (*in Direito tributário brasileiro*, 11ª. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 338-339):

[...] o CTN escolheu, para fato gerador, três hipóteses diversas, ou momentos característicos **da entrada da coisa no circuito econômico de sua utilização**. Esta, entretanto, **é indiferente do ponto de vista fiscal**, muito embora na quase totalidade dos casos a mercadoria se destine a comércio.

Efetivamente, é o próprio RIPI-98 que, em seu art. 33, interpreta o critério temporal da hipótese de incidência eleito, inclusive e excepcionalmente o deslocando, quando necessário, para além da mera saída do produto do estabelecimento industrial ou equiparado - regra geral prevista no art. 32 do mesmo diploma. Veja-se:

Art. 33. Considera-se ocorrido o fato gerador:

I - *na entrega ao comprador*, quanto aos produtos vendidos por intermédio de ambulantes (Lei n. 4.502, de 1964, arts. 2º e 5º, inciso I, alínea **a**, e Decreto-Lei n. 1.133, de 16 de novembro de 1970, art. 1º);

II - *na saída de armazém-geral ou outro depositário do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial depositante*, quanto aos produtos entregues diretamente a outro estabelecimento (Lei n. 4.502, de 1964, arts. 2º e 5º, inciso I, alínea **a**, e Decreto-Lei n. 1.133, de 1970, art. 1º);

III - *na saída da repartição que promoveu o desembaraço aduaneiro*, quanto aos produtos que, por ordem do importador, forem remetidos diretamente a terceiros (Lei n. 4.502, de 1964, arts. 2º e 5º, inciso I, alínea **b**, e Decreto-Lei n. 1.133, de 1970, art. 1º);

IV - *na saída do estabelecimento industrial diretamente para estabelecimento da mesma firma ou de terceiro*, por ordem do encomendante, quanto aos produtos mandados industrializar por encomenda (Lei n. 4.502, de 1964, arts. 2º e 5º, inciso I, alínea **c**, e Decreto-Lei n. 1.133, de 1970, art. 1º);

V - *na saída de bens de produção dos associados para as suas cooperativas*, equiparadas, por opção, a estabelecimento industrial;

VI - *no quarto dia da data da emissão da respectiva nota fiscal*, quanto aos produtos que até o dia anterior não tiverem deixado o estabelecimento do contribuinte (Lei n. 4.502, de 1964, arts. 2º e 5º, inciso I, alínea **d**, e Decreto-Lei n. 1.133, de 1970, art. 1º);

VII - *no momento em que ficar concluída a operação industrial*, quando a industrialização se der no próprio local de consumo ou de utilização do produto, fora do estabelecimento industrial (Lei n. 4.502, de 1964, art. 2º, § 1º);

VIII - *no início do consumo ou da utilização do papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos*, em finalidade diferente da que lhe é prevista na imunidade de que trata o inciso I do art. 18, ou na saída do fabricante, do importador ou de seus estabelecimentos distribuidores, para pessoas que não sejam empresas jornalísticas ou editoras (Lei n. 9.532, de 1997, art. 40);

IX - *na aquisição ou, se a venda tiver sido feita antes de concluída a operação industrial*, na conclusão desta, quanto aos produtos que, antes de sair do estabelecimento que os tenha industrializado por encomenda, sejam por este adquiridos;

X - *na data da emissão da nota fiscal pelo estabelecimento industrial*, quando da ocorrência de qualquer das hipóteses enumeradas no inciso VII do art. 24 (Lei n. 9.532, de 1997, art. 39, § 4º);

XI - *no momento da sua venda*, quanto aos produtos objeto de operação de venda que forem consumidos ou utilizados dentro do estabelecimento industrial (Lei n. 4.502, de 1964, arts. 2º e 5º, inciso I, alínea **e**, Decreto-Lei n. 1.133, de 1970, art. 1º, e Lei n. 9.532, de 1997, art. 38);

XII - na saída simbólica de álcool das usinas produtoras para as suas cooperativas, equiparadas, por opção, a estabelecimento industrial.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso VII, considera-se concluída a operação industrial e ocorrido o fato gerador na data da entrega do produto ao adquirente ou na data em que se iniciar o seu consumo ou a sua utilização, se anterior à formalização da entrega.

No caso concreto, muito embora não se olvide que a saída do produto está sempre atrelada a uma operação que lhe determina, *não houve esse deslocamento temporal pela legislação, de modo que incide a regra geral no sentido de que o fato gerador se concretizou na saída do produto industrializado do estabelecimento industrial ou equiparado*. Havendo o estabelecimento que arcar com o pagamento do IPI correspondente.

Nesse sentido, ao contrário do que sustenta a contribuinte, não subsiste a comparação feita com o inciso VII, do art. 174, do RIPI-98 (que determina a anulação do crédito do imposto relativo a produtos devolvidos pelo adquirente - ver transcrição acima). Isto porque à anulação do crédito na escrita fiscal do adquirente - contribuinte de fato - corresponde o creditamento do estabelecimento industrial produtor - contribuinte de direito (ver art. 150, do RIPI-98), de modo que a operação é completamente desfeita. Nessa hipótese, o creditamento do estabelecimento industrial produtor somente ocorre porque houve sim o fato gerador (saída do estabelecimento) com o efetivo pagamento do IPI, sendo necessário desfazer seus efeitos. Veja-se que a situação narrada em nada interfere na ocorrência do fato gerador já que tem a nítida característica de benefício fiscal.

Sendo assim, tendo ocorrido o roubo de mercadorias após a saída do produto do estabelecimento industrial ou equiparado, perfectibilizou-se o fato gerador do IPI, de modo que não incide a hipótese prevista no inciso V, do art. 174, do RIPI-98.

Insta salientar que o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Tendo ocorrido o fato gerador do IPI (saída do estabelecimento), o prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido. Imaginar de forma diferente seria permitir, data máxima vênua, que a pessoa física deixasse de pagar imposto de renda sobre seus rendimentos recebidos (ocorrência do fato gerador) que foram roubados ou furtados durante o ano, ou que os impostos de transmissão deixassem de ser exigíveis se após a transmissão (ocorrência do fato gerador) o bem se perdesse ou fosse destruído.

Não se pode adotar linha interpretativa que transforme o ente público tributante em segurador universal da atividade econômica desenvolvida por todos os sujeitos passivos.

Por fim, ainda que se acolhesse a tese da recorrente no sentido de que o fato gerador do IPI somente estaria completo se a operação mercantil se realizasse, para lhe dar razão seria necessário que a instância de origem, senhora na fixação dos pressupostos fáticos da causa, tivesse se manifestado expressamente a respeito da ocorrência ou não da operação mercantil com o pagamento ou não do preço ajustado. Tal não ocorreu nos autos, pois, tanto em primeira instância quanto em sede de apelação, foi considerado irrelevante o fato de ter ocorrido ou não a operação mercantil.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do presente recurso especial e, nessa parte, *nego provimento*.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. IPI. Furto de mercadorias antes da entrega ao comprador. Elemento material e temporal da hipótese de incidência tributária. Princípio da não-cumulatividade. Princípios da capacidade contributiva e do não-confisco.

1. O acórdão recorrido concluiu que é devido o IPI incidente sobre as mercadorias saídas do estabelecimentos e posteriormente furtadas, antes da entrega ao comerciante comprador, tendo em vista que houve uma saída lícita, em tese, geradora da obrigação de pagar o IPI, diferentemente do que ocorreria se as mercadorias tivessem sido furtadas, ou roubadas, de dentro do estabelecimento fabricante.

2. A conclusão, todavia, peca por quatro razões assim resumidas: (a) o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Este é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados; (b) a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, nos termos do art. 116, II e 117 do CTN; (c) o

furto ou roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade; e (d) o furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não-confisco.

3. Recurso especial provido, divergindo do Relator.

O Sr. Ministro Castro Meira: O TRF da 4ª Região negou provimento ao apelo de *Philip Morris Brasil S/A* por entender que o fato gerador do IPI consuma-se com a saída do produto do estabelecimento industrial, nos termos do art. 46, II, do CTN, independentemente do proveito econômico que da operação possa extrair o contribuinte, o qual não se exime do pagamento do imposto se o carregamento foi furtado no caminho para a entrega.

Por meio de recurso especial, alega violação ao disposto no art. 535, II, do CPC, pois acredita existir contradição no aresto impugnado. No mérito, aponta ofensa ao art. 174, V, do Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/1998), e aos princípios da não cumulatividade e do não confisco.

Sustenta não ser devida a cobrança do imposto quando a mercadoria saída do estabelecimento é furtada, basicamente, por duas razões:

(a) porque não satisfeita a operação mercantil que propiciou a saída do produto do estabelecimento industrial. Salienta que, embora tenha a mercadoria saído do estabelecimento produtor, não houve circulação econômica ou jurídica, mas apenas física, pois o negócio mercantil não se completou antes da tradição do produto por causa alheia à vontade das partes.

(b) porque a legislação de regência determina o estorno do crédito de IPI relativo aos insumos (crédito de entrada) no caso de furto ou roubo de mercadorias, justamente diante da impossibilidade de ocorrência do fato gerador

do IPI nesses casos. Defende, com base no princípio da não-cumulatividade, que não pode subsistir o débito de IPI pela saída do produto do estabelecimento se a legislação determina o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos empregados no produto furtado.

A Fazenda Nacional ofertou contrarrazões às fls. 3.674-3.679.

Admitido na origem, subiram os autos para julgamento.

O eminente Ministro Mauro Campbell, em percuciente voto, negou provimento ao recurso.

Pedi vista dos autos para examinar a matéria, por entender que a solução se mostra injusta com o contribuinte, compelido a onerar-se com o pagamento de um tributo sem correspondência com o proveito advindo da operação tributada.

A solução da controvérsia posta neste recurso especial consiste em definir se há, ou não, incidência do IPI sobre produtos que, saídos do estabelecimento industrial, são furtados no caminho para a entrega, antes de serem colocados à disposição do comprador.

No campo do Direito Privado, trata-se de típica hipótese de *caso fortuito* ou *força maior*, semelhante ao que ocorre com a inutilização ou deterioração da coisa, que impossibilita, total ou parcialmente, o cumprimento da obrigação assumida pelo vendedor.

Na sistemática do Código Civil, o contrato de compra e venda é de natureza obrigacional, e não real, já que apenas cria para o vendedor o dever de alienar o domínio de certo bem móvel e para o comprador o de pagar o preço ajustado. No art. 620 está expresso que “o domínio da coisa não se transfere pelos contratos antes da tradição”.

Assim, o contrato de compra e venda de coisas móveis tem eficácia meramente obrigacional. A eficácia real, traduzida na transferência do domínio, depende da prática de outro ato jurídico, a tradição. Antes da entrega da coisa, o comprador pode apenas agir como credor da entrega, mas não como proprietário do bem a ser entregue, que continua na esfera de titularidade do vendedor, até que a tradição se efetive.

Em consequência, os riscos de perecimento da coisa alienada correm sempre por conta do vendedor até que a tradição se concretize, passando ao comprador após este momento. O art. 1.127 do Código Civil bem traduz a conclusão quando enuncia: “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor e os do preço por conta do comprador”.

Nesses termos, havendo furto ou roubo de mercadorias, antes da entrega, os riscos são do vendedor, quer tenha ocorrido o evento dentro do estabelecimento (furto ou roubo interno), quer tenha acontecido fora dele, no transcurso entre a saída do estabelecimento e a entrega ao comprador (furto ou roubo externo).

Se o furto ou roubo como casos fortuitos ou de força maior não geram maiores dúvidas no plano do Direito Privado, já o mesmo não ocorre na esfera do Direito Tributário.

Segundo o art. 46, II, do CTN, materializa-se o fato gerador do IPI com a *saída do produto do estabelecimento industrial*, o que inegavelmente ocorre no caso do furto ou roubo externo.

Na esteira desse regramento, questiona-se: a saída do estabelecimento industrial cria a obrigação tributária de pagar o IPI em termos definitivos e irreversíveis, independentemente das ocorrências externas que podem afetar a operação mercantil ensejadora da saída?

Na situação dos autos, houve uma saída lícita, em tese, geradora da obrigação de pagar o IPI, diferentemente do que ocorreria se as mercadorias tivessem sido furtadas, ou roubadas, de dentro do estabelecimento fabricante. Não se trata, pois, de saída física criminosa, que não tipifica a hipótese de incidência tributária, mas de saída jurídica embasada em contrato de compra e venda mercantil, cuja entrega tornou-se impossível por fato alheio à vontade das partes.

Com base nesse raciocínio – tecnicamente bem estruturado –, o acórdão recorrido concluiu que é devido o IPI incidente sobre as mercadorias saídas dos estabelecimentos e posteriormente furtadas, antes da entrega ao comerciante comprador.

Essa orientação funda-se na constatação de que o fato gerador do IPI é a saída do estabelecimento industrial, de tal modo que eventos ocorridos posteriormente a esse momento não são suscetíveis de impedir, modificar ou extinguir a obrigação tributária, que já estaria constituída de modo definitivo e irreversível.

Com a devida vênia e as escusas de praxe, não me parece correta a conclusão por quatro razões:

(a) o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados;

(b) a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo, portanto, definitiva nos termos dos arts. 116, II e 117 do CTN;

(c) o furto ou roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Do contrário, além da perda da mercadoria - e do preço ajustado para a operação mercantil -, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal; e

(d) o furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a gradeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não-confisco.

Exploremos, com vagar, cada um desses argumentos.

A) O elemento material da hipótese de incidência do IPI:

A doutrina é hoje quase unânime em sustentar que o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Este é apenas o elemento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

GERALDO ATALIBA e CLEBER GIARDINO deixam claro que a saída do estabelecimento é apenas o elemento temporal da hipótese de incidência do IPI, não se confundindo com seu aspecto material, que são as operações translativas de propriedade e posse de produtos industrializados:

É, em princípio, hipótese de incidência do IPI o fato de um produto, sendo industrializado, sair de estabelecimento produtor, em razão de um negócio jurídico translativo da posse ou da propriedade do mesmo. Esta definição é jurídica e se despreocupa quer dos ângulos econômicos, do fenômeno

subjacente, quer da motivação do legislador ou seus desígnios. Analisemo-la: a) fato = acontecimento localizado no tempo e no espaço, que modifica a realizada das coisas, porque lhe acrescenta (ou suprime) algo nela existente; b) de um produto = produto é a coisa que se obtém como resultado de um processo de produção, processo esse que é real e concreto e se dá no mundo fenomênico, mas que - para efeito jurídico - deve ser legalmente qualificado; c) sendo industrializado = forma enfática de sublinhar que não é qualquer coisa que pode ser considerada produto industrializado, mas só o que, de acordo com a lei, resulta finalmente de uma série de operações mecânicas, físicas e concretas, que caracterizam a industrialização, tal como legalmente qualificada; d) sair = a saída não é a materialidade da hipótese de incidência. É meramente seu aspecto temporal. A saída é o momento qualificado pela lei como de consumação do processo concreto que redundou na obtenção (produção) do produto. É erro lógico e conceitual grave supor que "saída" seja hipótese de incidência de qualquer tributo. É mero aspecto temporal, quer do ICM (v. Souto Maior Borges, RDA 103), quer do IPI; e) do estabelecimento produtor = a essência da materialidade da hipótese de incidência do IPI está na dinâmica, em si, do fato de o produto sair de uma origem juridicamente qualificada: o "estabelecimento", onde ocorre o processo concreto (conjunto de operações mecânico-físicas) que redundou no produto final; f) em razão de um negócio jurídico = não é toda e qualquer saída que consuma - como o quer a lei - o processo industrial. Não é qualquer saída que faz presumir a conclusão do ciclo econômico, considerado pelo legislador como unidade fática materialmente tributável, mas só a saída de produto que tenha sido objeto de um negócio jurídico. (Hipótese de Incidência do IPI (Hipótese de Incidência do IPI *in* Revista de Direito Tributário n. 37, p. 04).

EDUARDO DOMINGOS BOTTALLO, no mesmo caminho, assim define a regra matriz de incidência do IPI:

O IPI incide sobre operações jurídicas praticadas com produtos industrializados. Nos termos da Constituição, ele deve ter por hipótese de incidência o fato de alguém industrializar produto e levá-lo para além do estabelecimento produtor, por força da celebração de um negócio jurídico translativo de sua posse ou propriedade.

(...)

Voltando ao ponto principal, reafirme-se, conforme já tivermos oportunidade de acenar linhas acima, que não basta ocorrer a industrialização de um produto, para que o IPI seja devido.

Por igual modo, é insuficiente que o produto industrializado saia do estabelecimento produtor.

Na verdade a obrigação de pagar IPI se aperfeiçoa apenas quando a saída do produto industrializado seja causada por um negócio jurídico.

(...)

Em resumo, o IPI só é devido quando ocorrer o fato de um produto industrializado sair do estabelecimento produtor (estabelecimento industrial ou a ele equiparado), em razão de negócio jurídico real ou ficto, translativo de sua posse ou propriedade. (Fundamentos do IPI, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 35, 37 e 38).

LEANDRO PAULSEN traz a seguinte observação:

Vale ressaltar, contudo, que se impõe a saída por força de uma “operação” com produto industrializado, como visto quando da análise da base econômica, ou seja, por força de um negócio jurídico. As saídas sem tal pressuposto não dão ensejo, a rigor, à incidência do IPI.

(...)

JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELLO afirma que, no IPI, a obrigação tributária decorre da realização de “operações” no sentido jurídico (ato de transmissão de propriedade ou posse), relativo a um bem anteriormente elaborado (esforço humano que consistiu numa transformação ou criação de uma nova utilidade). A obrigação consiste num “dar o produto industrializado”, pelo próprio realizador da operação jurídica. Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu trabalho pessoal, sua obrigação principal consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, que não decorra de encomenda específica do adquirente (Impostos Federais, Estaduais e Municipais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 5ª ed., p. 103-104).

MISABEL DERZI, ao rever e atualizar, à luz da CF/1988, a obra de ALIOMAR BALEEIRO, argumentou o seguinte:

A grande maioria dos doutrinadores entende inexistir fato jurídico tributário pela simples saída física dos produtos industrializados (fenômeno que também ocorre no ICMS). A operação que gera a saída do produto industrializado corresponde sempre a ato ou negócio jurídico translativo da posse ou da propriedade (Cf. Américo Masset Lacombe, “Imposto sobre Produtos Industrializados”, in RDT, vol. 27, p. 28, p. 117-119; Paulo de Barros Carvalho, “Imposto sobre Produtos Industrializados”, in Curso de Direito Empresarial, vol. II, p. 149-150). Registra com propriedade, José Roberto Vieira: “o IPI não só não grava a industrialização, como também não atinge diretamente os produtos industrializados, tributando, na verdade, as operações que têm por objeto produtos advindos de industrialização”. (Cf. IPI. A Regra-Matriz de Incidência, p. 73-74) (Baleeiro, Aliomar. Direito Tributário, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 340).

RUBENS GOMES DE SOUSA assevera que o IPI

(...) passara a ser sobre circulação de mercadorias em fase de produção, guardando identidade com o ICM, só que este, além de abranger a fase de produção, prossegue na fase subsequente de circulação mercantil. (O ICM, o ISS, o IPI e a Construção Civil *in* Revista de Direito Público n. 22, p. 291-309).

Para PÉRSIO DE OLIVEIRA LIMA:

(...) o IPI é um imposto que tem três características principais: a existência de um produto, a saída de um produto do estabelecimento produtor, e que esta saída seja causada por um negócio jurídico (Revista de Direito Tributário n. 7-8, p. 192-193).

Como a operação translativa da propriedade ou posse do produto industrializado é um fato complexo tanto no mundo fenomênico quanto na esfera jurídica, cabe à lei escolher um momento preciso no tempo, ao qual se atribui o efeito de constituir a relação jurídico-tributária.

Esse momento, que é o aspecto temporal do fato gerador, e não o próprio fato gerador, tanto poderia ser o do *inicio* da *tradição* da coisa quanto o do seu *término*, que ocorre quando a coisa é efetivamente entregue ao comprador.

ALBERTO XAVIER, em artigo doutrinário, traz ilustração importante de direito comparado. Segundo o autor, a opção pelo momento do término da operação foi, por exemplo, adotada pelos países da Comunidade Européia, que consideram ocorrer o fato gerador do imposto sobre valor agregado (IVA) no momento em que o produto é colocado à disposição do adquirente. Contrariamente, a lei brasileira optou por definir o momento temporal como aquele em que a tradição da coisa se inicia, pela saída da mesma do estabelecimento do vendedor.

A opção da lei brasileira, segundo ele, assenta-se na premissa, nem sempre efetivada no caso concreto, de que a operação iniciada tende a ser concluída, razão porque se justifica a antecipação do nascimento da obrigação tributária para um momento anterior à consumação definitiva da operação que consubstancia materialmente o fato gerador.

Para melhor elucidação, transcrevo excerto do estudo:

A opção pelo momento do término da operação foi, por exemplo, adotada pelos países da Comunidade Européia, que consideram ocorrer o momento temporal do fato gerador do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) no momento em que o produto é colocado à disposição do adquirente. Ao invés, a

lei brasileira optou por definir o momento temporal como sendo aquele em que a tradição da coisa se inicia, pela saída da mesma do estabelecimento do vendedor.

Esta opção da lei brasileira assenta na presunção, baseada na experiência, de que via de regra uma operação iniciada tende a ser concluída, pelo que se justifica a antecipação do nascimento da obrigação tributária para um momento anterior à consumação definitiva da operação em que o fato gerador consiste.

Nos sistemas que adotam o momento final da operação, os eventos fortuitos ou de força maior, como fruto ou roubo, ocorridos *medio tempore* entre o momento em que a tradição se iniciou e o momento em que a tradição se deveria concluir impedem a própria constituição da obrigação tributária, uma vez que o fato gerador só ocorrerá com a colocação dos bens à disposição do comprador, fato este tornado impossível pelos casos fortuitos ou de força maior.

Ao invés, nos sistemas como o brasileiro que adotam como momento temporal do início da operação - a saída do estabelecimento do vendedor - a obrigação tributária constitui-se imediatamente, pelo que os eventos fortuitos ou de força maior ocorridos *medio tempore* entre o início e o fim da operação não tem o condão de impedir o nascimento da obrigação tributária, que já se encontra constituída desde o momento em que a tradição se iniciou.

Tudo esta, pois, em saber se os eventos fortuitos ou de força maior que frustram a conclusão da operação tributável, impossibilitando o cumprimento da obrigação do vendedor e, conseqüentemente, exonerando o comprador da sua própria obrigação, são totalmente irrelevantes para efeitos tributários (como e orientação tradicional do Fisco), ou se, pelo contrario, podem influenciar de qualquer modo a referida obrigação, atendendo a circunstancia de não se ter completado a operação tributável.

O equívoco da posição do Fisco esta em ter confundido o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador em si mesmo considerado. A saída do estabelecimento do industrial e, sem duvida, o momento temporal do fato gerador, mas não se confunde com este, posta este ultimo consistir, nos termos da Constituição, em operações translativas de propriedade ou posse de produtos industrializados. ("O Furto e o Roubo de Produtos face ao IPI" in Dimensão Jurídica do Tributo, São Paulo: Editora Meio Jurídico, 2003, p. 103-104).

O equívoco da posição fazendária, no meu sentir, está em ter confundido o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

PAULO DE BARROS CARVALHO traduziu, com precisão, esse equívoco comum de confundir o elemento material da hipótese de incidência tributária como o aspecto temporal do fato gerador:

São muitas as ocasiões em que o legislador assevera que a hipótese de incidência da exação é aquilo que denominamos critério temporal do suposto normativo. Com o emprego de circunlóquios, escolhe um momento, topicamente determinado, para situar, no tempo, a inauguração do vínculo jurídico patrimonial.

Fixemos a vista nas disposições dos artigos do Código Tributário Nacional e naquele do Decreto-Lei n. 406/1968, que transcrevemos acima. Veremos que, a pretexto de mencionarem o fato, separam um instante, ainda que o momento escolhido se contenha na própria exteriorização da ocorrência. Não passa contudo de uma unidade de tempo, que se manifesta, ora pela entrada de produtos estrangeiros no território nacional (imposto de importação), ora pela saída (imposto de exportação); já pelo desembaraço aduaneiro, por deixar o produto industrializado o estabelecimento industrial ou equiparado, ou pelo ato de arrematação, tratando-se daqueles apreendidos ou abandonados e levados a leilão (IPI), seja pela saída de mercadorias dos estabelecimentos, seja pela entrada ou fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares (Curso de Direito Tributário, São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p. 175).

O sistema nacional, valendo-se da presunção de que o negócio jurídico mercantil será concluído com a entrega da mercadoria ao comprador, antecipou o elemento temporal do fato gerador do IPI para a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado (art. 46, II, do CTN).

Essa antecipação, todavia, não torna definitiva a ocorrência do fato gerador. A presunção de que o negócio jurídico mercantil será concluído com a entrega do produto ao adquirente não é absoluta, podendo ser ilidida se houver o desfazimento do negócio, seja por furto, roubo ou perecimento da coisa ou, mesmo, por desistência do comprador.

Nesse último caso – desistência do comprador – o Decreto n. 4.544/2002 (Regulamento do IPI) deixa claro que o imposto não incide, devendo o vendedor creditar-se de valor igual ao do imposto escriturado pela saída, como forma de anular a operação na própria escrita fiscal, como se depreende do seguinte dispositivo:

Art. 163. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo.

§ 1º *O direito ao crédito é também atribuído para anular o débito do imposto referente a produtos saídos do estabelecimento e a este devolvidos ou retornados.*

A norma em destaque, ao permitir ao vendedor creditar-se do mesmo valor do imposto escriturado por ocasião da saída para anular contabilmente a operação, deixa claro que a saída do produto do estabelecimento não constitui definitivamente a obrigação tributária do IPI.

Ora, não há diferença substancial entre o desfazimento do negócio jurídico por desistência do comprador – o que permite a anulação do imposto escriturado na saída – e o furto de mercadoria antes da entrega – caso em que a Fazenda defende a incidência do IPI.

Poder-se-ia argumentar que, no primeiro caso, haverá o retorno do produto ao estabelecimento fabricante, o que possibilitará futura incidência tributária, com o respectivo recolhimento do tributo, não havendo prejuízo ao erário.

O raciocínio é correto, mas não justifica tratamento tributário diferenciado, por tratar-se de argumento extra ou metajurídico. Ontologicamente, não há diferença entre uma hipótese e outra, pois o negócio jurídico subjacente à saída da mercadoria do estabelecimento produtor, nos dois casos, não foi concluído, um por vontade do comprador, e o outro por fatos totalmente alheios à vontade das partes contratantes.

Em raciocínio também metajurídico, há muito mais razão em não se tributar operação desfeita por furto da mercadoria, por tratar-se de caso fortuito e alheio à vontade das partes, do que a operação não concluída porque uma das partes resolveu desistir do negócio.

Poder-se-ia argumentar que o desfazimento da operação por desistência do comprador é facilmente apurada pelos agentes fiscais, já que a mercadoria regressa ao estabelecimento industrial, amparada inclusive por nova nota fiscal de entrada, como determina a legislação de regência, enquanto no caso de furto ou roubo de mercadoria o controle fiscal fica prejudicado, o que abriria porta larga para as mais diversas fraudes tributárias.

Esse argumento também não pode justificar o tratamento tributário diferenciado, já que o desfazimento do negócio por desistência do comprador em tudo se equipara ao desfazimento por furto da mercadoria, pois ambos traduzem vicissitudes que podem acometer o negócio mercantil após a celebração do contrato e a saída da mercadoria do estabelecimento industrial.

Em outras palavras, a eventual dificuldade que os agentes fiscais terão para fiscalizar as situações de furto e roubo, não justifica o tratamento tributário diferenciado.

Em conclusão: o *aspecto material* da hipótese de incidência do IPI não é a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, mas o negócio jurídico translativo da posse ou propriedade de produtos industrializados. Assim, não incide o imposto quando mercadorias são furtadas antes da entrega ao comprador, já que, nesse caso, não se perfectibiliza a tradição como ato jurídico translático do domínio, desaparecendo o negócio jurídico que rendeu ensejo à saída do produto do estabelecimento fabricante.

Havendo o furto antes da tradição, a saída perde a sua causa jurídica, ressoando ilegítima a incidência do imposto sobre saídas exclusivamente físicas.

O furto da mercadoria tem por efeito frustrar a sua destinação rumo ao consumo. Embora a pretensão do contribuinte tenha sido a de efetuar uma saída em direção ao consumo, realizando o fato gerador, algo que estava fora de sua esfera volitiva ocorreu, impedindo que a destinação fosse alcançada. Houve, assim, uma saída física, já que frustrada a operação e desfeito o negócio jurídico que impulsionava a mercadoria para o consumo, não havendo base de imposição para o IPI.

B) O elemento temporal da hipótese de incidência do IPI:

Como visto, a saída do produto do estabelecimento fabricante – *elemento temporal* da hipótese de incidência – não constitui definitivamente a obrigação tributária do IPI, já que casos há, como na desistência do comprador, em que o imposto não incide justamente por desfazimento do negócio jurídico subjacente.

Não há razão que justifique tratamento tributário diferenciado na hipótese de furto ou roubo da mercadoria, pois nesses casos também ocorre o desfazimento do negócio jurídico base.

O aspecto material da hipótese de incidência do IPI, como já afirmado, são as operações que transferem a propriedade ou posse de produtos industrializados, não incidindo o imposto quando tais operações são interrompidas ou frustradas.

O art. 116, II, do CTN, ao tratar do momento de ocorrência do fato gerador, confirma a tese quando enuncia:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Não há dúvida, o fato gerador do IPI é uma situação jurídica, já que consubstanciado por meio de operações (jurídicas obviamente) translativas da propriedade ou posse de produtos industrializados.

Consoante a disposição normativa em destaque, quando o fato gerador consistir em situação jurídica, considera-se ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”.

O negócio jurídico translativo da propriedade ou posse de produtos industrializados é uma operação complexa e somente se aperfeiçoa com a tradição, real ou ficta, da mercadoria negociada. Antes da entrega da mercadoria ao comprador, diz-se que a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento fabricante não é definitiva, mas está sujeita a condição resolutória, especificamente, a ocorrência do negócio jurídico subjacente.

Por tratar-se de condição resolutiva, e não suspensiva, a saída do produto do estabelecimento industrial produz, desde já, os seus efeitos, impondo ao vendedor, por exemplo, a emissão de nota fiscal de saída para instrumentar a operação de circulação.

Eis o que dispõe o art. 117 do CTN:

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Nos casos em que a entrega do produto é posterior à sua saída do estabelecimento industrial, o fato gerador considera-se ocorrido desde o momento em que deixa a sede do estabelecimento fabricante, mas não é definitivo, já que sujeito a uma condição que pode “resolver”, ou extinguir, o vínculo obrigacional tributário nascido de forma antecipada e presumidamente.

ALBERTO XAVIER, com base em fundamentos similares, concluiu que as operações interrompidas, frustradas ou inacabadas não geram a obrigação de pagar o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, *verbis*:

Ora, operações translativas de propriedade ou posse de produtos industrializados são, por definição, operações completadas, concluídas e não operações interrompidas, frustradas, inacabadas.

Que as operações a que a Constituição se refere são, por natureza, operações concluídas, concretizadas e acabadas, resulta do fato de só no momento em que se concretiza a posse o adquirente fica definitivamente obrigado ao pagamento do preço do produto adquirido, preço esse com cujos recursos o vendedor efetuará o recolhimento do imposto que lançou a débito, e preço esse em cujo valor se inclui o imposto que o adquirente lançará a crédito.

Que o fato gerador do IPI exige que as operações se tenham concluído e acabado resulta ainda do inciso II do art. 116 do CTN segundo o qual: "salvo disposição de lei em contrario, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...) II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável". Ora, nas operações tributáveis pelo IPI, a situação jurídica não se encontra definitivamente constituída enquanto a tradição da coisa não se completa pela sua colocação a disposição do adquirente.

(...)

O fato de o sistema constitucional brasileiro conceber o fato gerador do IPI como a realização de operações relativas a transferência de propriedade ou posse de bens concluídas e acabadas, ou seja definitivamente constituídas nos termos do art. 116 do CTN, aliado a circunstância de a lei ter escolhido, também ao abrigo da ressalva do art. 116, o início da operação como momento temporal constitutivo da obrigação tributaria, obriga logicamente o legislador a ditar uma solução para as hipóteses de operações não concluídas, mas em relação as quais a obrigação tributaria já se constituiu (...).

(...)

Esta solução consiste em tratar a obrigação tributaria nascida em virtude de um fato gerador não definitivamente constituído como uma *obrigação sujeita a condição resolutiva*, pela qual os seus efeitos são destruídos retroativamente caso a operação, após iniciada, não se venha a constituir definitivamente pela sua interrupção ou frustração *medio tempore*.

Da mesma forma que a lei constrói certas obrigações tributarias como sujeitas a *condição suspensiva* - como sucede nos casos de suspensão do imposto na saída de um produto para estabelecimento do próprio vendedor - assim também constitui outras situações como obrigações sob *condição resolutiva*, como sucede nos casos em que a obrigação se constitui imediatamente no momento da saída (fato gerador pendente), mas se extingue *de jure* no caso de a operação subjacente, em que o fato gerador consiste, se não tenha completado.

Exemplo característico de obrigação tributaria sob condição resolutiva e o de devolução ou retorno total ou parcial de produtos tributados em que a lei (Lei n. 4.502/1964, art. 30; art. 150 do RIPI/98) permite ao estabelecimento industrial *creditar-se do imposto* lançado por ocasião da saída.

Significa isto que a lei considera que inobstante ter ocorrido a saída do estabelecimento industrial e, por conseguinte, se ter constituído a obrigação tributaria, *ex vi* de fato gerador pendente, a mesma se extingue em razão da

devolução da mercadoria pelo comprador, em razão de operação ou não concluída, ou concluída mas desfeita, mas, em qualquer caso, não definitivamente constituída, nos termos do art. 116, II do CTN.

Ora, se a não ocorrência ou desfazimento de operação completa e acabada em razão da vontade de uma ou de ambas as partes produz a extinção da obrigação tributaria, não se vê qualquer razão que conduza a solução diversa caso o evento interruptivo seja um fato alheio a vontade das mesmas, como o caso fortuito ou força maior, de que o furto ou roubo são exemplos.

Na hipótese de casos fortuitos ou de força maior, ocorridos após a saída do estabelecimento industrial, a situação jurídica não se constitui definitivamente, nos termos do art. 116, II do CTN, não se verificando o requisito essencial a existência do fato gerador do IPI completo e acabado, que é a conclusão da operação pela tradição efetiva da coisa (*O Furto e o Roubo de Produtos Face ao IPI in Dimensão Jurídica do Tributo*, Coord. Edvaldo Brito e Roberto Rosas, São Paulo: Editora Meio Jurídico, 2003, p. 104-106).

GUILHERME CEZAROTI adota posição similar:

O art. 116, inciso II do CTN, quando dispõe “salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos: (...) II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”, exige que as operações estejam concluídas para a incidência do tributo, o que, no caso do IPI, somente ocorre com a colocação do produto industrializado à disposição do adquirente.

A saída do produto industrializado do estabelecimento do vendedor é um fato definido pelo art. 105 do CTN, ou seja, o início da ocorrência do fato imponible, mas não é a conclusão da operação exigida pelo art. 116, inciso II, do CTN. Somente com a colocação dos produtos industrializados à disposição do adquirente é que a operação se conclui.

(...)

O art. 117 do CTN prevê a possibilidade de fatos imponíveis que expressem negócios jurídicos sujeitos a condições suspensivas ou resolutivas. Negócio jurídico sujeito a condição é aquele cujo efeito é subordinado a evento futuro e incerto, nos termos do art. 114 do Código Civil.

Quando a condição é suspensiva, o negócio jurídico torna-se perfeito e acabado quando a condição se torna efetiva, isto é, quando se verifica a ocorrência da condição. Isto ocorre, por exemplo, com os produtos remetidos ao estabelecimento industrial, ou equiparado a industrial, a depósitos fechados ou armazéns-gerais (art. 11 do Decreto-Lei n. 400/1968; art. 40 do RIPI).

Se a condição for resolutiva, o negócio jurídico se torna perfeito quando ele é celebrado, ou seja, a obrigação tributária se constitui quando da saída do produto industrializado do estabelecimento do industrial, mas deverá se extinguir se a

operação não se completar. A devolução de produtos industrializados tributados é um exemplo disto, quando o estabelecimento industrial poderá se creditar do imposto lançado por conta da saída (art. 30, Lei n. 4.502/1964; art. 150, RPI).

Percebe-se que, na hipótese em que houver a devolução total dos produtos industrializados, haverá a extinção do crédito tributário em razão do creditamento do imposto relativo a produtos tributados recebidos em devolução ou retorno, ou seja, a obrigação tributária é extinta em razão da vontade de uma das partes.

Na hipótese de furto ou roubo dos produtos industrializados após a sua saída do estabelecimento industrial, não ocorre a conclusão da operação exigida, pelo art. 116, II, do CTN, o que autorizaria a extinção da obrigação tributária mediante o creditamento do IPI relativo a estes produtos (*O Furto e o Roubo Diante da Legislação do IPI in Revista Dialética de Direito Tributário n. 79, abril/2002, São Paulo: Dialética, p. 54-55*).

HUMBERTO ÁVILA, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, também ostenta a opinião de que a saída do produto do estabelecimento industrial constitui, sob condição resolutória, a obrigação tributária do IPI, que somente se concretiza quando perfectibilizado o negócio jurídico, com a tradição da coisa e a transferência do domínio.

Cito o seguinte fragmento do texto:

2.2.4. O artigo 116 do mesmo Código prevê que o fato gerador considera-se ocorrido, “tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituído nos termos do direito aplicável”. Desse modo, se o fato gerador envolver um negócio jurídico, ele somente ocorrerá quando, ele somente ocorrerá quando os seus requisitos, de acordo com o Direito Privado, forem concretizados, não antes.

2.2.5. Ora, considerando que, no plano constitucional, ficou assentado que a União Federal só tem competência para tributar os negócios jurídicos translativos da propriedade de produtos industrializados, indicativos de capacidade econômica e capazes de fazer com que o sujeito passivo seja responsável pela carga tributária gerada na operação que deu causa e possa repassá-la ao consumidor, e se é preciso, de acordo com o Código Tributário Nacional, que o fato ocorrido seja suficiente ao nascimento da obrigação tributária, e o fato gerador, quando envolver um negócio jurídico, somente ocorre quando os seus requisitos legais estiverem presentes, só surgirá o fato gerador do imposto sobre produtos industrializados quando se perfectibilizar o negócio jurídico bilateral e oneroso.

2.2.6. Como já visto, a transferência de propriedade só ocorre quando o produto for entregue pelo vendedor ao comprador (artigo 1.122 do Código Civil, hoje no artigo 481 do Novo Código Civil), não antes. Por consequência, de

acordo com a parte geral do Código Tributário Nacional, a lei ordinária federal só poderá considerar como momento da ocorrência do fato gerador do produto industrializado o momento da translação da propriedade do bem. (IPI. Furto e Roubo de Mercadoria. Exame da Existência de Competência e de Exercício de Competência. Intributabilidade das Meras Saídas Físicas a Título de IPI *in* Revista Dialética de Direito Tributário n. 171, dezembro de 2009, São Paulo: Dialética, p. 160).

Como visto, sob a ótica do *elemento material* da hipótese de incidência tributária, não incide o IPI quando as mercadorias, saídas do estabelecimento industrial, são furtadas antes da tradição ao comprador, pois, não concluído o negócio jurídico subjacente à circulação física do produto industrial, não ocorre qualquer “operação translática da propriedade ou posse de produtos industrializados”, justamente o fato gerador da exação.

Igualmente, sob o prisma do *elemento temporal*, também não incide o imposto. O fato gerador do IPI é uma situação jurídica – operação que transfere a propriedade ou posse de produto industrial –, que somente se aperfeiçoa com a tradição do bem negociado ao respectivo comprador. Nesses termos, a saída do produto do estabelecimento fabricante desencadeia a incidência tributária sob condição resolutória do aperfeiçoamento do negócio jurídico subjacente, sem o que a circulação da mercadoria será apenas física, e não jurídica, como exige a legislação de regência.

Também por esse argumento, concluo que o IPI não incide sobre operações com produtos industrializados não concluídas por furto das mercadorias antes da entrega ao comprador.

C) O princípio da não cumulatividade:

Por imposição constitucional, o IPI deve ser seletivo, *não cumulativo* e não poderá incidir sobre produtos industrializados, destinados ao exterior. Esses são os *limites mínimos* a serem respeitados pelo legislador infraconstitucional.

Para JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, a não-cumulatividade é um princípio constitucional dos mais importantes para a ordem econômica e tributária, pois sua supressão causaria sensível abalo nas relações de consumo, na produção de bens e na prestação de serviços, com evidentes reflexos até mesmo nas relações de emprego.

Nesse sentido, veja-se o seguinte fragmento de sua obra:

No caso da não-cumulatividade, a sua supressão abalaria de maneira profunda a estrutura econômica sobre a qual foi organizado o Estado. Constituído-se num sistema operacional destinado a minimizar o impacto do tributo sobre os preços dos bens e serviços de transportes e de comunicações, a sua eliminação os tornaria artificialmente mais onerosos. Caso fosse suprimida, a cumulatividade tributária geraria um custo artificial indesejável aos preços dos produtos e serviços comercializados. Esses preços estariam totalmente desvinculados da realidade da produção e da comercialização. Isto, evidentemente, oneraria sobremaneira o custo de vida da população. De outra parte, encareceria também o processo produtivo e comercial, reduzindo os investimentos na produção e na comercialização de produtos e serviços, em face do aumento de custos ocasionado por esse artificialismo tributário oriundo da cumulatividade.

(...)

A não cumulatividade tributária, de fato, é um princípio jurídico constitucional. É um comando normativo repleto de valores extraídos dos anseios da sociedade constituída e permeado de forte conteúdo axiológico. (...) esse princípio constitucional deve necessariamente ser observado à luz do Direito, não resta dúvida. Assim, tratando-se basicamente de uma operação matemática, como se verá, haveremos de encontrar no interior da Constituição Federal seu conteúdo jurídico ("A Não-Cumulatividade Tributária - ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS", São Paulo: Dialética, 2004, p. 100-101).

Como princípio constitucional, fundamental à ordem econômica e tributária, não pode ser desconsiderado pela legislação ordinária ou por interpretações que apequenem a sua real importância.

O Regulamento do IPI vigente à época dos fatos (Decreto n. 2.637/1998), no art. 174, V, impunha o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos quando houvesse furto ou roubo de produtos industrializados.

Eis a redação do dispositivo:

Art. 174. Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto (Lei n. 4.502, de 1964, art. 25, § 3º, Decreto-Lei n. 34, de 1966, art. 2º, alteração 8º, e Lei n. 7.798, de 1989, art. 12):

V - relativo a matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e quaisquer outros produtos que hajam sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma sorte;

O atual Regulamento do IPI (Decreto n. 4.544/2002), traz redação semelhante, *verbis*:

Art. 193. Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto (Lei n. 4.502, de 1964, art. 25, § 3º, Decreto-Lei n. 34, de 1966, art. 2º, alteração 8ª, Lei n. 7.798, de 1989, art. 12, e Lei n. 9.779, de 1999, art. 11):

IV - relativo a matérias-primas, produtos intermediários, e quaisquer outros produtos que hajam sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma sorte;

A norma regulamentar – seja a antiga ou a nova – disciplina, de maneira muito clara, que o crédito de entrada, relativo às matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem utilizados na industrialização devem ser estornados da escrita fiscal sempre que o produto final venha a ser furtado, roubado, inutilizado ou deteriorado.

Se a legislação determina a anulação do crédito de entrada é porque não há o correspondente débito de saída, sob pena de injustificável lesão ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

A aceitar-se a tese fazendária, será o contribuinte posto em situação “kafkiana”: perderá não só a mercadoria e o preço ajustado para o negócio mercantil, como estará obrigado a recolher o imposto sobre operação não concluída e a estornar o crédito de entrada relativo aos insumos utilizados no processo industrial. Nada mais assustador.

A regra do art. 174, V, do RIPI encontra fundamento de validade no § 3º do art. 25 da Lei n. 4.502/1964, que enuncia o seguinte:

Art. 25. A importância a recolher será o montante do imposto relativo aos produtos saídos do estabelecimento, em cada mês, diminuído do montante do imposto relativo aos produtos nele entrados, no mesmo período, obedecidas as especificações e normas que o regulamento estabelecer.

§ 1º. O direito de dedução só é aplicável aos casos em que os produtos entrados se destinem à comercialização, industrialização ou acondicionamento e desde que os mesmos produtos ou os que resultarem do processo industrial sejam tributados na saída do estabelecimento.

§ 3º. O Regulamento disporá sobre a anulação do crédito ou o restabelecimento do débito correspondente ao imposto deduzido, nos casos em que os produtos adquiridos saiam do estabelecimento com isenção do tributo ou os resultantes da industrialização estejam sujeitos à *alíquota zero, não estejam tributados ou gozem de isenção*, ainda que esta seja decorrente de uma operação no mercado interno equiparada a exportação, ressalvados os casos expressamente contemplados em lei (Redação dada pela Lei n. 7.798/1989 - original sem grifos).

Segundo o dispositivo, o crédito de entrada relativo aos insumos somente será anulado quando o produto final for isento, não tributado ou sujeito à alíquota zero. Pelo princípio da estrita legalidade, não pode o Regulamento impor o estorno do crédito de entrada fora dessas três situações taxativas.

Como só uma dessas situações – isenção, não tributação e alíquota zero – justifica a anulação do crédito de entrada, faz-se necessário que o furto ou roubo da mercadoria esteja incluído em uma delas, sob pena de indistintamente ilegalidade do Regulamento.

O furto de mercadorias saídas do estabelecimento industrial não é causa de isenção nem de alíquota zero. Sobra, portanto, a não tributação. Nesses termos, ou se considera o furto uma causa de não tributação do produto final ou o estorno do crédito de entrada é ilegítimo, já que não amparado pela regra do art. 25, § 3º, da Lei n. 4.502/1964.

HAMILTON DIAS DE SOUZA, por meio de parecer elaborado justamente para o caso de furto de cigarros, examinou com acurácia a questão, *verbis*:

Note-se, inicialmente (...) que são três os casos em que o crédito deve ser anulado: alíquota zero, isenção ou quando o produto não é tributado, ressalvados os casos expressos em lei. Os três casos guardam uma simetria de razões: evitar distorções na aplicação do princípio da não-cumulatividade e, por consequência, uma distorção quanto à capacidade contributiva e ao princípio da igualdade. Entende-se, nesse contexto cerrado, o disposto no art. 174, inciso V, do RIPI/98.

De fato, para que tal dispositivo regulamentar esteja realmente amparado no § 3º do artigo 25 da Lei n. 4.502/1964 (com as alterações do DL n. 34/1966 e da Lei n. 7.798) é necessário que o produto resultante da industrialização e que tenha sido objeto de roubo esteja incluído em uma das três situações: seja isento, esteja submetido a uma alíquota zero ou represente um caso de não-tributação. Só uma dessas três situações justifica a anulação dos créditos de IPI, fundamentada nessa regra legal. Como é certo que o roubo – assim como as demais hipóteses contidas nesse inciso (furtados, inutilizados e deteriorados) – não está prevista legalmente como isenção ou submissão à alíquota zero, resta o caso de não-tributação.

Portanto, podemos dar como certo que o estorno dos créditos das matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem utilizados em produtos roubados, determinado no inciso V do artigo 274 do RIPI/98, deve-se ao fato do roubo ser um caso de não-tributação.

Ademais, a conclusão de que o estorno de créditos deve ser realizado em caso de roubo do produto industrializado por esse ser um caso de não-tributação faz todo sentido dentro do sistema que formam as normas do IPI. Com efeito, guarda

coerência com o princípio da não-cumulatividade. Na verdade, tal entendimento é uma decorrência da correta aplicação do mesmo.

(...)

Ora, não fosse o roubo um caso de não-tributação, a obrigação de estornar os créditos obtidos com a entrada de insumos para produção do bem roubado representaria uma brutal cumulatividade. Isso é fácil de perceber por meio de um simples exemplo, no qual tomaremos, para facilitar a compreensão, uma alíquota única de 10% para todos os produtos.

Suponhamos, então, que, para produção de um determinado produto, foram adquiridos diversos insumos no valor total de \$ 700,00, tributados pelo IPI, gerando um crédito no valor de \$ 70,00. Na saída do produto industrializado, no valor de \$ 1.000,00, ocorre nova incidência do IPI, no valor de \$ 100,00. Devido à regra de não-cumulatividade e à sistemática de créditos e débitos, tal suposto contribuinte contraporaria seu débito de \$ 100,00 ao crédito de \$ 70,00, gerando um imposto a recolher de \$ 30,00. Somando-se esse recolhimento de \$ 30,00 ao recolhimento anterior de \$ 70,00, realizado pelos fornecedores, teremos um total de \$ 100,00, recolhido em toda a cadeia. Perceba-se que tal quantia representa exatamente a aplicação da alíquota de 10% sobre o valor final do produto (10% de \$1.000,00 = \$ 100,00).

(...)

O recolhimento total será, como dito, de \$ 70,00 + \$ 30,00, chegando a \$ 100,00.

Agora, imaginemos a hipótese de o produto final vir a ser roubado. Incidindo a regra do art. 174, inciso V, do RIPI/98, os créditos referentes aos insumos adquiridos devem ser estornados. Perdem-se, assim, os créditos no valor de \$ 70,00. Caso persistisse a tributação devido a uma saída ocorrida por roubo, haveria nova incidência do IPI, passando a ser devida a quantia de \$ 100,00. Como não existiram créditos, dado que estornados, somar-se-iam os recolhimentos de \$ 70,00 e de \$ 100,00, gerando \$ 170,00 de imposto a pagar na cadeia de produção, superando os \$ 100,00 que seriam a incidência da alíquota de 10% sobre a base de cálculo \$ 1.000,00, do produto final.

(...)

Na primeira hipótese não ocorre cumulatividade do imposto, pois, como foi verificado, a somatória da carga tributária em todo o ciclo econômico equivale à aplicação da alíquota na última operação. Já na segunda situação imaginada, está presente uma elevada cumulatividade, já que as incidências foram em cascata, fazendo com que o imposto da operação anterior virasse um custo para o produtor, inserindo-se no valor do produto final e, dessa forma, compondo a base de cálculo do próprio IPI (incidência do IPI sobre ele próprio). Daí a carga tributária de toda a cadeia superar o valor do imposto incidente sobre o último elo da circulação.

Logo, essa última hipótese geraria a esdrúxula situação em que uma empresa é roubada/furtada, perde os seus bens antes que cheguem à destinação, devendo, não obstante, pagar IPI e ver anulado os créditos dos insumos correspondentes. Além de ser prejudicada com a perda gerada pelo roubo, ela ainda seria quase que punida por uma cumulatividade que não ocorreria sem o roubo.

(...)

Pelo exposto até aqui, vê-se que, a toda evidência, o artigo 174, inciso V, do RIPI/98 existe justamente porque o legislador partiu do correto pressuposto que não haverá recolhimento de IPI em casos de roubo, o que seria uma razão, ao seu ver, para anular os créditos dos insumos. (Roubo de Cigarros - Produto Industrializado - após Saída do Estabelecimento do Industrial: Há incidência de IPI? Análise de AI da Souza Cruz, p. 04-11)

A tese fazendária – de que a regra do art. 174, V, do Decreto n. 2.637/1998 (atual art. 193, V, do Decreto n. 4.544/2002) somente se aplica ao caso de furto ou roubo de mercadorias nas dependências internas do próprio estabelecimento industrial – não encontra amparo nas regras de hermenêutica.

Se procedermos a uma interpretação literal, não há no dispositivo qualquer restrição que permita se inferir que o estorno do crédito somente se opera quando o furto ou roubo ocorre dentro do próprio estabelecimento. A clareza da regra não comporta a interpretação restritiva proposta pela Fazenda.

Ademais, se recorremos à interpretação sistemática e teleológica da norma, veremos que ela é plenamente compatível com tudo que até aqui foi dito.

O elemento material da regra matriz de incidência do IPI é a operação translativa de propriedade ou posse de produtos industrializados, que não se aperfeiçoa antes da tradição. Assim, furtadas as mercadorias antes da entrega ao comprador, desaparece o elemento material da norma de tributação, de modo que, não havendo imposto a pagar, deverá ser anulado, proporcionalmente, o crédito de entrada relativos aos insumos empregados na atividade industrial.

Já o elemento temporal da hipótese de incidência é a saída do produto do estabelecimento industrial, quando nasce a obrigação tributária de pagar o IPI sujeita à condição resolutória, especificamente, o aperfeiçoamento do negócio jurídico base que ensejou a circulação física da mercadoria. Concretizada a operação, núcleo material da hipótese de incidência, torna-se definitiva a obrigação tributária. A circulação, que era apenas física, torna-se também jurídica e econômica, justificando a incidência do imposto. O furto do produto antes da entrega interrompe este ciclo, retira a causa jurídica da circulação e impede que a condição resolutória se concretize, extinguindo a obrigação

tributária prematuramente nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial. Não incidindo o imposto pela saída, deve ser estornado o crédito de entrada escriturado na aquisição dos insumos necessários à industrialização.

HAMILTON DIAS DE SOUZA, no parecer já citado, rechaçou a tese fazendária - de que a regra do art. 174, V, do RIPI/98 somente se aplicaria ao furto realizado dentro do próprio estabelecimento industrial -, como se observa do seguinte fragmento que transcrevo:

E deve ser destacado: qualquer roubo, realizado não importa em qual momento e nem tampouco se ele ocorreu dentro ou fora do estabelecimento industrial, pois onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete fazê-lo (*ubi lex non distinguit nec distinguere debemus*).

Realmente, a regra determina a anulação do crédito sem fazer qualquer ressalva do local ou do momento em que ocorreu o roubo. Não há um tratamento diferenciado previsto em lei, no sentido de a anulação só ser exigível quando o roubo ocorrer no interior do estabelecimento do industrial, permitindo a manutenção do crédito se ele se dá no exterior. A regra é clara: houve o roubo, impõe-se o estorno do crédito dos insumos.

(...)

Ora, se não cabe uma distinção entre roubos ocorridos dentro ou fora do estabelecimento industrial, para fins de estorno do crédito, também não cabe tal diferenciação quanto à não-tributação, eis que é ela o próprio fundamento da validade da regra do estorno. Diferenciar roubos ocorridos dentro e fora do estabelecimento, para pretender gerar diferentes consequências quanto à tributação - não tributação naquela e tributação nessa - fere, portanto, a própria prescrição contida no art. 174, inciso V, dado que tal diferenciação não consta dele.

(...)

Entendemos, portanto, que o IPI não incide quando há roubo de produtos industrializados, seja ele realizado dentro ou fora do estabelecimento produtor, pois não ocorre, em tais situações, o fato gerador do IPI, que consiste não na simples saída, mas sim na saída que impulsiona o produto rumo ao consumo, algo que não chegou a se materializar, devido ao roubo (*Op. cit.* p. 11, 12, 30 e 31).

ALBERTO XAVIER também examinou a questão, como se vê desse trecho de sua obra já citada:

A solução exigida pelo sistema da lei não pode deixar de ser simétrica à das vendas canceladas por devolução ou retorno das mercadorias, ou seja, a extinção *de jure* com efeitos retroativos da obrigação tributária já nascida, embora com

a precariedade e provisoriedade inerente a pendência da condição resolutive consistente na consumação da operação tributável.

A modalidade técnica pela qual se opera a extinção retroativa da obrigação tributária consiste em, ao invés de se proceder á devolução em dinheiro do imposto entretanto devido e recolhido (debitado), se atribuir um crédito de igual valor suscetível de compensação.

Esta solução encontra-se, aliás, implicitamente reconhecida pelo art. 174, V, do RIPI/98, segundo o qual será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto: (...) V - relativo a matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e quaisquer outros produtos que hajam sido furtados ou roubados, inutilizados ou deteriorados ou, ainda, empregados em outros produtos que tenham tido a mesma sorte”.

Com efeito, o estorno dos créditos é consequência lógica da extinção retroativa da obrigação tributária em virtude de a operação tributável não se ter definitivamente constituído.

É precisamente porque a operação jurídica de transferência de posse ou domínio de produto industrializado não se concluiu, não dando lugar a débito (ou o que é o mesmo, dando lugar a débito, anulado ou compensado por crédito do imposto) que devem ser estornados os créditos relativos à aquisição de *inputs* utilizados na sua produção.

Note-se que a solução da lei é lógica e racional, pois da uma disciplina jurídica unitária para todos os eventos fortuitos ou de força maior (inutilização, deterioração, furto ou roubo) e quer tais eventos tenham ocorrido no interior do estabelecimento antes da saída ou no exterior do mesmo, a caminho do destinatário.

Na verdade, em nenhuma dessas hipóteses ocorre uma operação posterior tributada, pelo que os créditos devem ser anulados. Pretender anulação ou estorno dos créditos e simultaneamente exigir o debito por operações de saída não concluídas em virtude de superveniência de caso fortuito ou de força maior seria solução incompatível com o principio da não-cumulatividade, já que ou se exige o debito do imposto e, nesse caso, os créditos devem ser mantidos ou se determina, como faz a lei, o estorno dos créditos, o que envolve necessariamente considerar como também anulado o debito da operação subsequente.

Veja-se o que se passa com o caso análogo dos produtos devolvidos ou retornados, em relação aos quais a lei determina sempre a anulação retroativa da operação pelo método do crédito do imposto.

Quanto a estes a lei não ordena o imediato estorno dos créditos dos *inputs*, pois o produto devolvido pode ser objeto de uma nova operação definitivamente completada, caso em que o crédito do imposto será desconsiderado e efetivamente utilizados os créditos dos *inputs*. O estorno dos créditos dos *inputs* apenas ocorrerá quando os bens devolvidos não devam ser objeto de nova saída tributada, ou seja, uma vez constatada “a impossibilidade de ser dada nova saída

ao produto em operação tributável” (art. 174, VI do RIPI/98 e Parecer Normativo n. 29/80, item n. 05).

A solução que decorre do sistema da lei e, na verdade, aquela que melhor se ajusta, quer a considerações de equidade, quer ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Com efeito, correndo os riscos da coisa por conta do proprietário, faz sentido que ele arque com o ônus do imposto relativo a aquisição dos insumos quando estes ou o produto acabado forem objeto de inutilização, deterioração, roubo ou furto, pois em tais casos o produtor acaba por desempenhar o papel de consumidor final.

Mas já não é conforme com a equidade e com o princípio da não-cumulatividade fazer incidir sobre o produtor o ônus econômico de um imposto destinado a ser suportado pelo consumidor final e que no caso não pode sê-lo pela inexistência de uma operação de consumo, cujo preço seria a fonte que habilitaria o vendedor ao recolhimento do tributo (*Op cit.* p. 106-108).

Se a legislação de regência determina o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos ingressados no estabelecimento industrial quando o produto final é furtado, não há outra conclusão possível, em respeito à dignidade constitucional do princípio da não cumulatividade, senão a de que não há incidência do imposto pela saída do produto. Do contrário, estaria o produtor obrigado a arcar com o imposto em cascata, o que contraria todo o sistema constitucional tributário.

Para HUMBERTO ÁVILA é ilegítima a incidência do imposto sobre operações não concluídas por furto e roubo, pois, nesses casos, o imposto deixa de ser sobre o consumo e a carga tributária passa a ser suportada integralmente pelo industrial e não pelo consumidor final, como quer a Constituição.

Eis o seguinte fragmento da obra:

2.1.4. Se o inciso II do parágrafo 3º do artigo 153 visa afastar o efeito cumulativo da carga tributária incidente em “cada operação” relativa a produtos industrializados, desde a sua produção até o seu consumo, claro está que a Constituição não só estabeleceu que a carga tributária devesse ser suportada pelos consumidores finais, como também previu que o imposto só poderá incidir quando efetivamente ocorrerem as operações a eles destinadas. Isso porque, se o imposto incidir também nos casos em que o produto não se destinar ao consumo, o industrial será responsável por uma carga tributária superior àquela incidente na operação que deu causa, fazendo não apenas com que o imposto seja cumulativo, mas que ele também seja suportado economicamente pelo industrial em vez do consumidor.

2.1.5. Sendo assim, o termo “operação” só pode conotar o negócio jurídico por meio do qual os produtos industrializados sejam efetivamente destinados ao consumo. Eles só tem, porém, esse destino, quando a sua propriedade é transferida pelo industrial a quem irá revendê-lo ou consumi-lo. Assim, se o imposto incidir mesmo quando o produto não for vendido, a carga tributária agregada pelo industrial irá recair sobre ele, fazendo não só com que o imposto deixe de ser sobre o consumo, como, da mesma forma, que a sua carga seja acumulada durante o ciclo econômico. Mas, se o imposto deixar de ser sobre o consumo e a sua carga for acumulada, não se estará respeitando aquilo mesmo que a Constituição determinou - que o contribuinte seja responsável pela carga tributária incidente na sua própria operação (*Op. cit.*, p. 157).

A tese sustentada pela Fazenda Nacional nas contrarrazões recursais viola frontalmente o princípio da não cumulatividade e desnatura a própria vocação constitucional do IPI, que passa de imposto que onera o consumo para imposto que onera a própria atividade industrial.

D) O princípio da capacidade contributiva e do não confisco:

A regra-matriz de incidência tributária de cada um dos impostos está sempre atrelada a um respectivo signo presuntivo de riqueza, dando aplicabilidade ao princípio constitucional da capacidade contributiva.

Esse princípio, diretamente relacionado com os ideais históricos de justiça e igualdade, ocupa posição preeminente entre os postulados fundamentais da tributação, irradiando os seus efeitos sobre toda a seara fiscal.

Para RUY BARBOSA NOGUEIRA, “o princípio da capacidade contributiva é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária” (Curso de Direito Tributário, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12).

MISABEL DERZI, atualizadora da clássica obra de Aliomar Baleeiro Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, anota que “a capacidade contributiva é princípio que serve de critério ou de instrumento à concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade ou vedação do confisco” (BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder Tributar, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 689).

Muitos autores fazem a distinção entre capacidade contributiva e capacidade econômica do contribuinte. As referidas expressões não são equivalentes. A *capacidade contributiva* relaciona-se à específica imposição do ônus tributário.

É a dimensão econômica particular da vinculação do contribuinte ao poder tributante, ao Estado, de forma geral.

Por sua vez, a *capacidade econômica* é a exteriorização da potencialidade econômica de uma pessoa em razão de suas rendas, do consumo ou de seu patrimônio, independentemente de vinculação específica com o Poder Tributário. Portanto, tem capacidade econômica todo aquele indivíduo que, ainda que momentaneamente, disponha de alguma riqueza ou de aptidão para obtê-la, ainda que destituído de capacidade contributiva.

Desta feita, entende-se que a capacidade contributiva constitui uma capacidade econômica específica, referindo-se apenas a aptidão do contribuinte de arcar com determinada imposição tributária. Assim, admite-se a possibilidade de uma pessoa ter capacidade econômica, mas não ter condições de contribuir com o Fisco.

A capacidade contributiva pode ser examinada sob a perspectiva objetiva ou subjetiva. A *capacidade contributiva objetiva ou absoluta* é a aptidão genérica para pagar tributos. A *capacidade contributiva subjetiva ou relativa* é a efetiva e concreta capacidade de pagar tributos de cada contribuinte relacionada a uma determinada imposição tributária.

Assim, a capacidade contributiva subjetiva ou relativa é reconhecida quando se opera uma autêntica individualização do tributo, valorando-se as distintas circunstâncias pessoais do contribuinte.

Para o Direito Tributário, somente os fatos que exteriorizam capacidade contributiva, ou seja, *fatos signos presuntivos de riqueza*, para utilizar a nomenclatura de BECKER, é que podem ser alcançados pela tributação, sob pena de confisco.

Ensina DINO JARACH:

Todas as situações e todos os fatos aos quais está vinculado o nascimento de uma obrigação impositiva possuem como característica a de apresentar um estado ou um movimento de riqueza; isto se comprova com a análise indutiva do direito positivo e corresponde a um critério financeiro que é próprio do imposto: o Estado exige uma soma de dinheiro em situações que indicam uma capacidade contributiva. É certo que o Estado, por capricho, pelo seu poder de império, poderia exigir impostos com base em qualquer pressuposto de fato, mas o Estado, afortunadamente, não age assim. (O Fato Imponível, Editora Revista dos Tribunais, p. 95)

No mesmo sentido, BERNARDO RIBEIRO DE MORAES argumenta:

Ao contrário do que a maioria da doutrina afirma, pode-se dizer que a capacidade econômica não é dado de relevância jurídica, mas que a capacidade contributiva é de relevância, pois a escolha de fatos geradores da obrigação tributária dela depende. Enquanto que o problema econômico é alheio à ciência jurídica, o da capacidade contributiva, constituído em princípio jurídico, deve ser respeitado pelo legislador, sob pena do Poder Judiciário inquirar o imposto de inconstitucional, por não ter um fato gerador da obrigação tributária fundamentado em indício de riqueza.

(...)

Daí a vedação constitucional de se utilizar de se utilizar tributo com efeito de confisco, que, sem causa jurídica, trazem a absorção do patrimônio do particular sem pagamento da justa indenização. (*Capacidade Contributiva e Capacidade Econômica à Luz da Constituição*, Repertório IOB de Jurisprudência 17/90, p. 277).

A incidência do IPI sobre produtos furtados antes da entrega ao respectivo comprador contraria os primados constitucionais da capacidade contributiva subjetiva e da vedação ao confisco.

Nesse caso, a imposição tributária recai sobre uma realidade que não revela capacidade contributiva ou que não é signo presuntivo de riqueza. Em outras palavras, permitir a incidência fiscal em situações como a dos autos é autorizar que o Poder Tributário alcance apenas a capacidade econômica do contribuinte, atingindo bens e rendas que não diretamente relacionados à tributação. Trata-se de expropriação indevida e arbitrária, vez que o valor recolhido é subtraído dentre seus bens e não da grandeza econômica eleita como tributável.

Que a recorrente possui capacidade econômica ninguém duvida. Essa capacidade patrimonial, todavia, não autoriza a imposição tributária se não se fizer presente, no caso concreto, fato signo presuntivo de riqueza que autorize a expropriação de valores do contribuinte.

Para ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS:

No caso de furto de mercadoria, desde que devidamente comprovado, a grandeza econômica simplesmente não existe.

Exigir pagamento de imposto diante desta circunstância é utilizar o tributo com efeito confiscatório pois, acaba-se retirando da propriedade do contribuinte, sem causa jurídica que justifique, parcela de seu patrimônio, uma vez que o valor recolhido é subtraído dentre seus bens e não da grandeza econômica eleita como tributável pela legislação.

Como dizíamos, no caso do furto de mercadorias, não há conexão entre fato econômico tributável, ou seja, a base de cálculo utilizada para se apurar o *quantum debeat* e definida em lei, com o pressuposto de incidência que gera a exação tributária.

Inexiste, portanto, capacidade contributiva do contribuinte em relação às mercadorias furtadas.

(...)

Os menos avisados talvez tenham tentação em sustentar que tendo o contribuinte “capacidade econômica” será ele responsável pelo pagamento do imposto, uma vez materializada a situação fática, eleita pelo legislador como fato gerador da obrigação tributária. Em outras palavras, dispondo o contribuinte de uma situação financeira positiva, denotando capacidade econômica, pode e deve pagar imposto em qualquer situação, mesmo que a mercadoria fabricada para venda tenha sido eventualmente furtada.

(...)

Ora, se o legislador não pode estabelecer uma alíquota de 20% sobre o valor venal do imóvel porque isto violaria o princípio da capacidade contributiva, o que não deveria ser dito quando a administração tributária exige o pagamento de imposto sobre mercadoria furtada, onde a capacidade contributiva do contribuinte é igual a zero?

Não há dúvida de que a indústria do cigarro, assim como a maioria das empresas, movimenta cifras elevadas, sinalizando, conseqüentemente, uma real capacidade econômica.

Não há dúvida, também, que é o entendimento generalizado que os produtos decorrentes do tabaco são considerados supérfluos, assim como muitos outros, no contexto dos bens disponíveis para o consumo humano.

É lógico e razoável que bens nessas circunstâncias sejam escolhidos pelo legislador para uma tributação mais onerosa.

Todavia, não obstante todos esses argumentos, nada, absolutamente nada, justifica a exigência de tributo onde não haja capacidade contributiva do “sujeito passivo”.

Cobrar imposto em situação de total ausência de capacidade contributiva equivale a impor ao destinatário a obrigação de retirar parcela de seu patrimônio para entregá-la ao fisco, sem que para tanto haja causa jurídica que dê origem a essa transferência.

Quando assim se procede, materializa-se o confisco, vedado constitucionalmente ao legislador. (*O Furto de Produtos Industrializados e a Legalidade do IPI e do ICMS in Revista Dialética de Direito Tributário n. 10, junho de 1996, São Paulo: Dialética, junho de 1996, p. 70, 72 e 74*).

HUMBERTO ÁVILA, na obra já citada, conclui que a incidência do IPI sobre operação com produtos industrializados furtados antes da entrega ao comprador contraria abertamente os princípios da capacidade contributiva e da neutralidade tributária.

2.1.12. Sustentar que o imposto sobre produtos industrializados também possa incidir sobre a mera saída física do estabelecimento industrial, sem que ela envolva a transferência da sua propriedade, implica admitir que ele possa recair sobre situações que não são indicativas de capacidade econômica alguma, a exemplo do que ocorre no caso do deslocamento físico de produtos em razão da força das águas, como numa enchente, ou dos ventos, como num tufão, ou da ação dolosa de terceiros, como no caso de roubo. Desse modo, sustentar que o imposto incida igualmente sobre a simples saída física é aceitar a violação à dimensão objetiva do princípio da capacidade contributiva.

2.1.13. O princípio da neutralidade tributária, também corolário do princípio da igualdade, proíbe que os entes federados criem desvantagens competitivas injustificadas a contribuintes que exerçam atividades equivalentes. Ele veda, por exemplo, que um contribuinte seja mais onerado quando estiver na mesma situação relativamente ao fato gerador de um imposto, ou não deixe de ser menos onerado ou até desonerado, quando não estiver na mesma situação.

2.1.14. Argüir que o imposto sobre produtos industrializados possa igualmente incidir tanto no caso de venda como no de roubo, importa consentir que os entes federados possam incluir, no âmbito da mesma regra, quem age voluntariamente e tem como objetivo transferir o ônus tributário para a operação seguinte, e quem é atingido involuntariamente por fato externo ou comportamento alheio e não tem como deslocar a carga tributária para a operação posterior. Tal entendimento implica tratar igualmente dois contribuintes que estão em situação desigual relativamente ao fato gerador do imposto. Portanto, defender que o imposto incida sobre a simples saída física é conformar-se com a ofensa ao princípio da neutralidade da tributação. (*Op. cit.* p. 158-159).

Assim sendo, também com base no princípio da capacidade contributiva, entendo que assiste razão à recorrente. O furto de mercadorias, antes da entrega ao comprador, faz desaparecer a gradeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não confisco.

Ante o exposto, rogando vênia ao eminente Relator, inauguro a divergência para dar provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por *Philip Morris Brasil S/A*, com fundamento na alínea **a** do inc. III do art. 105 da Constituição da República de 1988, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que entendeu que o fato gerador do IPI ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, nos termos do disposto no art. 46, inciso II, do CTN, sendo irrelevante perquirir se o contribuinte teve ou não proveito econômico-financeiro com a mercadoria. Decidiu ser inaplicável o art. 174, V, do RIPI-98 (Decreto n. 2.637/1998) ao caso dos autos e, por fim, afirmou não haver previsão legal determinando a anulação, mediante estorno de créditos, para produtos finais furtados ou roubados, devendo ser mantida a exigência fiscal (fls. 3.577-3.585).

Os embargos de declaração interpostos foram rejeitados (fls. 3.592-3.595).

Em suas razões recursais sustenta violação ao art. 535 do CPC, por acreditar ter havido contradição no acórdão recorrido. Ainda aponta afronta ao art. 174, inciso V, do Regulamento do IPI (Decreto n. 2.637/1998 - regulamenta o art. 25, §§ 1º e 3º, da Lei n. 4.502/1964, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.136/1970 e Lei n. 7.798/1989), e aos princípios da não-cumulatividade e do não-confisco. Alega que não se mostra subsistente a exigência do IPI porque restou insatisfeita a operação mercantil que lhe deu azo e que a legislação prevê a anulação do crédito de IPI na escrita fiscal do contribuinte no caso de roubo ou furto de insumos e, também, de produtos finais justamente diante da impossibilidade de ocorrência do fato gerador. Entende que se o produto final foi roubado o fato gerador do IPI não ocorreu, pois, muito embora tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento comercial do fabricante, não ocorreu a concretização da operação mercantil. Por fim, requer a reforma do acórdão recorrido (fls. 3.600-3.616).

Contra-razões apresentadas às fls. 3.674-3.679.

O juízo de admissibilidade foi positivo na origem (fl. 3.690) e o recurso foi regularmente processado.

Na qualidade de relator do presente processo, na sessão do dia 09 de março de 2010 proferi voto no sentido conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar provimento, ao que se sucedeu o pedido de vista do Min. Castro Meira.

Na sessão do dia 20 de maio de 2010, o Min. Castro Meira proferiu voto inaugurando a divergência para dar provimento ao recurso especial, respaldado nos seguintes argumentos:

(a) que o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Este é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados;

(b) que a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, nos termos do art. 116, II e 117 do CTN;

(c) que o furto ou roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade; e

(d) que o furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não-confisco.

Sensibilizado na ocasião com a argumentação desenvolvida pelo Min. Castro Meira, pedi vista regimental a fim de reexaminar o tema.

Efetivamente, quando do estudo do caso para a elaboração do voto que ora adito, tive a preocupação de me debruçar sobre os pontos agora minudentemente levantados pelo Min. Castro Meira e optei por trilhar caminho hermenêutico diverso, na medida em que me convenci de que a interpretação sistemática da legislação tributária não permitia, como não permite, abraçar a tese levantada pela recorrente e que foi agraciada com o brilhante voto-vista proferido.

Com efeito, não ignoro o que diz a rica doutrina trazida aos autos pela parte recorrente. No voto que elaborei, não neguei que a saída do estabelecimento é o critério temporal da hipótese de incidência do IPI, ao contrário, reafirmei isso. O que descartei foi a tese de que o critério material da hipótese de incidência (negócio jurídico ou “operação”) pode ser dissociado do critério temporal sem previsão expressa na legislação tributária, como ocorre excepcionalmente em outros casos que lá citamos (*v.g.* art. 33, do RIPI-98). A este respeito, transcrevi doutrina e legislação que definem o fato gerador do IPI como sendo a saída do produto industrializado do estabelecimento industrial ou equiparado, *seja qual for o título jurídico de que decorra essa saída do estabelecimento produtor* (art. 2º, II, § 2º, da Lei n. 4.502/1964).

No caso concreto, data vênua, o critério temporal (saída) ocorreu e estava atrelado a um negócio jurídico existente e válido ao tempo da sua ocorrência (operação). Isto é suficiente para caracterizar o fato gerador do IPI, na *forma do art. 116, I, do CTN* (e não na forma do art. 116, II, do CTN, como o quer o Min. Castro Meira), pois a *situação fática* prevista em lei (a lei não previu situação jurídica, mas fática, e de modo expresso), ainda que se refira apenas ao critério temporal (saída), ocorreu e ao tempo dela havia negócio jurídico existente e válido (critério material), o que torna inaplicável o art. 117, do CTN.

Em outras palavras, ainda que o critério material da hipótese de incidência seja outro, a lei (art. 2º, II, § 2º, da Lei n. 4.502/1964) elegeu expressamente como relevante para efeito da aplicação do disposto no art. 116, do CTN o critério temporal, de modo que a incidência é do art. 116, I e não dos arts. 116, II, e 117, do CTN, não havendo que se falar em negócio jurídico condicional.

Mesmo que fosse possível a aplicação do art. 117, do CTN para o caso, tenho dúvidas a respeito do modo como isso se daria. O artigo se refere aos elementos acidentais do negócio jurídico no Direito Privado. A venda da mercadoria não parece ser negócio jurídico condicional (*Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. CC/2002*). Também não se discutiu se no contrato de compra e venda firmado havia cláusula que condicionasse a sua eficácia obrigacional à não ocorrência de furto e a relevância disso.

Com efeito, a parte se obrigou, se a mercadoria foi furtada, tendo havido pagamento, outra deverá ser entregue no lugar dela para o cumprimento do contrato, o negócio não perdeu a sua eficácia, ao contrário, teve a mesma

reafirmada através da necessidade da entrega de outra mercadoria. Sendo a perda da mercadoria risco do vendedor, deve este arcar com as suas conseqüências, ***inclusive no campo tributário***. Desta feita, haverá que pagar novamente o IPI sobre a nova saída. Conforme bem o disse em outro contexto o próprio Min. Castro Meira, o art. 1.127 do Código Civil/1916 e, acrescento, também o art. 492, do CC/2002, traduzem a conclusão quando enunciam: “*até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor*”. Se não houve pagamento e houve o furto, resolve-se a obrigação no campo do Direito Civil, no entanto permanece a obrigação tributária pelo pagamento do IPI. Em ambas as hipóteses, parece-me que a obrigação tributária deve permanecer intocada, além do que o risco do furto é inerente às atividades do vendedor que se responsabilizou pelo transporte.

Ainda que para o presente caso, segundo a recorrente, não tenha havido contrato de seguro, com o devido respeito, pensar do modo como exposto pelo voto-vista divergente significaria permitir aos contribuintes em mesma situação não pagar o IPI e ainda se ressarcir de eventual seguro existente sobre a mercadoria quando esta fosse roubada, pois o IPI não incide sobre o prêmio do seguro e o fato gerador não se aperfeiçoou segundo sua teoria, pois houve o furto. Não me parece posição coerente, pois *poderia tornar o furto mais lucrativo que a própria realização do negócio de venda*.

De outra banda, o exemplo da desistência do comprador do produto já saído do estabelecimento (citado pelo Min. Castro Meira para justificar o seu posicionamento no sentido de que o fato gerador não ocorre quando a operação não se concretiza), com a devida vênia, somente corrobora a tese que sustento, pois é gerado crédito para anular o débito do IPI e não seria necessário gerar crédito se o IPI não fosse devido já pela saída do produto (ocorrência do fato gerador) para o comprador que desistiu. Além disso, reafirmo, *não há previsão na legislação tributária de geração de crédito para anular o débito de IPI porque o negócio jurídico não ocorreu em razão de furto*. Há para outros casos, como a desistência, o que demonstra que o legislador foi conscientemente seletivo. Veja-se que no caso da desistência, à anulação do crédito do imposto na escrita fiscal do adquirente - contribuinte de fato - relativo a produtos que devolveu ao produtor (inciso VII, do art. 174, do RIPI-98), corresponde o creditamento do estabelecimento industrial produtor - contribuinte de direito (ver art. 150, do RIPI-98), de modo que a operação é completamente desfeita. Nessa hipótese, *o creditamento do estabelecimento industrial produtor somente ocorre porque houve sim o fato gerador (saída do estabelecimento) com o efetivo pagamento do IPI, sendo*

necessário desfazer seus efeitos. Veja-se que a situação narrada em nada interfere na ocorrência do fato gerador já que tem a nítida característica de benefício fiscal.

Outrossim, em que pese o seu brilhantismo, a interpretação que o Min. Castro Meira faz do art. 163, § 1º do RIPI/2002 (Decreto n. 4.544/2002) se dá por analogia, nesse sentido, o pedido do contribuinte e o provimento que busca deveriam ser no sentido de haver a geração de crédito para anular o débito do IPI pela saída e o prequestionamento deveria ser do dispositivo semelhante contido no RIPI-98 (art. 146, § 1º, do Decreto n. 2.637/1998) e não do art. 174, V, RIPI-98, que trata de hipótese completamente diversa da devolução ou retorno da mercadoria tratada no art. 163, § 1º do RIPI/2002.

Como já mencionei em meu voto e considero isso de extrema importância, o art. 174, V, RIPI-98 se refere ao crédito de entrada do produto que foi furtado enquanto estava no estabelecimento. Quanto ao débito de saída, este é inexistente simplesmente porque aquela mercadoria deixou de existir ali, de modo que sua saída tornou-se impossível. O artigo não diz respeito ao produto final furtado depois da saída, que é o caso dos autos.

Essa compreensão tem outros reflexos interpretativos relevantes, pois, diferentemente do que afirmou o Min. Castro Meira, o art. 174, V, RIPI-98 também não tem o alcance de obrigar o contribuinte a estornar o crédito de entrada relativo aos insumos utilizados em produto final furtado após a saída do estabelecimento. Este crédito permanece com o contribuinte e vai ser utilizado para abater o IPI devido pela saída da mercadoria que foi furtada, pois a incidência do IPI na saída permanece intocável. A chamada situação “kafkiana” não existe.

Quanto aos princípios da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, II, da CF/1988) e do não-confisco (art. 150, IV, da CF/1988), afastei o conhecimento do recurso em relação à sua invocação, visto que ambos são de ordem constitucional, o que inviabiliza a instância especial já que a competência desta Corte se restringe à uniformização de legislação infraconstitucional (art. 105, III, da CF), não podendo haver usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal - STF. A este respeito, o debate constitucional seria amplo, pois não faltam exemplos doutrinários que rechaçam a existência de uma “capacidade contributiva subjetiva” que foi invocada pelo ministro como uma das razões de seu voto (*v.g.* Bernardo Ribeiro de Moraes, in *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 123; Roque Antônio Carraza, in *Curso de direito constitucional tributário*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67 e 69; Alfredo Augusto Becker, in *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 496). Para exemplo, transcrevo:

A lei que cria *in abstracto* o imposto não precisa, no entanto, atender às desigualdades individuais do contribuinte. No mesmo sentido, o Poder Judiciário, quando provocado, não pode deixar de aplicá-la, em face das condições econômicas pessoais do contribuinte (CARRAZZA, Roque, 1999, p. 69).

In obiter dictum, é necessário ter em mente que o fato gerador de um tributo é presunção de riqueza e não necessariamente riqueza de fato. Outrossim, o ônus tributário não é absorvido necessariamente pela riqueza advinda do fato signo presuntivo. É perfeitamente possível que o Poder Tributário atinja bens e rendas que não diretamente se relacionem à tributação. Veja-se, por exemplo, os casos de IPTU, IPVA e ITR, onde o tributo é pago com renda auferida em outras atividades que não a venda do próprio bem que representa o fato-signo presuntivo de riqueza. De observar que nesses tributos, a imposição do pagamento do crédito tributário com a renda proveniente da alienação do bem cuja propriedade é fato-signo presuntivo de riqueza é que costuma ser tratada pela doutrina como hipótese de confisco. A discussão também é a respeito do alcance dos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco, de ordem constitucional, portanto.

Por fim, ainda que se acolhesse a tese da recorrente no sentido de que o fato gerador do IPI somente estaria completo se a operação mercantil se realizasse, para lhe dar razão seria necessário que a instância de origem, senhora na fixação dos pressupostos fáticos da causa, *tivesse se manifestado expressamente a respeito da ocorrência ou não da operação mercantil com o pagamento ou não do preço ajustado*. Tal não ocorreu nos autos.

Por todos estes motivos, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, *mantenho* o meu voto proferido na sessão do dia 09 de março de 2010, no sentido conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar provimento, com os aditamentos que ora faço.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Philip Morris Brasil S/A*, cuja ementa proposta pelo eminente relator é a seguinte:

Embargos. Execução fiscal. Recurso especial. IPI. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Afronta a decreto. Conceito de lei federal. Impossibilidade. Fato gerador do IPI. Saída da mercadoria do estabelecimento industrial.

1. Primeiramente, inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional ajustou-se à pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do julgado recorrido.

2. Posteriormente, é entendimento desta Corte que decretos, portarias, circulares e resoluções não estão compreendidas no conceito de lei federal e, portanto, não permitem a abertura da instância especial.

3. Por fim, mesmo se assim não fosse, sabe-se que ocorre o fato gerador do IPI com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, conforme a previsão do art. 46, inciso II do CTN. Portanto, o dever de pagar o IPI constitui-se a partir do momento em que se verifica a saída do produto do estabelecimento industrial.

4. Sendo o industrial o responsável tributário pelo pagamento do IPI e tendo ocorrido o fato gerador, não há que se alegar a existência de um fato posterior (roubo ou furto do produto) para eximir-se do pagamento do tributo.

5. Recurso especial não provido.

Alega a recorrente que “houve falha na concretização da operação, em razão da ocorrência de roubo das mercadorias, impedindo o nascimento da obrigação tributária, uma vez que o fato impositivo poderia se dar por concluído dentro da conjugação de todos os seus aspectos”.

Por fim, conclui a recorrente que, em hipótese de roubo de produto, não se cogita sobre recolhimento ou creditamento de IPI.

É, no essencial, o relatório.

Com efeito, o fato gerador do IPI ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, nos termos do disposto nos arts. 46, II, e 51 do Código Tributário Nacional.

A matéria é nova na Corte e suscita dúvidas, porquanto ambas argumentações são plausíveis.

Por ora, inexistindo previsão legal que ampare o procedimento adotado pela recorrente, merece ser mantida a exigência fiscal.

É que a lei tributária é indiferente se o contribuinte teve, ou não, proveito econômico com a mercadoria, sendo suficiente a saída da mercadoria do estabelecimento para se caracterizar o fato gerador.

O suposto proveito econômico é relação jurídica de direito privado, pois trata-se de finalização de relação contratual das partes. Já a culpa do Estado pela ausência de segurança que culminou com o roubo/furto da mercadoria tem natureza administrativa, cuja responsabilidade civil, se houver, deverá ser apurada em processo próprio judicial.

Ademais, há que se ponderar sobre a imperiosa questão jurídica do risco do negócio, própria do mundo privado. Ela é que deve marcar a industriosa atividade. Dessa forma, não é possível dela afastar-se com argumentos, por mais que hermeneuticamente críveis, de que se trata de caso fortuito ou de força maior.

É relevante notar que o prejuízo suportado em princípio não trará locupletamento ao fisco, já que o valor será estornado em operação futura.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, Min. Mauro Campbell Marques, para negar provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 946.767-SP (2007/0022301-1)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Estado de São Paulo

Procurador: Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo e outro(s)

Recorrido: Itaoca S/A Administração de Bens e outros

Advogado: Flávio José de Souza Brando e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Embargos à execução. Ação de desapropriação. Precatório. Parcelamento. Pagamento a menor. Prescrição. Ausência de prequestionamento de preceitos federais. Súmula n. 282-STF. Ofensa ao art. 535 do CPC repelida. Ausência de omissões. Jurisdição prestada. Litigância de má-fé. Multa. Manutenção.

1. Cuida-se o feito de embargos opostos à execução de remanescente de precatório pago a menor pelo Estado de São Paulo em ação de indenização por desapropriação indireta. Retratam os autos que houve acordo entre as partes a fim de parcelar o valor da indenização, tendo sido pago a menor as parcelas de n. 06 e 07.

2. Não há prequestionamento dos arts. 2º e 165 do CPC, os quais não foram lançados a debate nem receberam deliberação na Corte de origem, atraindo o Enunciado Sumular n. 282-STF. Os embargos de declaração manejados pela recorrente não suscitaram as matérias desses dispositivos.

3. Igualmente não estão prequestionados os arts. 3º e 4º do Decreto n. 4.597/1942, eis que o Tribunal não decidiu a questão relativa à prescrição com observância desses preceitos normativos, mas sim, com análise da inexistência de inércia dos ora recorridos e da ausência de culpa pela paralisação do feito.

4. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC a reclamar a anulação do julgado, pelo que se afasta a preliminar de nulidade.

5. O acórdão recorrido condenou a Fazenda às penas da litigância de má-fé considerando configurada a hipótese disposta no art. 17, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, devendo pagar aos exeqüentes multa no importe de 0,5% (meio por cento) do valor devido. A atitude da Fazenda, ao reconhecer ser vencedora na demanda e mesmo assim apresentar recurso, importa em declarado ânimo protelatório, conduta que avilta o dever de probidade estampado no art. 14 do CPC. Manutenção da multa imposta pelo Tribunal *a quo*.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, divergindo do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando provimento ao recurso, por maioria, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.
Brasília (DF), 22 de junho de 2010 (data do julgamento).
Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 26.08.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial (fls. 531-544) interposto pelo Estado de São Paulo, com esteio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fl. 478):

Agravo de Instrumento. Decisão de incidente ocorrido em execução de sentença. Caráter interlocutório. Apelação que é aceita, no entanto, em face do desvirtuamento do rito, que propiciou a oposição de embargos - Apelo conhecido.

Execução de Sentença. Indicação de matéria ultrapassada. Impedimento de se voltar ao passado, para analisar-se a condenação no processo de conhecimento, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada material.

Recurso improvido.

Embargos de declaração foram opostos e rejeitados nos termos desta forma espelhados (fl. 519):

Embargos de Declaração. Contradição e Omissão. Inocorrência. Oposição para viabilizar recurso a Tribunal Superior. Natureza de Infringentes. Rejeição.

Na sede do recurso especial alega-se ofensa aos arts. 535, II, 165 e 2º, do CPC; e 3º e 4º do Decreto n. 4.597/1942, que expressam o seguinte conteúdo:

- do CPC:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

- do Decreto n. 4.597/1942:

Art. 3º. A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida por uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Art. 4º. As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo a prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença.

Sustenta, em síntese, a recorrente:

I - violação ao art. 535, II, CPC, porquanto o Tribunal não teria se pronunciado sobre:

a.1) a duplicidade de saldos;

a.2) excesso de execução (janeiro e fevereiro de 1993);

a.3) necessidade de expedição de novo precatório, sob pena de quebra da ordem cronológica.

II - nulidade do acórdão por carência na fundamentação quanto à aplicação da litigância de má-fé;

III - necessidade de expedição de novo precatório, ponto no qual alega violação do art. 2º, CPC por ofensa ao princípio da ofensa do Poder Judiciário;

IV - violação dos artigos 3º e 4º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, por não reconhecer a prescrição intercorrente;

V - não caracterização da litigância de má-fé;

VI - declaração de nulidade do acórdão por falta de fundamentação ou a declaração da prescrição intercorrente e revogação das penas por litigância de má-fé;

VII - divergência jurisprudencial com o REsp n. 182.492-SC, em relação à imposição da pena por litigância de má-fé.

Contra-razões (fls. 566-583) pleiteando a manutenção do aresto objurgado.

Houve interposição de recurso extraordinário (fls. 523-529), que foi respondido às fls. 614-629.

Crivo negativo de admissibilidade (fls. 664-667) aos dois apelos nobres. Agravo de instrumento ascendeu a esta Corte e foi convolado em recurso especial, nos termos da decisão proferida pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha (fl. 790). Não há notícia nos autos da interposição de agravo contra a decisão que não admitiu o recurso extraordinário.

Promoção do Ministério Público Federal (fls. 808-812) opinando pelo parcial conhecimento e não-provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): O pleito merece conhecimento parcial.

Examina-se recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo irresignada contra acórdão do TJSP que não conheceu de agravo retido dos ora recorridos e negou provimento à apelação da Fazenda, condenando-a às penas por litigância de má-fé.

A apelação interposta pretendeu reformar sentença proferida nos autos de embargos à execução (advindo de execução em ação de desapropriação indireta), que determinou o pagamento de diferenças a menor, em duas parcelas de pagamentos efetuados pela via de precatório, resultante de acordo celebrado entre as partes.

Quanto ao art. 535, II, do CPC, não se visualiza infringência ao seu teor.

Os embargos de declaração servem para dirimir omissões, obscuridades ou contradições eventualmente existentes nas decisões proferidas pelos Magistrados.

Assim, as proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nesse diapasão, não obstante a oposição de embargos de declaração, em que se apontou omissão na análise da duplicidade de saldos, excesso de execução (janeiro e fevereiro de 1993) e necessidade de expedição de novo precatório, sob pena de quebra da ordem cronológica, não há que se falar em negativa de

prestação de jurisdição, porquanto a Corte estadual já havia se manifestado explicitamente sobre todas as questões levadas à sua apreciação, quando do julgamento da apelação, fato que elide a obrigatoriedade de reiteradas manifestações sobre as mesmas controvérsias.

Vejamos.

No pertinente à duplicidade de saldos e ao excesso de execução (janeiro e fevereiro de 1993), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se expressamente sobre a questão, decidindo-a nestes termos (fl. 482):

O pequeno excesso de execução já foi bem corrigido pelo ilustre Magistrado de Primeiro Grau.

Como bem salientado, a respeito, nas bem lançadas contra-razões (fls. 927):

Toda discussão gira em torno da data-base de janeiro ou fevereiro de 1993 para início dos cálculos. É óbvio, é aritmético, que dependendo da data-base escolhida, o número final será diferente, e, no caso, está provado ad nauseam, nos autos (inclusive com cálculos dela própria Fazenda, para fundamentar alguns depósitos), que a data-base tem que ser de janeiro de 1993, sob pena de não cumprimento do princípio constitucional da justa indenização.

Os ora recorridos fazem suas, portanto, as palavras, laudos e argumentos a respeito dos Srs. Peritos Judicial, Assistente técnico dos autos e do próprio Mm. Juiz em sua sentença.

Quanto à perícia realizada, não se nota nenhuma irregularidade. E o mais importante: não se admite, agora, qualquer insinuação sobre a falta de capacidade técnica do Sr. Perito. ***A questão da eventual duplicidade de saldos para o mesmo crédito, foi dirimida diante da afirmação do perito no sentido de ter a 6ª parcela, o valor de R 15.278.666,27 e, a 7ª, significar R\$ 13.373.631,61, ambas quantias para 31.12.1999.***

No mais, cita-se a r. sentença (fls. 545):

Não se pode voltar ao passado para analisar a condenação no processo de conhecimento, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada material.

E mais, sendo isto o fundamental: (fls. 548-549):

A dívida foi insuficientemente honrada pela Fazenda Pública.

(...)

O pagamento insuficiente do precatório, insista-se, é expediente escuso da Fazenda Pública, que abarrota de serviço os Tribunais em detrimento da desejável celeridade de prestação da tutela jurisdicional.

E nota-se: Trata-se de acordo celebrado entre as partes, o que torna a situação mais vexatória para a executada. *A Fazenda do Estado, diante desta avença, regularmente homologada, reconheceu sua dívida e os critérios de reajuste das parcelas a serem pagas. Comportamento que deixa mesmo muito a desejar.* (Grifou-se)

Sabe-se que é pacífico nesta Corte o entendimento no sentido de que não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir, requisito suficientemente atendido pelo Tribunal estadual.

Verifica-se, pelo excerto extraído dos autos, que a Corte *a quo* analisou e rebateu as questões de duplicidade de saldos e excesso de execução (janeiro e fevereiro de 1993), nos termos em que foi suscitada e de forma suficiente ao deslinde da controvérsia.

No mesmo sentido entendo sobre a alegada violação do disposto no artigo 535, inciso II, CPC, no tocante à necessidade de expedição de novo precatório, sob pena de quebra da ordem cronológica.

O Tribunal estadual assim se manifestou a respeito do ponto (fl. 481):

A questão da expedição de novo precatório, desejada pela apelante, para continuar ganhando tempo, já está resolvida com a decisão de fls. 1.103, que termina por determinar a expedição de mero ofício complementar, para o depósito da diferença, contando com a concordância da Fazenda do Estado, a fls. 1.107.

Assim, na presente hipótese não se verifica violação ao art. 535, tendo em vista que o v. aresto analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa e nos limites em que apresentada pela Fazenda do Estado de São Paulo.

Saliento, por oportuno, que mesmo havendo quem dirija do entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, claro está que todas as questões, tanto as de fato quanto as de direito, suscitadas por ambas as partes foram objeto de apreciação, razão porque deve ser afastada a arguida violação do disposto no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, tenho que se realmente a Fazenda estadual estivesse irresignada com os fundamentos perfilhados pelo acórdão combatido, especialmente no que tange à questão do excesso de execução ou duplicidade de saldos, em suas razões de recurso especial teria indicado violação a outros preceitos legais, suficientes a inaugurar esta instância especial e compelir esta Corte Superior a revisitar os motivos que conduziram o Tribunal local a decidir nos termos em que decidiu.

No entanto, quanto a tais temas – ressaltado, em especial, excesso de execução e duplicidade de saldos – a Fazenda estadual ficou-se inerte, sem descerrar qualquer inconformismo ou suscitar violação a dispositivos legais que eventualmente conduzissem à reforma do julgado combatido.

A parte Recorrente aduz, ainda, violação do disposto nos artigos 2º e 165, ambos do CPC, ao fundamento de que o aresto combatido teria desrespeitado o princípio da inércia do Judiciário, na medida em que “caso venha a ser reconhecida a procedência de eventual complementação em favor da recorrida, esta só poderá ser satisfeita após regularmente expedido novo precatório, com nova ordem cronológica, já que configura evidente prestação de tutela independentemente de provocação do interessado, em prejuízo do devido processo legal, que pressupõe o exercício de jurisdição imparcial”.

Contudo, reitero, não há como conhecer da suposta violação.

Da simples leitura do aresto recorrido, tem-se que o Tribunal local não debateu o ponto de irresignação, faltando ao especial, por essa razão, o requisito do questionamento prévio da matéria, fato que inviabiliza o conhecimento do recurso também quanto à esse ponto.

Faz-se imperioso sublinhar que a questão do suposto menoscabo ao princípio da inércia da jurisdição não foi incluído como ponto omissis na petição de embargos de declaração, permanecendo o referido tema fora do debate travado no Tribunal de Justiça.

Assim, em decorrência da ausência de arguição oportuna da matéria, que deixou de ser deliberada pelo Tribunal *a quo*, inegável a incidência, na espécie, do disposto no Verbete Sumular n. 282-STF, impedindo o trânsito do especial nesse aspecto.

Igual sorte não socorre a recorrente em relação à prescrição. Também não estão prequestionados os arts. 3º e 4º do Decreto n. 4.597/1942, eis que o Tribunal não decidiu a questão com observância desses preceitos normativos.

A Corte *a quo* assim fundamentou o aresto (fl. 481):

Não ocorreu a prescrição indicada pela apelante, diante das contínuas providências adotadas pelos diligentes apelados, entre os quais, pedidos de intervenção federal e de seqüestro.

De fato. É fácil de se constatar que não houve nenhuma inércia da parte dos apelados.

Está claro que a tal prescrição intercorrente não se operou. Os credores, em nenhum momento, deram causa à qualquer paralisação do feito, que somente se arrastou diante do visível ânimo protelatório e tumultuatório da executada, ora apelante. Dela a culpa do retardamento, do qual, agora, tenta beneficiar-se diante de sua injustificada inadimplência.

A pretensão de fundo consistente na definição acerca do termo inicial do prazo prescricional, nas hipóteses de pagamento de diferenças apuradas após o pagamento da 8ª parcela da moratória constitucional prevista no art. 33 do ADCT, se teria início a partir de cada parcela de forma autônoma ou a partir da última parcela, não foi enfrentada pela Corte *a quo*.

Como pode-se observar, não houve manifestação sobre o teor dos arts. 3º e 4º do Decreto n. 4.597/1942, não tendo sido reconhecida a prescrição sob a ótica da inexistência de inércia dos ora recorridos e de culpa pela paralisação do feito. Na sede dos embargos de declaração, *a Fazenda não suscitou esses preceitos normativos nem quando, nesta instância especial aponta vulneração do art. 535 do CPC, indicou a falta de apreciação desses dispositivos do Decreto n. 4.597/1942.*

Ainda que fosse possível afastar o requisito do prequestionamento, o que se faz apenas para argumentar, tem-se o entendimento do STJ a obstar o pleito fazendário. Há reiterada manifestação na linha de que, em hipóteses tais, o lapso prescricional tem início a partir do pagamento da última parcela, em razão de tratar-se de obrigação única que é paga parceladamente. Confirmam-se os escólios seguintes:

Processual Civil e Administrativo. Desapropriação. Precatório complementar. Atualização. Matéria fática. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Citação. Art. 730 do CPC.

1. As parcelas em que se decompõe o precatório em razão da moratória constitucional não são prestações autônomas, mas formam um todo único, de modo que o prazo prescricional para pleitear diferenças pagas a menor somente começa a correr a partir do pagamento da última parcela. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

2. Nos cálculos de atualização de valores em precatório complementar, é dispensável a citação da Fazenda Pública. O disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil só se aplica no início de execução para pagamento de quantia certa.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 725.134-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19.08.2008)

Precatório. Desapropriação. Moratória constitucional. Art. 33 do ADCT. Prescrição.

I - O parcelamento de precatório, em decorrência de moratória constitucional não são prestações autônomas, formando um único valor, razão pela qual a prescrição para pleitear diferenças pagas a menor somente começa a correr a partir da última parcela. Precedentes: REsp n. 791.506-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14.12.2006; REsp n. 740.087-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15.08.2005; REsp n. 657.993-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 21.03.2005.

II - Agravo Regimental improvido.

(AgRgREsp n. 911.073-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31.05.2007)

Processual Civil. Administrativo. Precatório complementar. Art. 33 do ADCT. Dispositivo legal apontado como violado que não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. Súmula n. 284-STF. Parcelamento. Termo *a quo* da prescrição. Pagamento da última parcela.

1. Não pode ser conhecido o recurso especial pela alínea **a** se o dispositivo apontado como violado não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado no acórdão recorrido. Incidência, por analogia, a orientação posta na Súmula n. 284-STF.

2. "As parcelas em que se decompõe o precatório em razão da moratória constitucional não são prestações autônomas, mas formam um todo único, de modo que o prazo prescricional para pleitear diferenças pagas a menor somente começa a correr a partir do pagamento da última parcela. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público" (REsp n. 797.071-SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, DJ de 1º.02.2007). Precedente: REsp n. 889.003-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T, julgado no dia 13.03.2007.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 824.411-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 03.05.2007)

Não vingaria, portanto, tese no sentido da não-ocorrência da prescrição no caso em tela.

Sobeja para exame o ponto relativo à condenação pela litigância de má-fé. O aresto recorrido, ao examinar a controvérsia, utilizou-se da seguinte fundamentação para condenar o Estado (fls. 480-481):

Em princípio, o apelo não mereceria nem mesmo conhecimento. É que a apelante mostra, na verdade, estar satisfeita com o que restou decidido na r. sentença, por ela mesma atacada, quando diz que (fls. 778-779) “Não obstante tenha logrado êxito em demonstrar a ocorrência de excesso na execução promovida (...), o princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração impõe que as teses defendidas na peça de embargos passem pelo elevado crivo deste Egrégio Sodalício, possibilitando-se um melhor controle das finanças públicas, ainda mais no presente caso, em que a contadoria oficial do nobre Juízo da Comarca de Jacupiranga não dispunha de condições técnicas para aferir os cálculos apresentados pelas partes, obrigando-se o nobre Juízo Monocrático a valer-se de prova pericial contábil em que se conseguiu apurar dois saldos para o mesmo débito, conforme já dito alhures”. Tudo bastante contraditório. Se logrou êxito, como afirma, não se vislumbra seu interesse recursal. Melhor que não tivesse aquilo afirmado. Perfeita indicação de seu ânimo procrastinatório, mal escondido sobre o manto da “(...) *indisponibilidade do interesse público (...)*”, que tudo leva a crer tenha sido resguardado, diante de seu anunciado sucesso. De qualquer modo, evitando-se futuras alegações de negativa de direitos, a ferir o “(...) *interesse público (...)*” segue-se, apreciando-se o recurso, aceitando-o como apelação, até porque os apelados concordaram em participar deste inútil e longo procedimento de embargos à execução de título judicial, quando, na verdade, bastaria mera impugnação ao saldo apresentado, pois, aqui, se trata de singelo incidente para apuração de correção de parcelas. Assim, afasta-se a matéria preliminar lançada nas contra-razões.

E concluiu (fl. 484):

No entanto, os apelados serão compensados pelos prejuízos que vêm sofrendo com a má atitude da Fazenda do Estado (art. 18, do CPC). Configurada a hipótese disposta no art. 17, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, pagará a apelante aos apelados, multa no importe de 0,5% (meio por cento) do valor agora devido aos exeqüentes, devidamente atualizado até a data do efetivo pagamento.

Isto posto, nega-se provimento ao apelo, condenada a apelante às penas da litigância de má-fé.

O acórdão recorrido condenou a Fazenda às penas da litigância de má-fé considerando configurada a hipótese disposta no art. 17, incisos IV e V, do Código de Processo Civil, devendo pagar aos exeqüentes multa no importe de 0,5% (meio por cento) do valor devido.

Com efeito, a atitude da Fazenda, ao reconhecer ser vencedora na demanda e mesmo assim apresentar recurso, importa em declarado ânimo protelatório, conduta que avilta o dever de probidade estampado no art. 14 do CPC. A multa imposta pelo Tribunal *a quo* merece ser mantida.

Ao remate, repiso que desta Corte Superior devem sempre emanar decisões pedagógicas que, a pretexto de harmonizar e jurisprudência pátria ou de dar à legislação infraconstitucional interpretação uniforme, jamais induzam ao absurdo raciocínio de conversão desta Especial Instância em tribunal de apelação.

É desserviço que se presta à Cidadania brasileira sempre que esta Corte usar avançar por sobre o que um tribunal estadual ou federal, exaustivamente - como no caso presente - se debruçou e prestou integral jurisdição, e o fez não para satisfazer a ambas as partes, por certo lançou mão dos instrumentos de hermenêutica que entendeu pertinentes e, efetivamente, disse o Direito a uma delas.

Por mais nobre e cidadã que seja a irresignação com a malversação do dinheiro público diante do ainda perene desequilíbrio social que experimentamos neste país - e nós, Magistrados, devemos ser protagônicos de tal inconformismo, porém sob as balizas da Lei -, e mesmo se vivêssemos em situação social de pleno equilíbrio, cabe ao Estado por sua competente e cada vez mais aparelhada Advocacia Pública, primar pela coerência e envidar esforços continuados, jamais claudicantes, para evitar ou reprimir a evasão de recursos públicos de maneira criminoso. O que não se pode tolerar é a reles tentativa de transferir para esta Corte Superior ônus que não lhe cabe arcar por ímproba postura de gestores públicos a reclamar, esta sim, responsável, refinada e astuciosa persecução da Advocacia Pública e do Ministério Público e, para tanto, não lhes faltam instrumentos positivados tanto no campo do Direito Administrativo Sancionador como no do Direito Penal.

Assim, por todo o exposto, *conheço parcialmente e*, nessa parte, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Em sede de voto-vista, o Ministro Herman Benjamin argumenta que, segundo a parte recorrente, o acordo entre Estado e credor consolidava o débito com correção monetária até a data de 31 de janeiro de 1993, de modo que o valor a ser pago somente seria corrigido, evidentemente, a partir de 1º de fevereiro daquele ano. Entretanto, ao promover a execução, o credor teria calculado a correção monetária a partir de janeiro de 1993, fato que implicaria dupla contagem e excesso de execução.

Quanto ao ponto, sustenta o Ministro Herman Benjamin que *não teria havido manifestação sobre a matéria de modo fundamentado*.

No entanto, como consta do voto proferido em sessão por este Relator e ao contrário do trecho colacionado pelo Ministro Herman Benjamin, entendo que o Tribunal manifestou-se expressamente sobre o tema, se utilizando, *inclusive e não somente*, de excerto constante das contrarrazões dos particulares.

Confira-se o que restou consignado pela Corte de origem:

No pertinente à duplicidade de saldos e ao excesso de execução (janeiro e fevereiro de 1993), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se expressamente sobre a questão, decidindo-a nestes termos (fl. 482):

O pequeno excesso de execução já foi bem corrigido pelo ilustre Magistrado de Primeiro Grau.

Como bem salientado, a respeito, nas bem lançadas contra-razões (fls. 927):

Toda discussão gira em torno da data-base de janeiro ou fevereiro de 1993 para início dos cálculos. É óbvio, é aritmético, que dependendo da data-base escolhida, o número final será diferente, e, no caso, está provado ad nauseam, nos autos (inclusive com cálculos dela própria Fazenda, para fundamentar alguns depósitos), que a data-base tem que ser de janeiro de 1993, sob pena de não cumprimento do princípio constitucional da justa indenização.

Os ora recorridos fazem suas, portanto, as palavras, laudos e argumentos a respeito dos Srs. Peritos Judicial, Assistente técnico dos autos e do próprio Mm. Juiz em sua sentença.

Quanto à perícia realizada, não se nota nenhuma irregularidade. E o mais importante: não se admite, agora, qualquer insinuação sobre a falta de capacidade técnica do Sr. Perito. ***A questão da eventual duplicidade de saldos para o mesmo crédito, foi dirimida diante da afirmação do perito no sentido de ter a 6ª parcela, o valor de R\$ 15.278.666,27 e, a 7ª, significar R\$ 13.373.631,61, ambas quantias para 31.12.1999.***

No mais, cita-se a r. sentença (fls. 545):

Não se pode voltar ao passado para analisar a condenação no processo de conhecimento, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada material.

E mais, sendo isto o fundamental: (fls. 548-549):

A dívida foi insuficientemente honrada pela Fazenda Pública.

(...)

O pagamento insuficiente do precatório, insista-se, é expediente escuso da Fazenda Pública, que abarrota de serviço os Tribunais em detrimento da desejável celeridade de prestação da tutela jurisdicional.

E nota-se: Trata-se de acordo celebrado entre as partes, o que torna a situação mais vexatória para a executada. A Fazenda do Estado, diante desta avença, regularmente homologada, reconheceu sua dívida e os critérios de reajuste das parcelas a serem pagas. Comportamento que deixa mesmo muito a desejar. (Grifou-se).

Ora, está claro que o Tribunal *a quo* se utilizou de parte da fundamentação das contrarrazões como razões de decidir, fato que, por si só, já afastaria a alegação de ausência de fundamentação.

Mas não é só.

A decisão do Tribunal, ao contrário do que possa fazer crer o voto-vista, não se limitou a transcrever trecho das contrarrazões da parte recorrida. Pela simples leitura do acórdão recorrido, fica claro que o TJSP se utilizou de outros argumentos para tratar da duplicidade e do excesso de execução, não havendo que se falar em carência de fundamentação.

Assim, tenho que todas as questões foram satisfatoriamente abrangidas pela Corte *a quo*, tornando evidente que a pretensão da União é imputar ao TJSP nova manifestação sobre o tema, à luz de suas pretensões, suscitando a violação do disposto no artigo 535, II, do CPC.

Por todo o exposto, mantenho meu voto para afastar a argüição de violação do artigo 535, II, do CPC, considerando a existência de manifestação da Corte de origem sobre todos os temas postos à sua apreciação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se, na origem, de Embargos à Execução interpostos pelo Estado contra particulares que cobram diferença no pagamento de precatório, cujo débito fora objeto de acordo homologado judicialmente.

O juiz de primeira instância deu provimento parcial aos Embargos à Execução, “reconhecendo o excesso de execução na ordem de R\$ 107.907,15”

e mantendo a cobrança pela diferença, no valor de R\$ 36.006.916,82 (valor em 31.01.2001 - fl. 479).

Houve Apelação e o TJ manteve a sentença, condenando o Estado à multa de 0,5% sobre o valor devido, por litigância de má-fé (fl. 484).

O eminente Ministro Mauro Campbell (relator) conheceu parcialmente do Recurso do Estado e, nessa parte, negou-lhe provimento.

Passo a meu voto-vista.

Na apelação, entre outros argumentos recursais, o Estado apontou que o acordo firmado com os credores do precatório consolidava o débito corrigido até 31 de janeiro de 1993. Por essa razão, esse mesmo acordo previa a continuidade da correção monetária somente a partir de 1º de fevereiro de 1993, e não a partir de janeiro daquele ano, como calculado na Execução. Transcrevo trechos da apelação (fls. 127-128, grifei):

Na cláusula 2.2 foram fixados os valores a serem pagos para as parcelas então vincendas (5ª, 6ª, 7ª e 8ª), valores em cruzeiros até 31 de janeiro de 1993, vale dizer, atualizados até 31 de janeiro de 1993, inclusive.

Na cláusula 2.4 foi fixada a data a partir da qual aqueles valores passariam a ser corrigidos monetariamente, 1º de fevereiro de 1993, ou seja, o termo a quo da correção monetária também foi previsto no acordo.

(...)

Consultando a tabela prática do Tribunal de Justiça, que foi utilizada pela autora, constata-se que esse coeficiente, 157.420,00471, é válido para o mês de janeiro de 1993, enquanto que a cláusula 2.4, do acordo, expressamente consignou que a correção monetária teria como termo *a quo* o dia 1º de fevereiro de 1993, cujo coeficiente, também na tabela prática, é de 202.709,817309, portanto, os autores está aplicando um mês a mais de correção monetária no termo inicial o que redundava em excesso de execução.

Este é o argumento recursal a que vou me ater em meu voto-vista.

Repito que, segundo o recorrente, o acordo entre Estado e credor consolidava o débito com correção monetária até 31 de janeiro de 1993, de modo que o valor a ser pago somente seria corrigido, evidentemente, a partir de 1º de fevereiro daquele ano. Entretanto, ao promover a Execução, o credor teria calculado a correção monetária a partir de janeiro de 1993, o que implicaria *dupla contagem* e, portanto, *excesso de Execução*.

Com a devida vênia ao eminente Relator, Ministro Mauro Campbell, o *Tribunal de origem não se manifestou sobre a matéria de modo fundamentado.*

O único trecho do acórdão recorrido que faz referência ao termo inicial da correção monetária é a simples transcrição das contra-razões dos particulares, sem qualquer juízo de valor a respeito (fl. 482, grifei):

Como bem salientado, a respeito, nas bem lançadas contra-razões (fls. 927):

Toda discussão gira em torno da data-base de janeiro ou fevereiro de 1993 para início dos cálculos. É óbvio, é aritmético, que dependendo da data-base escolhida, o número final será diferente, e, no caso, está provado *ad nauseam*, nos autos (inclusive com cálculos dela própria Fazenda, para fundamentar alguns depósitos), *que a data-base tem que ser de janeiro de 1993, sob pena de não cumprimento do princípio constitucional da justa indenização.*

Os ora recorridos fazem suas, portanto, as palavras, laudos e argumentos a respeito dos Srs. Peritos Judicial, Assistente técnico dos autos e do próprio Mm. Juiz em sua sentença.

Veja-se, portanto, que o Tribunal de Justiça tomou como certo que a correção monetária deve ser computada a partir de janeiro de 2003, “sob pena de não cumprimento do princípio constitucional da justa indenização”.

Nenhuma palavra há sobre as cláusulas 2.2 e 2.4 do acordo que, segundo o Estado, consignam que o débito já fora consolidado com correção monetária até janeiro de 1993, de sorte que ela somente deveria voltar a ser computada a partir de 1º de fevereiro daquele ano.

A omissão *foi suscitada nos aclaratórios opostos na origem*, conforme o seguinte trecho dos Embargos do Estado (fl. 510, grifo no original):

Trata-se de excesso decorrente da consideração do mês de janeiro de 1993 como termo *a quo* da correção monetária e não o de fevereiro de 1993, como deveria, *segundo constante no próprio acordo homologado.*

A diferença dos respectivos índices acarretou a brutal diferença no valor executado, a configurar o excesso apontado nos embargos e na apelação, que sequer mereceram exame e pronunciamento dessa C. Câmara.

Daí a necessidade dos presentes embargos, visando a suprir a omissão apontada, já que careceu a v. decisão de fundamentação suficiente a amparar a conclusão nela constante sobre a exatidão do cálculo elaborado pelo perito.

Os aclaratórios foram rejeitados, sem qualquer manifestação sobre a previsão contratual de correção somente a partir de fevereiro de 1993 (fl. 520).

Eis, portanto, evidente *omissão*.

Não basta apenas transcrever as contra-razões dos particulares para, *implicitamente*, reconhecer que a correção monetária deve ser calculada a partir de janeiro de 1993, “sob pena de não cumprimento do princípio constitucional da justa indenização” (fl. 482). Seria preciso que o Tribunal de Justiça se manifestasse expressamente quanto à alegação de que o acordo firmado entre as partes previa a correção somente a partir de fevereiro daquele ano. Tanto mais porque o Estado de São Paulo, em seus Embargos de Declaração, insistiu, de maneira incisiva, na questão. Voltou a transcrever trecho dos aclaratórios, com grifo no original (fl. 510):

Trata-se de excesso decorrente da consideração do mês de janeiro de 1993 como termo *a quo* da correção monetária e não o de fevereiro de 1993, como deveria, *segundo constante no próprio acordo homologado*.

A diferença dos respectivos índices acarretou a brutal diferença no valor executado, a configurar o excesso apontado nos embargos e na apelação, que sequer mereceram exame e pronunciamento dessa C. Câmara.

Daí a necessidade dos presentes embargos, visando a suprir a omissão apontada, já que careceu a v. decisão de fundamentação suficiente a amparar a conclusão nela constante sobre a exatidão do cálculo elaborado pelo perito.

Ora, se por acaso o “princípio constitucional da justa indenização” levou o Tribunal a afastar a aplicação da cláusula contratual (pode ter sido o caso, mas não há clareza no acórdão), tal deve ficar consignado, até para que se permita eventual recurso contra esse fundamento específico.

Reconheço, portanto, a ofensa ao art. 535 do CPC, quanto a essa matéria, essencial para o deslinde da demanda.

Quanto aos demais pontos levantados pelo Estado, em especial a alegada duplicidade de saldos no laudo pericial (que não se confunde com a questão do termo inicial da correção monetária) e a necessidade de expedição de novo precatório, o Ministro Mauro Campbell tem razão, pois houve manifestação expressa do TJ-SP a respeito.

No que se refere à suposta litigância de má-fé do Estado, é compreensível a frustração do Tribunal de Justiça por conta de décadas de procedimento jurisdicional relativo à indenização expropriatória e ao pagamento de precatório.

Mas é preciso reconhecer que, em face dos múltiplos recursos permitidos pela lei processual, o Procurador do Estado deve mesmo que recorrer sempre que a decisão lhe seja desfavorável e haja, evidentemente, fundamento para isso.

Ademais, o Judiciário tem sua parcela de culpa, inclusive quando perde a oportunidade de reconhecer e corrigir suas omissões no momento adequado, evitando trâmites processuais desnecessários.

O Estado jamais admitiu que a sentença lhe foi totalmente favorável, o que configuraria má-fé na interposição da apelação (fl. 480). Apenas afirmou que logrou comprovar excesso de Execução.

Isso é verdade! A sentença deu parcial provimento aos Embargos para reduzir o valor cobrado em mais de R\$ 100 mil. Não se trata de “pequeno excesso de execução”, como classificou o TJ-SP (fl. 482).

Ainda que o valor total da Execução esteja na casa dos milhões de reais, é evidente que o Procurador do Estado não pode dispor de mais de R\$ 100 mil em recursos públicos em prol da celeridade processual.

Quanto à apelação, já vimos que foi apontada pelo menos uma violação a lei federal realmente procedente, qual seja a ofensa ao art. 535 do CPC no que se refere à previsão contratual de correção monetária somente a partir de fevereiro de 1993, o que demonstra inexistência de má-fé na interposição do recurso.

Afasto, portanto, também a condenação em litigância de má-fé.

Diante do exposto, *peço vênias para divergir do eminente Relator, com as homenagens de sempre, para dar provimento ao Recurso Especial e determinar o retorno dos autos para que o TJ-SP manifeste-se expressamente a respeito da questão suscitada.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 967.375-RJ (2007/0155607-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Phitoterapia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda.

Advogado: Wilson Pimentel e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Processual Civil e Ambiental. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Dissídio jurisprudencial. Inobservância das exigências legais e regimentais. Aplicação do princípio do poluidor pagador.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea **c** do permissivo constitucional.

3. O STJ alberga o entendimento de que o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição.

4. De acordo com o princípio do poluidor pagador, fazendo-se necessária determinada medida à recuperação do meio ambiente, é lícito ao julgador determiná-la mesmo sem que tenha sido instado a tanto.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Dr(a). Ricardo Loretti, pela parte Recorrente: Phitoterapia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 20.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública com pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela proposta pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* em face de *Phitoterapia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda.*, cujo nome fantasia é *Embeleze Cosméticos*.

Na Exordial, o Ministério Público Estadual afirma que a ré é responsável por causar danos ao meio ambiente. Sustenta, em síntese, que a empresa não respeita as normas técnicas relativas: *a)* ao despejo e tratamento de efluentes industriais; *b)* ao despejo de esgoto doméstico; e *c)* ao manuseio, armazenamento e destinação final de resíduos sólidos industriais; bem como não respeita as normas que regem: *a)* a intervenção em faixa marginal de rios e *b)* a canalização de rios.

Afirma, ainda, que a ré tem o dever objetivo de recuperar a área degradada, bem como tem o dever de indenizar a coletividade pelas privações e danos causados.

A sentença proferida pela Magistrada de Primeira Instância confirmou a decisão interlocutória, determinando à ré:

a) colocar em funcionamento a Estação de Tratamento de Efluentes Industriais, de acordo com a NT 202 R.10 (Feema), devendo a mesma estar ligada a todos os pontos geradores de efluentes;

b) promover a segregação de tubulações contaminadas por esgoto doméstico, ligando-as a sistema de tratamento de acordo com a DZ 215 R1 (Feema);

c) promover o enclausuramento da área em que se dá o manuseio do hidróxido de amônia, evitando-se a dispersão de gases na atmosfera;

d) abster-se de lançar resíduos sólidos a céu aberto;

e) abster-se de promover a queima de resíduos a céu aberto;

f) abster-se de promover a canalização do rio Tatu-Gamela até que obtenha autorização do órgão público competente;

g) abster-se de efetuar qualquer espécie de intervenção (construções, desmatamentos, etc.) na faixa de trinta metros contados do nível mais alto do curso de água do rio Tatu-Gamela (faixa marginal de proteção);

h) abster-se de captar água subterrânea até que obtenha autorização de órgão público competente (Serla); e

i) apresentar em juízo o inventário dos resíduos industriais gerados.

Além da confirmação da decisão liminar, a magistrada condenou a ré a:

a) recuperar cabal e irrestritamente a área, inclusive demolir as edificações construídas na faixa marginal de proteção;

b) indenizar a coletividade pelas privações impostas durante o tempo em que perdurar o dano ambiental até que a área tenha sido integralmente recuperada, devendo a respectiva verba reverter em favor do Fundo Estadual de Conservação Ambiental (Fecam); e

c) arcar com os ônus sucumbenciais sobre o valor atualizado da causa.

Ao considerar a conduta da empresa durante o curso do feito, a Juíza de Primeira Instância decretou a suspensão temporária das atividades da ré.

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento aos recursos da ré, restou assim ementado:

Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Procedência do pedido. Improvimento do recurso. Se as provas carreadas aos autos demonstram a agressão ao meio ambiente, caracterizada fica a violação às leis que regem a matéria impondo-se a procedência da ação. Não havendo dúvidas que os ataques ao meio ambiente são de apreciação pela ótica da responsabilidade objetiva, agressões essas que se configuram mediante a simples consumação da atividade daninha e a constatação do dano, em que se impõe a resposta do lesante, que há de varrer o prejuízo restabelecendo o *statu quo ante* ou arcar com a indenização que se faça necessária, observada a correta dosagem de seu valor. Recurso improvido. (fl. 731)

A Corte *a quo*, ao analisar o conjunto fático-probatório constantes dos autos, entendeu haver provas que demonstram a agressão ao meio ambiente, caracterizando, assim, violação às leis ambientais.

Decidiu, ainda, que “os argumentos postos no recurso não são suficientes para desconstituir os elementos constantes dos autos que ensejaram o livre convencimento do julgador” (fl. 737).

Inconformada com o entendimento firmado pela Corte de origem, a recorrente interpôs recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos artigos 459, 460 e 535 da Lei Processual. Nas razões recursais, defende, em síntese, que:

a) houve julgamento *extra petita*, tendo em vista que a demolição das construções situadas na faixa de proteção permanente não foi requerida pela autora da ação, o que enseja a violação dos arts. 459 e 460 do CPC;

b) houve omissão no acórdão recorrido, uma vez que a recorrente fez impugnações ao laudo de verificação de cumprimento da liminar, mas o Tribunal limitou-se a fazer assertivas genéricas, bem como deixou de ponderar o dano existente, a eficácia das medidas sugeridas pelo Ministério Público e a consequência destas para a recorrente e para a sociedade, violando, portanto, o art. 535 do CPC; e

c) há divergência jurisprudencial quanto à existência do cerceamento de defesa, tendo em vista que o acórdão recorrido sequer apreciou o pedido de produção de prova da recorrente, enquanto o acórdão paradigma reconheceu o cerceamento de defesa ao direito de defesa ao não se conceder a possibilidade ao réu de comprovar o alegado.

A recorrente pugna pelo recebimento do recurso com efeito suspensivo a fim de evitar o cumprimento do acórdão recorrido antes do julgamento de mérito por esta Corte.

Requer, assim, o provimento do recurso.

Nas contra-razões apresentadas às fls. 1.145-1.163, o *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* sustenta que o recurso especial é inadmissível, afirmando que: *a)* os arts. 459 e 460 do CPC não foram prequestionados; *b)* não há omissão no acórdão recorrido; *c)* a argumentação relativa ao eventual cumprimento das determinações contidas na liminar que deferiu a tutela antecipada esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ devido à necessidade de reexame do conjunto fático-probatório; e *d)* não houve demonstração do dissídio jurisprudencial. No mérito sustenta que o recurso não merece provimento.

O *Ministério Público Federal* emitiu parecer contrário ao conhecimento do recurso especial (fls. 1.174-1.182) alegando que: *a)* não houve o prequestionamento dos arts. 459 e 460 do CPC; *b)* o Tribunal de origem se manifestou sobre todos os pontos essenciais necessários à solução da demanda;

e *c*) a divergência jurisprudencial não restou demonstrada devido à ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Sob a rubrica de violação ao art. 535 do CPC, argumenta-se que a Corte Regional teria deixado de suprir omissão relativa à tese, declinada nas razões do recurso de apelação, de julgamento *extra petita*. Diferentemente do que se sustenta no recurso especial, verifico que o Tribunal de origem demonstrou de forma inequívoca os fundamentos que conduziram-no a afastar o alegado vício.

Confira-se que, logo no acórdão da apelação, o Tribunal de segunda instância invoca implicitamente o Princípio Ambiental do Poluidor Pagador para cancelar as medidas determinadas pelo juízo sentenciante (fl. 739):

Conclui-se que, as provas carreadas aos autos demonstram a agressão ao meio ambiente, caracterizando violação às leis que regem a matéria em questão. Não há dúvidas que os ataques ao meio ambiente são de apreciação pela ótica da responsabilidade objetiva, agressões essas que se configuram mediante a simples consumação da atividade daninha e a constatação do dano, em que se evidencie o nexo causal, *oportunidade em que se impõe a resposta do lesante, que há de varrer o prejuízo restabelecendo o status quo ante ou arcar com a indenização que se faça necessária, observada a correta dosagem do seu valor.*

De forma mais explícita, refutou-se diretamente a tese de julgamento *extra petita* quando da apreciação dos primeiros embargos declaratórios, confira-se:

O Ministério Público pretendeu na inicial (item **b**, II. 2) a condenação da ré a recuperar integralmente a área degradada, não havendo dúvida quanto à incorrência de julgamento *extra petita in casu*, eis que a procedência de tal pretensão implica, inquestionavelmente, na demolição das construções realizadas na faixa marginal de proteção para que a área degradada retorne ao *status quo ante*.

Ao que se vê, portanto, ainda que se considerasse omissa a apelação, o julgamento dos primeiros embargos declaratórios, na passagem acima transcrita, teria suprido qualquer lacuna. Nesses moldes, não há falar em provimento jurisdicional faltoso, senão em provimento jurisdicional que

desampara a pretensão da embargante, o que, a toda evidência, não enseja embargos declaratórios.

Ainda apontando infringência ao art. 535 do CPC, alega-se que o Tribunal de origem haveria de considerar que “*a obtenção do resultado prático estaria comprometida pela [existência de residências lançadoras de esgoto ao longo do rio Tatu-Gamela]*”. Nesse aspecto, evidencia-se que a parte pretendia valer-se dos declaratórios para a revisão do julgado, e não para sanar qualquer lacuna, objetivo esse que não autoriza o manejo do instrumento previsto no art. 535 do Código Processual.

Não se constata, outrossim, alegado cerceamento de defesa, que se veria substanciado na omissão a respeito de impugnações ao laudo pericial. Quanto ao ponto, confira-se a apreciação explícita levada a efeito no julgamento dos primeiros embargos declaratórios, a revelar que o presente caso trata de hipótese em que a parte pretende ressuscitar matéria preclusa:

No que concerne à pretendida produção de prova pericial “abrangente”, resta evidenciado que o acórdão abordou tal matéria.

Conforme salientado no parecer da Procuradoria de Justiça, adotado pelo Relator:

Em nenhum momento, apesar de devidamente intimada, a parte ré refutou a qualificação do perito designado para a produção da prova pericial, só o fazendo quando do resultado que confirmou a conduta ilícita ad empresa, entendendo este PJ ser matéria preclusa.

Por outro lado, os próprios elementos dos autos atestam a qualidade do profissional, sendo que seus dados corroboram a farta documentação acostada pelo Ministério Público, esta obtida quando da instrução do Inquérito Civil, podendo o Magistrado valer-se de todos os elementos constantes dos autos para a formação de seu juízo de valor, estes que, irmanamente, concluem pela procedência do pedido

(...)

Tais fatos tornaram-se incontroversos, sendo daí dispensável a instrução pugnada pela Apelante, inexistindo a necessidade de realização de outras provas além das anexadas aos autos, sendo que a perícia simplesmente confirmou a extensão dos danos a forma de reparação, saí corretíssimo o julgamento antecipado da lide, inexistindo cerceamento de defesa e sim inadequação da mesma, sendo erro da Ré e não do Julgador.

(...)

Registre-se, por oportuno, que a ré reconhece a natureza da prova pericial do laudo de fls. 344-420, à medida que foi requerida pela mesma:

devolução do prazo para manifestação sobre o laudo pericial (fl. 439)
(...)

assim como foram apresentados quesitos pela ré.

Interposto o recurso especial também com esteio na alínea **c**, dele não conheço, pois a tese de cerceamento de defesa restou decidida no tópico anterior. Com efeito, ainda que assim não fosse, o acórdão paradigma cuida de hipótese em que o julgador, por um lado, indeferiu produção de prova e, por outro, declarou a fraqueza das provas produzidas pela parte, enquanto, no presente caso, a parte pretende reinaugurar fase processual já preclusa. Ausente, assim, a necessária similitude fática entre os julgados.

A fim de averiguar a plausibilidade da alegação de julgamento *extra petita*, cumpre cotejar o pedido constante na exordial e o provimento judicial correspondente. Pois bem, a sentença de fls. 604-614 confirmou a decisão antecipatória de fls. 288-291 nos seguintes termos:

Ex positis, julgo procedente o pedido e condeno a Ré sob pena de interdição definitiva de suas atividades a cumprir fielmente todas as determinações constantes da decisão de fls. 290-291, devidamente descritas na inicial.

Contemplou-se ainda, na parte dispositiva da sentença de mérito, o seguinte:

Condeno-a, igualmente a recuperar cabal e irrestritamente a área, inclusive demolindo as edificações construídas na faixa marginal de proteção.

Condeno-a, ainda, a indenizar a coletividade pelas privações impostas durante o tempo em que perdurar o dano ambiental até que a área tenha sido integralmente recuperada, devendo a respectiva verba reverter em favor do Fundo Estadual de Conservação Ambiental (Fecam).

Condeno-a, por derradeiro, aos ônus da sucumbência, com honorários de 20% (vinte por cento), incidentes sobre o valor atualizado da causa, acrescido de juros legais de 1% (um por cento), a partir da citação.

(...)

Considerando que a conduta irreverente da Ré durante todo o curso do feito não deixa dúvidas de que a simples prolação de sentença de mérito não será meio hábil para inibir suas atividades lesivas, decreto a suspensão temporária *sine*

die das atividades da empresa até que a Ré comprove ter atendido as obrigações resultantes da concessão da medida liminar.

De fato, não houve pedido inicial explícito no sentido de que qualquer construção fosse demolida, nem mesmo que fossem suspensas as atividades da empresa ré. Ocorre que a constatação singela não pode conduzir imediatamente à nulidade por desobediência do dever de adstrição ao pedido. Como de geral sabença, esta Corte alberga o entendimento de que o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Servidor público. Pensão. Afronta ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Arts. 1º do Decreto n. 20.910/1932 e 112 da Lei n. 8.112/1990. Afronta genérica. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284-STF. Súmula n. 85-STJ. Aplicabilidade. Decisão *extra petita*. Não-ocorrência. Precedente do STJ. Ação ajuizada antes da edição da MP n. 2.180-35/01. Juros moratórios. 12% ao ano. Precedente do STJ. Recurso especial conhecido e improvido.

1. Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, não se devendo confundir “fundamentação sucinta com ausência de fundamentação” (REsp n. 763.983-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28.11.2005).

2. A indicação genérica de afronta a dispositivo de Lei Federal implica deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula n. 284-STF.

3. “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação” (Súmula n. 85-STJ).

4. O juiz, ao decidir, deve restringir-se aos limites da causa, fixados pelo autor na petição inicial, sob pena de proferir decisão *citra*, *ultra* ou *extra petita*. No entanto, o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado para os requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição. Precedente do STJ.

5. Nas condenações impostas à Fazenda Pública referentes às ações ajuizadas antes da edição da MP n. 2.180-35/01, que incluiu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997, devem os juros moratórios ser fixados em 12% ao ano, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 2.322/1987. Precedentes do STJ.

6. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp n. 971.285-PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 03.08.2009)

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Multa administrativa. Prática de ato lesivo ao meio ambiente. Alegação de julgamento *extra petita*. Art. 460 do CPC. Não-ocorrência.

1. Alegação de que o magistrado de primeiro grau de jurisdição, ao declarar a nulidade da multa administrativa, proferiu sentença de natureza diversa da pedida pelo autor, que limitou-se a requerer a substituição da pena de multa que lhe foi aplicada pela de prestação de serviços relacionados à proteção do meio ambiente.

2. Não viola o art. 460 do CPC o julgado que interpreta de maneira ampla o pedido formulado na petição inicial, pois *“o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica ‘dos pedidos’”* (REsp n. 284.480-RJ, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02.04.2001).

3. Hipótese, ademais, em que o magistrado de primeiro grau de jurisdição declarou a nulidade da pena de multa aplicada ao autor, sem prejuízo da aplicação de nova penalidade pelo Ibama, desde que adequada aos princípios que regem a atividade administrativa.

4. Percebe-se, desse modo, que o ora agravante poderá impor nova penalidade ao administrado, convertendo-a, inclusive, se assim entender, em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, nos termos do § 4º do art. 72 da Lei n. 9.605/1998.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.038.295-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 03.12.2008).

Na presente hipótese, os provimentos supostamente desvinculados do pedido, antes mesmo de guardarem perfeita sintonia com os pedidos formulados pelo Ministério Público, constituem condição *sine qua non* do resultado almejado pela ação civil pública ambiental, conclusão a que chegou o TJRJ na seguinte passagem (fls. 734-736):

E diante de provas tão robustas, a magistrada de primeiro grau, com muita propriedade, reconheceu os danos ambientais existentes e condenou a ré à obrigação de fazer, consistente em elaborar e executar um plano de recuperação nas áreas danificadas, como bem salientado na decisão recorrida a seguir transcrita [604-614]:

(...)

O *decisum* não merece ser reformado, pois *somente dessa forma haverá séria e eficaz tutela ao direito ao meio ambiente.*

Há ainda, para além da conformação estritamente processual que a hipótese admite, que se considerar a natureza da causa em tela, a impor a adoção de modelos e paradigmas próprios do Direito Ambiental, o que se justifica a partir das diversas peculiaridades desse ramo do Direito. No contexto, encontra plena aplicação o princípio do poluidor pagador, a indicar que, fazendo-se necessária determinada medida à recuperação do meio ambiente, é lícito ao julgador determiná-la mesmo sem que tenha sido instado a tanto.

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.057.828-SP (2008/0104560-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon

Procurador: Maria Bernadete Bolsoni Pitton e outro(s)

Recorrido: Asia Motors do Brasil S/A

Advogado: Adriana Paula Sotero e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Direito do Consumidor. Anúncio de veículo. Valor do frete. Informação no rodapé. Letras miúdas. Reexame de prova. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Propaganda enganosa. Não-caracterização.

1. Inviável a verificação do tamanho dos caracteres utilizados no anúncio publicitário, em razão do óbice da Súmula n. 7-STJ.

2. Anúncio publicitário que informa a não-inclusão do valor do frete no preço ofertado e, ao mesmo tempo, não especifica o seu valor correspondente, por si só, não configura publicidade enganosa ou abusiva, ainda que essa informação conste no rodapé do anúncio veiculado em jornal.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando a Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, com a ressalva do ponto de vista do Sr. Ministro Herman Benjamin.” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (voto-vista) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 27.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Na origem, cuida-se de ação anulatória de penalidade administrativa proposta pela recorrida contra a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon, sob o fundamento de que fora autuada e penalizada com multa decorrente de anúncio publicitário de automóvel, veiculado em jornal de grande circulação, em desacordo com o art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, pelo fato de não estar discriminado o valor do frete.

A ação foi julgada procedente para o fim de anular o auto de infração e a imposição de multa (fl. 176).

Essa decisão ensejou a interposição de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sem sucesso, conforme acórdão abaixo ementado:

Direito do Consumidor. Anúncio de veículo sem valor do frete. Informação no rodapé de que o preço do produto anunciado não inclui o valor do frete. Suficiência. Propaganda enganosa ou fraudulenta. Não caracterização. Procedência da ação mantida.

(fl. 226)

Irresignado, interpõe o Procon este recurso especial, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, sob alegação de violação do art. 37, § 1º, do CDC.

Sustenta, em síntese, que o anúncio de vendas de automóveis, constando a “não inclusão do frete em caracteres miúdos e no rodapé, sem indicar ainda qual seria este valor” (fl. 244), constitui infração ao Código de Defesa do Consumidor.

Requer seja provido o especial para julgar improcedente a ação.

Apresentadas contrarrazões, inadmitido o especial, subiram os autos por força de agravo de instrumento (fl. 294).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A questão a ser apreciada nestes autos é verificar se *o anúncio de vendas de automóveis, em que consta a não-inclusão do frete no rodapé, sem indicação de valor, é capaz de induzir a erro o consumidor, ensejando violação do art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.*

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A teor do que dispõe o § 3º do art. 37 do CDC, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Segundo o Prof. e Magistrado Rizzatto Nunes, a palavra essencial “será aquela informação ou dado cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar, bem como não gere um conhecimento adequado do uso e consumo do produto ou serviço, ‘realmente’, tal como são” (*in* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Editora Saraiva, 2ª edição reformulada, 2005, p. 449).

Nas lições de Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, *in* “Manual de Direito do Consumidor”, Editora Revista dos Tribunais, 2008, f. 204, existem dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por comissão e a por omissão.

Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é.

Diante desse contexto doutrinário, no presente caso, concluiu o Tribunal *a quo* que a forma como anunciado o produto não induz a erro o consumidor, pois contém a informação de que o frete não está incluso (fls. 230-231).

O Procon-SP, por sua vez, afirmou que:

a recorrida veiculou anúncios de automóveis *com informações reduzidas no rodapé* de que no valor do veículo não estava incluído o valor do frete, não informando qual seria este valor. (...) Não há espaço para dúvidas. *O anúncio apresentava preços e outras informações de forma destacada, mas a não inclusão do frete em caracteres miúdos e no rodapé, sem indicar ainda qual seria este valor. É claro seu potencial de indução a erro.*

(fl. 244 - *grifos nossos*)

O Tribunal de origem, todavia, assim entendeu:

(...) Conforme se verifica da propaganda, no rodapé constam as informações necessárias, inclusive o aviso de que o valor do frete não está incluído no preço do produto (fls. 115).

(fl. 229)

Observa-se no trecho acima que não foi mencionado pela Corte *a quo* a forma ou tamanho em que se apresentavam os caracteres das informações no rodapé, limitando-se a deixar clara a sua existência. Diante disso, verificar se as letras eram legíveis ou não implicaria, inevitavelmente, em revolvimento das provas, procedimento esse vedado em recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7-STJ.

Superada essa questão, resta analisar a tese de que a simples ausência do valor do frete do produto já configuraria em publicidade enganosa.

Nos termos do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar, entre outros dados, informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem.

Assim, a partir de um juízo de razoabilidade, entendo que se o anúncio publicitário consignar que o valor do frete não está incluído no preço ofertado, não há, a toda vista, publicidade enganosa ou abusiva, ainda que essa informação conste no rodapé do anúncio veiculado em jornal ou outro meio de comunicação impresso.

Reforça-se que não estamos diante de situação em que o anúncio é absolutamente omissivo quanto à parcela do preço do produto (frete). Nesse caso, até se cogitaria a ideia de que o consumidor seria induzido em erro e se surpreenderia com a exigência dessa quantia, não prevista no anúncio.

Ademais, entender pela necessidade de fazer constar o valor do frete do produto em todos os anúncios, inviabilizaria as campanhas publicitárias de âmbito nacional, especialmente em nosso país de proporções continentais, em que essa parcela necessariamente sofreria grandes variações.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Direito do Consumidor. Anúncio de veículo sem valor do frete. Informação no rodapé de que o preço do produto anunciado não inclui o valor do frete. Suficiência. Propaganda enganosa ou fraudulenta. Não caracterização. Procedência da ação mantida (e-STJ fl. 226).

A recorrente aponta ofensa ao art. 37, § 1º, da Lei n. 8.078/1990. Afirma que foi caracterizada a propaganda enganosa, tendo em vista que “o anúncio apresentava preços e outras informações de forma destacada, mas a não inclusão do frete em caracteres miúdos e no rodapé, sem indicar ainda qual seria este valor (...) é claro seu potencial de indução a erro” (fl. 244, e-STJ).

Contra-razões às fls. 264-268.

É o *relatório*.

Passo ao meu voto.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 06.05.2010.

Cuida-se de ação anulatória de penalidade administrativa ajuizada pela recorrida contra a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon. A autuação ocorreu por não estar discriminado, em propaganda de veículo de luxo em jornal de grande circulação, o valor do frete do produto, em desacordo com o art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. O juiz de primeiro grau julgou procedente a demanda para anular a multa.

O Tribunal de Justiça manteve o *decisum* sob a seguinte fundamentação:

Ora, como diz a própria autora, a propaganda do veículo Galoper II, Luxo, são (*sic*) para *pessoas de alto poder aquisitivo de tal sorte que, a começar daí, já a ausência do valor do frete é algo rigorosamente insignificante*. Quem for ou foi atrás desse veículo para comprar, à vista da propaganda veiculada, com a maior certeza está interessada em adquirir um produto de luxo, sem maiores preocupações com respeito ao dinheiro que irá despende, ainda que seja avisado na hora de fechar o negócio que terá de pagar um *plus* pelo frete.

Portanto, a propaganda há de ser vista em relação ao público alvo e não como algo prejudicial à toda coletividade. *Conforme se verifica da propaganda, no rodapé constam as informações necessárias, inclusive o aviso de que o valor do frete não está incluído no preço do produto (fls. 115)*.

É obrigatório que o anunciante, no caso específico, diga o valor do frete? É manifesto que não, bastando apenas o aviso de que o valor do frete não se inclui no preço do veículo. Aliás, tal estratégia pode ir até mesmo contra o anunciante, já que o potencial adquirente pode até ser desestimulado a procurar a agência de carros já que pode presumir que se não constou o valor é porque o preço do frete é bastante alto.

(...)

Poder-se-ia argumentar que a propaganda acena com a venda pelo preço fixado, mas acrescenta valor a título de frete e que só o deslocamento do adquirente à loja, já caracteriza a má-fé, posto que faz com que este se dirija ao estabelecimento quando, se soubesse antecipadamente do preço do frete, não iria. Acontece que essa hipótese não se configura como indução a erro por parte do consumidor. Qual é o erro possível, se a propaganda avisa que o frete não está incluso, ou seja, de que haverá cobrança de frete por ocasião da venda?

A Ministra Eliana Calmon a) negou provimento ao Recurso Especial, afastando a violação ao art. 37, § 1º, do CDC, pois “se o anúncio publicitário consignar que o valor do frete não está incluído no preço ofertado, não há, a toda vista, publicidade enganosa ou abusiva, ainda que essa informação conste no rodapé do anúncio veiculado em jornal ou outro meio de comunicação impresso”; e b) aplicou a Súmula n. 7-STJ nestes termos:

O Procon-SP, por sua vez, afirmou que:

a recorrida veiculou anúncios de automóveis *com informações reduzidas no rodapé* de que no valor do veículo não estava incluído o valor do frete, não informando qual seria este valor. (...) Não há espaço para dúvidas. O anúncio apresentava preços e outras informações de forma destacada, mas a não inclusão do frete em caracteres miúdos e no rodapé, sem indicar ainda qual seria este valor. É claro seu potencial de indução a erro.

(fl. 244 - grifos nossos)

O Tribunal de origem, todavia, assim entendeu:

(...) Conforme se verifica da propaganda, no rodapé constam as informações necessárias, inclusive o aviso de que o valor do frete não está incluído no preço do produto (fls. 115).

(fl. 229)

Observa-se no trecho acima que não foi mencionado pela Corte *a quo* a forma ou tamanho em que se apresentavam os caracteres das informações no rodapé, limitando-se a deixar clara a sua existência. Diante disso, verificar se as letras eram legíveis ou não implicaria, inevitavelmente, em revolvimento das provas, procedimento esse vedado em recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7-STJ.

Todavia, concessa maxima venia, ousou divergir parcialmente, tendo em vista que o óbice da Súmula n. 7-STJ, já apontado pela Ministra, impede completamente o conhecimento do Recurso Especial.

Compulsando o Recurso Especial de fls. 239-249, verifica-se que a tese do Procon funda-se, primordialmente, na existência de caracteres miúdos sobre a informação de que o frete não estava incluído no valor do veículo, *in verbis*:

O que é preciso verificar é se o anúncio contém potencial de indução a erro.

E no caso do anúncio em discussão, onde determinada informação foi colocada em letras menores, outra não pode ser a conclusão.

Ou seja, a ofensa ao art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor está lastreada na existência de letras miúdas, tendo em vista que, em momento algum, a recorrente aponta lei federal violada pelo entendimento do aresto segundo o qual não é obrigatório que o anunciante, na hipótese dos autos, diga o valor do frete, bastando apenas o aviso de que essa despesa não está incluída no preço do carro.

Consta no voto do eminente Relator, Ferraz de Arruda, que “conforme se verifica da propaganda, no rodapé constam as informações necessárias, inclusive o aviso de que o valor do frete não está incluído no preço do produto” (fls. 115).

Dessa maneira, a análise sobre a existência e clareza das informações no anúncio implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula n. 7-STJ, o que impede o conhecimento do apelo.

Ante o exposto, *ressalvado meu ponto de vista, acompanho a Relatora para negar provimento ao Recurso Especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.188.013-ES (2010/0062145-9)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Igor da Silva Fortunato Gama

Advogado: Evandro de Castro Basto e outro(s)

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procurador: Lívio Oliveira Ramalho e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processo Civil. Concurso público. Ação ordinária. Exame de aptidão física. Requerimento para realizar novamente a prova. Antecipação de tutela indeferida em primeiro grau. Agravo de instrumento. Tribunal *a quo*. Extinção do feito. Legitimidade passiva. Ente federativo. Interpretação de regras editalícias. Recurso provido.

1. Candidato inscrito em concurso público para o cargo de Agente de Polícia Civil ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado, na qual pleiteia nova oportunidade para realizar a prova de aptidão física.

2. O juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela, por entender não estarem presentes os requisitos autorizadores para sua concessão. Nesse contexto, tem-se que, ao menos implicitamente e no âmbito de uma análise perfunctória, o magistrado considerou satisfeitas as condições para o prosseguimento da ação. Todavia, quando o Tribunal *a quo* reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* e extinguiu o feito, não havia a necessidade de suscitar-se o art. 515, § 3º, do CPC, pois o ordenamento jurídico autoriza o exame da matéria, em razão do efeito translativo que se opera sobre as questões de ordem pública.

3. Tratando-se de ação ordinária na qual se discute a exclusão de candidato de concurso público, a legitimidade passiva do Estado evidencia-se na medida em que é a entidade responsável pela realização, regulamentação e organização do certame.

4. Ademais, o autor da demanda não se insurge contra os critérios adotados pela banca examinadora na correção da prova de aptidão física e sim contra o indeferimento do pedido para realizar novo exame. Estando a causa de pedir relacionada diretamente com o órgão responsável pela elaboração do edital que rege o certame e não com a atuação da entidade contratada para executar as provas, exsurge a legitimidade daquele ente federativo para figurar no polo passivo da ação.

5. Superada a preliminar de ilegitimidade passiva, determina-se o retorno dos autos para a Corte de origem, a fim de que se aprecie o recurso de agravo de instrumento interposto pelo candidato ao cargo público.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 08.09.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundamentado nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional e interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

Processo Civil. Administrativo. Concurso público. Impugnação. Teste físico. Ilegitimidade passiva. Extinção da demanda originária. Aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC. Recurso desprovido.

1. Insurgindo-se o candidato contra o conteúdo, correção ou gabarito de questão de concurso público, a legitimidade passiva para figurar em eventual demanda pertence à comissão contratada para a organização e realização do certame, a qual é responsável pela elaboração e correção das questões, bem como pelo julgamento dos respectivos recursos administrativos. Precedentes do STJ.

2. Não há óbice à solução da controvérsia no próprio agravo, pois o § 3º do art. 515 do CPC pode ser aplicado, analogicamente, ao agravo de instrumento, desde que o processo esteja em condições de julgamento.

3. Recurso desprovido. (e-STJ fl. 152).

Candidato inscrito em concurso público para o cargo de Agente de Polícia Civil ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado do Espírito Santo, na qual se insurge contra o resultado do exame de aptidão física, veiculado por meio do Edital n. 6/2009.

Alega que foi acometido de uma “distensão muscular” durante a execução da prova física, o que lhe impediu de concluir essa avaliação. Requer a oportunidade de se submeter a novo exame.

Indeferida a antecipação de tutela em primeiro grau, foi interposto agravo de instrumento, ocasião na qual o Tribunal *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, por reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado do Espírito Santo.

O recorrente, além de divergência jurisprudencial, aponta violação do art. 515, § 3º, do CPC.

Afirma não haver discordância quanto aos critérios de correção, conteúdo ou gabarito das provas, mas tão somente a pretensão de realizar novo exame, em razão da impossibilidade física de concluir a avaliação anteriormente realizada.

Salienta que, nessa hipótese, o pedido formulado na demanda deve ser dirigido contra o ente responsável pela realização do concurso e não pela entidade contratada para elaborar e aplicar as provas.

Recurso admitido na origem pela decisão de e-STJ fls. 246-252.

Contrarrazões às e-STJ fls. 234-244.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Candidato inscrito em concurso público para o cargo de Agente de Polícia Civil ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado do Espírito Santo, na qual se insurge contra o resultado do exame de aptidão física, veiculado por meio do Edital n. 6/2009.

Alega que foi acometido de uma “distensão muscular” durante a execução da prova física, o que lhe impediu de concluir essa avaliação. Requer a oportunidade de se submeter a novo exame.

Indeferida a antecipação de tutela em primeiro grau, foi interposto agravo de instrumento, ocasião na qual o Tribunal *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, por reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado do Espírito Santo.

A Corte de origem entendeu que a legitimidade para figurar no polo passivo da ação seria da entidade contratada para elaborar a prova, isto é, o Centro de Seleção e Promoção de Eventos - CESPE, e não do ente federativo que promoveu o concurso público.

O recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 515, § 3º, do CPC. Sustenta a impossibilidade da extinção do feito pelo Tribunal *a quo*.

Assiste razão ao recorrente.

O art. 515, § 3º, do CPC autoriza o tribunal a apreciar o mérito da demanda quando, superada a preliminar acolhida no juízo recorrido, a causa estiver madura para julgamento.

Na hipótese dos autos, o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela, por entender não estarem presentes os requisitos autorizadores para sua concessão. Nessa situação, ao menos implicitamente e no âmbito de uma análise perfunctória, o magistrado considerou satisfeitas as condições para o prosseguimento da ação.

Ao se reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* e extinguir o feito, não havia a necessidade de suscitar-se o art. 515, § 3º, do CPC, pois o ordenamento jurídico autoriza o exame da matéria, em razão do efeito translativo que se opera sobre as questões de ordem pública.

Dessa feita, o dispositivo legal atacado foi incorretamente utilizado pelo acórdão recorrido.

Por outro lado, é cediço reconhecer a legitimidade passiva do Estado do Espírito Santo.

Primeiramente, porque a prestação jurisdicional deduzida em juízo não é de natureza mandamental, em que se exige do impetrante a indicação da autoridade especificamente relacionada com a ilegalidade apontada, considerando-se como tal aquela que possui poderes para desfazer pessoalmente o ato praticado.

Assim, não se aplicam ao caso aqueles precedentes do STJ os quais consideraram, em mandados de segurança, a ilegitimidade passiva de autoridades integrantes dos quadros dos entes públicos que promoveram os concursos públicos.

Tratando-se de ação ordinária na qual se discute a exclusão de candidato de concurso público, a legitimidade passiva do Estado evidencia-se na medida em que é a entidade responsável pela realização, regulamentação e organização do certame.

Desse modo, independentemente de terem sido delegadas as atividades de execução das provas do concurso público a particulares ou entes especializados, permanece com a entidade pública contratante a responsabilidade pela regularidade daquele processo de seleção.

Outrossim, também merece relevo a particularidade de que o autor da demanda não se insurgiu contra os critérios adotados pela banca examinadora na correção da prova de aptidão física.

Há, na realidade, um inconformismo contra o indeferimento do requerimento formulado pelo recorrente para nova realização do exame físico. Logo, a análise da controvérsia importará simplesmente a interpretação das regras editalícias elaboradas pelo ente público que promoveu o concurso público.

A esse respeito, destaco o seguinte trecho transcrito do relatório do voto condutor do aresto recorrido:

O Agravante aduziu, em síntese a legitimidade do Agravado para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que sua pretensão refere-se a realização de novo teste físico. (e-STJ fl. 153).

Desse modo, estando a causa de pedir relacionada diretamente com a atividade do órgão responsável pela elaboração do edital que rege o certame - e não com a atuação da entidade contratada para executar as provas, exsurge a legitimidade daquele ente federativo para figurar no polo passivo da ação.

Ante o exposto, *superada a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado, dou provimento ao recurso especial para que seja o agravo de instrumento novamente apreciado pelo Tribunal a quo.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.197.027-RJ (2010/0102400-8)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.

Advogados: Fernanda Guimarães Hernandez

João Joaquim Martinelli e outro(s)

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Delcy Alex Linhares e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação anulatória. Anulação de ato do juiz ou de auxiliares da Justiça. Não cabimento. Exegese do art. 486 do CPC. Cabível a ação anulatória tão somente para os atos praticados pelas partes, ou seja, os atos processuais.

1. Pretende a recorrente desconstituir ato judicial de intimação realizado por auxiliares da Justiça, no âmbito de Ação Monitória por ela proposta e extinta sem julgamento de mérito, sob o fundamento de que tal ato seria inválido, em função dos limites impostos pelo art. 236, § 1º, do CPC, bem como da jurisprudência desta Corte.

2. A Ação Anulatória visa a desconstituição de atos judiciais praticados pelas partes em juízo, dependente ou não de sentença homologatória. O ato processual de que cuida é ato jurídico praticado ou inserido no processo, emanado de declaração da vontade humana. Isso, porque os “atos judiciais” a que se refere o art. 486 do CPC são os atos realizados “em juízo”, não os atos do juiz ou dos auxiliares de justiça. (MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *In: Ação Anulatória*: art. 486 do CPC, 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-67)

3. Dessarte, inexistente no sistema processual vigente a possibilidade de anular o ato de juiz ou de auxiliares da justiça pela estreita via da Ação Anulatória.

4. Acrescente-se que, ainda que se concebam, dentro do princípio da instrumentalidade das formas, a fungibilidade da Ação Anulatória e da Ação Rescisória, *in casu*, tal possibilidade é vedada diante da ausência de julgamento do mérito da Ação Monitória.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A

Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Maria Fernanda Magalhães Palma Lima, pela parte Recorrente: Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 27.10.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 446):

Apelação cível. Ação anulatória de ato judicial com pedido subsidiário de indenização por danos materiais. Sentença que julgou improcedentes os pedidos e condenou a autora no pagamento das custas e de honorários advocatícios. Anterior ação monitória que teve sentença de indeferimento da inicial por ausência de documentos. Inexistência de nulidade neste *decisum*. Publicações efetuadas em nome da causídica que subscreveu a inicial, a despeito do requerimento para que se dessem em nome de outro advogado. Aplicação do art. 203 da Consolidação Normativa. Tendo uma das partes mais de um advogado, constará somente o nome daquele que, em primeiro lugar, haja firmado a petição inicial, a contestação ou a primeira intervenção nos autos, salvo expresse pedido em contrário deferido pelo juiz. Reiteração do pedido não realizada ou perseguida. Patrono da autora que, nesta ação anulatória, confessa a ciência dos despachos e da sentença proferidos naquele anterior feito, todavia não se manifestando em razão de eventual desorganização estrutural do escritório. Ausência de comprovação de qualquer dos pressupostos da responsabilidade civil, sobretudo porque a ação monitória exatamente se presta à busca de créditos prescritos. Honorários fixados dentro do razoável, tendo em conta a matéria em discussão neste feito. Recursos a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fl. 471).

A recorrente alega violação dos arts. 163, 165, 236, § 1º, 243, 245, *caput* e parágrafo único, 247, 267, § 3º, 289, 301, V, 458, II e III, e 535, todos do Código de Processo Civil, e 43 do Código Civil.

Aponta divergência jurisprudencial.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 584 a 607, adveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 622-638).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida do presente recurso especial (fl. 646).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Pretende a autora, ora recorrente, nos autos desta Ação Anulatória, desconstituir ato judicial de intimação realizado por auxiliares da Justiça, no âmbito de Ação Monitória por ela proposta e extinta sem julgamento de mérito, sob o fundamento de que tal ato seria inválido, em função dos limites impostos pelo art. 236, § 1º, do CPC, bem como da jurisprudência desta Corte.

Alega a recorrente que a intimação na Ação Monitória foi realizada em nome de determinada advogada, embora, naquele processo houvesse petição para que as publicações fossem direcionadas a outro advogado.

Como aduz a recorrente, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é inválida a intimação realizada em nome de outro advogado constituído nos autos quando exista solicitação de que as publicações sejam direcionadas a determinado causídico. (REsp n. 1.186.481-AC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.05.2010, DJe 02.06.2010)

Devem-se eliminar as surpresas que prejudiquem o exercício da ampla defesa e do contraditório, informando diretamente aos advogados – e, por intermédio desses, às partes – acerca do andamento da demanda, aí inclusos os atos a serem praticados e as audiências aprazadas. (REsp n. 1.186.481-AC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.05.2010, DJe 02.06.2010)

Dessarte, na busca de sua pretensão, o autor utiliza-se de via inadequada: a presente demanda não comporta cabimento.

Para o deslinde da questão, basta a exegese do art. 486 do CPC.

A Ação Anulatória - preconiza a doutrina - visa a desconstituição de atos judiciais praticados pelas partes em juízo, dependente ou não de sentença homologatória. O ato processual de que cuida é ato jurídico praticado ou inserido no processo, emanado de declaração da vontade humana.

Isso, porque, os “atos judiciais” a que se refere o art. 486 do CPC são os atos realizados “em juízo”, não os atos do juiz ou dos auxiliares de justiça. (MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *In: Ação Anulatória: art. 486 do CPC*, 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-67)

Dispõe o art. 486 do Código de Processos: “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

Assim, a expressão “atos judiciais” apresenta-se como uma imprecisão terminológica: refere-se a “atos das partes em juízo”, isto é, neles insertos, ou neles praticados. (PONTES DE MIRANDA *apud* LERRER, Felipe Jacobson. *In: Ação Anulatória*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38)

Inexiste, portanto, no sistema processual vigente, a possibilidade de anular ato judicial, em sentido estrito, pela via da Ação Anulatória. Resguardada essa via para os atos processuais, ou seja, o atos das partes em juízo.

Acrescente-se que, ainda que se concebam, dentro do princípio da instrumentalidade das formas, a fungibilidade da Ação Anulatória e da Ação Rescisória, *in casu*, tal possibilidade é vedada diante da ausência de julgamento do mérito da Ação Monitória.

Cabe ressaltar que, conforme informa o acórdão recorrido, não havia quaisquer impedimentos para que a ação fosse renovada, superando os vícios apontados (fl. 448).

Em se tratando de requerimento inicial – e, sobretudo, por isto –, cumpria à autora diligenciar, sem esquivas, junto à serventia para saber quanto ao seu deferimento ou não, e, neste último caso, reiterá-lo, bem como, eventualmente, requerer devolução do prazo para falar nos autos. Se assim tivesse procedido, a omissão na apreciação do requerimento teria sido sanada.

Ainda que assim não tivesse agido, se houve sentença em seu desfavor, cumpria-lhe exercer a via recursal adequada com o fito de chamar o feito à ordem.

Ao revés, como se viu da ação anterior que levou a autora a propor a presente anulatória houve não só confissão quanto à sua incúria, mas a reiteração de vias impugnativas inadequadas.

Nota-se, portanto, que os patronos da primeira apelante não se manifestaram tempestiva e adequadamente nos autos apenas em razão da sua própria desorganização funcional.

Ademais, revela o acórdão que a recorrente juntou petição, nos autos daquele processo, em que confessara “a sua própria desorganização interna, que a levou a não atender o comando judicial” (fl. 447).

Percebe-se, em verdade, que a busca da recorrente pela anulação do ato de intimação tem o propósito de reabrir o prazo processual e afastar eventual prescrição da Ação Monitória, em razão de sua confessa inércia.

Contudo, tal pretensão, repise-se, é vedada pelo ordenamento pátrio, uma vez que é incabível a Ação Anulatória que tenha como objeto os atos insertos no processo que são de cunho do juiz ou dos auxiliares da Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.