

Jurisprudência da Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 27.889-PB
(2008/0214779-8)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Município de Esperança

Advogado: Henrique Souto Maior e outro(s)

Recorrido: Estado da Paraíba

Procurador: Harrison Alexandre Targino e outro(s)

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Execução contra a Fazenda Pública. Requisição de Pequeno Valor feita pelo próprio juiz da execução diretamente ao Chefe do Poder Executivo local. Impossibilidade. Dever de observância ao artigo 730 do CPC. Ato de competência exclusiva do Presidente do Tribunal a que o juiz está vinculado.

1. A questão debatida nos autos gira em torno da possibilidade de magistrado de primeiro grau determinar diretamente a requisição de pequeno valor a chefe do Poder Executivo local, sem a interferência do Presidente do Tribunal competente.

2. Primeiramente, registra-se que o ato impugnado pelo mandado de segurança não é a decisão interlocutória que determinou o pagamento dos honorários, mas sim o ofício que comunicou tal decisão ao Presidente do Tribunal; logo, não há falar em inadequação da via eleita.

3. A interpretação sistemática dos arts. 100, § 3º, da Carta Magna e 730, I e II, do CPC denota que, não obstante tratar-se de obrigação de pequeno valor e, por isso, insuscetível de expedição de precatório, a requisição deve ser ordenada pelo Presidente do Tribunal no afã de privilegiar a ordem cronológica de habilitação dos créditos oponíveis contra a Fazenda. Isso quer dizer que a requisição do pagamento das obrigações devidas pela Fazenda Pública é de competência exclusiva do Presidente do Tribunal a que está vinculado o juízo da execução, cabendo a este o cumprimento do disposto no artigo 730 do CPC, tanto nos pagamentos realizados por meio de precatórios como por requisições de pequeno valor. (Precedente: REsp n. 705.331-RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 27 de março de 2006).

4. Embora tenha a Lei n. 10.259/2001, dos Juizados Especiais Federais, conferido, em seu artigo 17, *caput* e § 2º, poderes ao juiz singular para que, em substituição ao Presidente do Tribunal, determine o pagamento de requisição de pequeno valor, tal procedimento não pode ser aplicado nas execuções dos demais órgãos do Poder Judiciário, por ausência de expressa previsão legal.

5. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado pelo Município de Esperança contra ato do Juízo da Comarca de Esperança-PB, que, em processo de execução, determinou o imediato pagamento, via expedição de Requisição de Pequeno Valor - RPV, dos honorários advocatícios contidos na sentença proferida em ação de cobrança movida por José Vitorino Filho contra o impetrante.

Ao examinar o pedido no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o Desembargador Manoel Soares Monteiro, fundamentadamente, indeferiu a petição inicial do mandado de segurança, dando ensejo ao agravo interno, cuja ementa abaixo segue (fl. 81):

Agravo interno. Mandado de segurança. Impetração contra decisão interlocutória. Existência de recurso próprio. Não-cabimento de *mandamus*. Intempestividade. Decadência (art. 18, Lei n. 1.533/1951). Indeferimento da inicial. Desprovimento do recurso.

- A decisão que determina, via Requisição de Pequeno Valor, o pagamento dos honorários advocatícios executados é decisão interlocutória impugnável por meio



de agravo. O *mandamus* é remédio cabível apenas nas hipóteses previstas em lei, nunca como substitutivo de recurso cujo prazo decorreu por inércia da parte.

- O prazo para a interposição do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte dias), contados da data em que o interessado teve conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Não manejado o *writ* no prazo, verifica-se a decadência de sua pretensão.

- Desprovimento do Recurso.

Veio então ao Superior Tribunal de Justiça o impetrante com o presente recurso ordinário, reafirmando que o ato impugnado pelo *mandamus* não era a decisão interlocutória proferida pelo magistrado de primeiro grau, mas sim o ofício exarado por tal autoridade tida por coatora, que determinou à Fazenda Pública o pagamento dos honorários de forma direta, sob pena de sequestro das referidas verbas, sem a interferência do Presidente do Tribunal, em descumprimento do disposto no artigo 730 e seguintes do CPC e das diretrizes da Constituição Federal. Acrescenta que “o ato administrativo foi levado a efeito em flagrante usurpação de competência do TJ-PB, posto que a autoridade competente para realizar requisições e determinar sequestro é o Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba e nunca o juiz de primeiro grau, que teve sua jurisdição exaurida com a prolação da sentença. Caberia a autoridade coatora, apenas e tão somente, impulsionar pedido requisitório através do Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba e não fazer as suas vezes e requisitar direito ou mesmo sequestrar (fl. 90).”

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 101.

O Ministério Público Federal opinou pelo descabimento do mandado de segurança em face da existência de recurso legalmente previsto, aplicando, à espécie, a Súmula n. 267 do STF (fls. 113/118).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): A questão debatida nos autos gira em torno da possibilidade de magistrado de primeiro grau determinar diretamente a requisição de pequeno valor a chefe do Poder Executivo local, sem a interferência do Presidente do Tribunal competente.

Primeiramente, registra-se que o ato impugnado pelo mandado de segurança não é a decisão interlocutória que determinou o pagamento dos honorários, mas sim o ofício que comunicou tal decisão ao Presidente do Tribunal; logo não há falar em inadequação da via eleita.

Quanto ao cerne da controvérsia, a fim de que se tenha exata compreensão da *quaestio iuris*, faz-se imprescindível a transcrição dos arts. 100, § 3º, e 730, I e II, do CPC, respectivamente, *litteratim*:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000)

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Com efeito, da interpretação sistemática dos dispositivos mencionados denota-se que, não obstante tratar-se de obrigação de pequeno valor e, por isso, insuscetível de expedição de precatório, a requisição deve ser ordenada pelo Presidente do Tribunal no afã de privilegiar a ordem cronológica de habilitação dos créditos oponíveis contra a Fazenda.

Isso quer dizer que a requisição do pagamento das obrigações devidas pela Fazenda Pública é de competência exclusiva do Presidente do Tribunal a que está vinculado o juízo da execução, cabendo a este o cumprimento do disposto no artigo 730 do CPC, tanto nos pagamentos realizados por meio de precatórios como por requisições de pequeno valor.

Nesse mesmo sentido, é o seguinte julgado oriundo da Primeira Turma do STJ:

Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública. Montante considerado de pequeno valor. Art. 730, I, do CPC. Observância. Ato da Presidência do Tribunal de origem. Determinação a que o juiz singular remeta a Requisição de Pequeno Valor ao Presidente do Tribunal.



I - As alterações promovidas pela EC n. 37/2002 ao art. 87 do ADCT, pelas quais foram estabelecidos os valores a serem entendidos como de pequena monta e, por conseguinte, não sujeitos a expedição de precatório (§ 3º do art. 100 da CF/1988), não afastam a observância ao rito peculiar a ser seguido nas execuções contra a Fazenda Pública (art. 730 e ss do CPC).

II - Nesse panorama, incumbe ao Juiz Singular, ao verificar tratar-se de execução de pequeno valor contra a Fazenda Pública, obedecer ao ditame do inciso I do art. 730 do CPC, remetendo ao Presidente do Tribunal competente a denominada “requisição de pequeno valor”, consoante mesmo estampado em regramento interno daquele Sodalício (Ato n. 3/2003, Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

III - Recurso especial *provido* (REsp n. 705.331-RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 27 de março de 2006).

Oportuno transcrever as conclusões proferidas por Humberto Theodoro Júnior em artigo sobre o tema (*in Aspectos Processuais do Precatário na Execução contra a Fazenda Pública*):

Foram excluídas do regime processual dos precatórios a sentenças relativas a dívidas definidas em lei como de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º; ADCT, arts. 86 e 87). Não se dispensou, porém, a ação de execução, nos moldes do CPC, art. 730, mas apenas o precatório. Dispensa da *actio iudicatti* houve apenas para as sentenças do Juizado Especial Federal, cujo cumprimento se dará por meio de mandado de pagamento diretamente expedido pelo juiz sentenciante ao órgão competente para realizá-lo, com prazo de sessenta dias, sob pena de sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão Lei n. 10.259/2001, art. 17, *caput* e § 2º). Para as dívidas de pequeno valor, não abrangidos pela competência do Juizado Especial Federal, finda a tramitação da ação executiva e não ocorrendo o pagamento pela Fazenda devedora no prazo da requisição, também poderá haver sequestro de numerário, já que a execução não tem de observar a técnica constitucional dos precatórios judiciais, cabendo, portanto, a aplicação analógica da Lei n. 10.259/2001.

Assim, não obstante tenha a Lei n. 10.259/2001, dos Juizados Especiais Federais, conferido, em seu artigo 17, *caput* e § 2º, poderes ao juiz singular para que, em substituição ao Presidente do Tribunal, determine o pagamento de requisição de pequeno valor, tal procedimento não pode ser aplicado nas execuções dos demais órgãos do Poder Judiciário, por ausência de expressa previsão legal.

Por tais razões, dou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para conceder a segurança, determinando que o juiz singular remeta a requisição de pequeno valor para o presidente do Tribunal a que está vinculado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.006.113-RS (2007/0269498-8)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Paulo César Klein e outro(s)
Recorrido: Darci José Mario Camponogara
Advogado: Airton Ribeiro da Silva

EMENTA

Processual. Recurso especial. Ausência de complementação de custas. Embargos à execução. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Necessidade de intimação pessoal. Art. 267, § 1º, do CPC. Súmula n. 240-STJ.

1. O abandono da causa indica um desinteresse por parte do autor e deve ser aferido mediante a intimação pessoal da própria parte, uma vez que a inércia pode ser exatamente do profissional eleito para o patrocínio. (Luiz Fux, *in* Curso de Direito Processual Civil, 4ª edição, Forense, vol. I, p. 433).

2. A extinção do processo, por insuficiência de preparo, exige a prévia intimação pessoal da parte para que efetue a devida complementação, na forma do art. 267, § 1º, do CPC, *verbis*: “O juiz ordenará, nos casos dos n. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em quarenta e oito (48) horas.” A contumácia do autor, em contrapartida à revelia do réu, consubstancia-se na inércia do autor em praticar ato indispensável ao prosseguimento da demanda. Precedentes: REsp n. 704.230-RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 27.06.2005; REsp n. 74.398-MG, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 11.05.1998; REsp n. 448.398-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 31.03.2003; REsp n. 596.897-RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 05.12.2005.

3. Recurso especial desprovido.



ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 03 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 25.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, do permissivo constitucional, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Apelação cível. Recurso adesivo. Embargos à execução fiscal. Ausência de pagamento das custas judiciais. Extinção do processo. Necessidade de intimação pessoal do autor.

Preliminar. Ausência de fundamentação. No caso, deve ser repelida a preliminar de nulidade de sentença por estar destituída da fundamentação, uma vez que se trata de decisão terminativa sem exame de mérito. Ademais, houve, apenas, o cancelamento da distribuição em razão de ausência de preparo. Preliminar rejeitada.

Mérito. A extinção da ação incidental de embargos à execução por ausência de recolhimento das custas judiciais depende da inércia da parte após pessoalmente intimada. Exegese dos artigos 257 e 267, § 1º do Código de Processo Civil.

Preliminar rejeitada, recurso adesivo provido e apelo prejudicado. Sentença desconstituída.

Noticiam os autos que Darci José Mário Camponagara opôs embargos à execução fiscal ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul postulando o benefício da justiça gratuita.

Foi apresentado incidente de impugnação a assistência judiciária gratuita. Revogada a justiça gratuita, o juiz determinou, por nota de expediente, que o embargante efetuasse o preparo no prazo de dez dias.

Não efetuado o preparo, o magistrado determinou o cancelamento da distribuição dos embargos.

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs apelação para determinar a fixação de honorários advocatícios pela decisão de primeira instância.

Darci José Mario Camponagara, por sua vez, interpôs recurso adesivo, requerendo, em preliminar, que fosse desconsiderado como sentença o despacho de fl. 41 porque não cumpriu com a intimação pessoal do autor para recolher as custas dos embargos, bem como por ausência de fundamentação. No mérito, que fosse anulada a decisão porque o autor não foi intimado, pessoalmente, para que recolha as custas na forma da lei.

O Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso do embargante e julgou prejudicado o recurso do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da ementa supra destacada.

Em seu apelo nobre, aponta o Estado do Rio Grande do Sul violação ao art. 257, do CPC. Aduz, em síntese, que a extinção dos embargos à execução, por ausência de preparo, independe de intimação pessoal da parte.

Contra-razões às fls. 143/154.

O recurso especial recebeu o crivo de admissibilidade na instância de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não assiste razão ao recorrente.

Conforme colhem se dos autos, a razão de extinção do processo sem julgamento de mérito, pelo juízo de primeiro grau, decorreu da ausência de complementação das custas processuais, ainda que o autor não tenha sido intimado pessoalmente para complementá-la.

O art. 267, inciso III, do CPC determina:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei n. 11.232, de 2005)

(...)

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias.

Contudo, mais adiante, o § 1º da norma estabelece:

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos n. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.



O Tribunal *a quo* reformou a decisão de primeira instância nos seguintes termos:

Portanto, mesmo tratando-se os embargos à execução de uma ação incidental, por força do artigo 598 do Código de Processo Civil, deve o magistrado aplicar o disposto no artigo 267, § 1º do referido diploma legal, que assim dispõe:

Art. 267. (...) § 1º O juiz ordenará, nos casos nos n. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

Assim, constatada a ausência de recolhimento das custas judiciais dos embargos à execução, mas não intimada pessoalmente a embargante para efetuar o pagamento, merece provimento o recurso adesivo para desconstituir a sentença. Intimado, tem o autor o prazo de trinta dias de que trata o artigo 257 do Código de Processo Civil para recolher as custas ou comprovar o pagamento da distribuição. Só após decorrido o prazo contado da intimação pessoal, é que cabe a extinção da ação incidental ou o cancelamento da distribuição (fl. 120).

Destarte, o abandono da causa, indicando desinteresse do autor, deve ser aferido mediante intimação pessoal da parte, a teor do que dispõe o art. 267, III, § 1º, do CPC.

Em sede doutrinária, tivemos a oportunidade de destacar que:

O abandono da causa indica um desinteresse por parte do autor e deve ser aferido mediante a intimação pessoal da própria parte, uma vez que a inércia pode ser exatamente do profissional eleito para o patrocínio.

Destarte, é preciso que o ato que se espera o autor praticar seja indispensável à continuação do processo, uma vez que, se assim não o for, é lícito ao juiz prosseguir e julgar, penalizando, inclusive, o demandante, pela sua inércia em não colaborar devidamente com o esclarecimento da verdade. Assim é que, se o autor deixa de produzir determinada prova requerida, como, v.g., a perícia, não implementando o pagamento das custas, o juiz não deve extinguir o processo mas, antes, apreciar o pedido sem a prova, inflingindo ao suplicante o ônus pela não-produção daquele elemento de convicção. (Luiz Fux, *in* Curso de Direito Processual Civil, 4ª edição, Forense, vol. I, p. 433).

À guisa de exemplo, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Abandono da causa. Art. 267, III, do CPC. Inércia da parte quanto à providência indispensável à continuação do processo. Honorários do perito. Depósito.

1. O escopo da jurisdição é a definição do litígio que reinstaura a paz social. Desta sorte, a extinção terminativa do processo, sem análise do mérito, é excepcional.

2. O abandono da causa, indicando desinteresse do autor, deve ser aferido mediante intimação pessoal da parte, consoante exsurge do § 1º do art. 267 do CPC, *verbis*: “O juiz ordenará, nos casos dos n. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em quarenta e oito (48) horas.” A contumácia do autor, em contrapartida à revelia do réu, consubstancia-se na inércia do autor em praticar ato indispensável ao prosseguimento da demanda.

3. Consequentemente, “Assim é que, se o autor deixa de produzir determinada prova requerida, como, v.g., a perícia, não implementando o pagamento das custas, o juiz não deve extinguir o processo mas, antes, apreciar o pedido sem a prova, infligindo ao suplicante o ônus pela não-produção daquele elemento de convicção.”, consoante as regras do art. 333 do CPC. (Luiz Fux, *in* Curso de Direito Processual Civil, 2ª edição, Forense, p. 445).

4. Recurso Especial provido.

(REsp n. 704.230-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 27.06.2005, p. 267)

Processual Civil. Não recolhimento de custas pela parte autora (art. 257 do CPC). Extinção do processo sem julgamento de mérito com arrimo no art. 267, III, da lei processual vigente. Necessidade de intimação prévia da parte para suprir a deficiência. Parágrafo 1º, art. 267 do CPC. Negativa de vigência configurada.

1 - A extinção do processo sem julgamento de mérito com base no inciso III, art. 267 do CPC, reclama a aplicação imediata do parágrafo 1º do mesmo dispositivo, o qual determina, de forma cogente, a intimação da parte para que em 48 horas promova a diligência a que se tenha omitido, e somente a contumácia nesse prazo, importara na extinção do processo.

2 - Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 74.398-MG, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 11.05.1998);

Processual Civil. Despesas complementares. Justiça gratuita. Requerimento em apelação. Possibilidade. Indeferimento. Intimação posterior para pagamento. Legalidade. Abandono da causa. Intimação pessoal. CPC, art. 267. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

I - Indeferido o pedido de gratuidade da Justiça, requerido em segundo grau, deve-se oportunizar o pagamento posterior das custas.



II - Na linha da jurisprudência do Tribunal, a ausência de pagamento das despesas complementares pode acarretar a extinção do processo por abandono (art. 267, III, CPC), e não por ausência de pressuposto processual (art. 267, IV, CPC). Imprescindível, no entanto que, intimada pessoalmente, a parte deixe de cumprir a diligência determinada (REsp n. 448.398-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 31.03.2003);

Processual Civil. Extinção do processo sem julgamento de mérito.

1. O art. 267, § 1º, do CPC, impõe, para os casos de extinção do processo sem julgamento de mérito por ter ficado 'parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes' (inciso II) ou porque 'por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias' (inciso III), a prévia intimação da parte para, em 48 horas, promover o andamento do feito.

2. É de ser confirmado, portanto, o acórdão do Tribunal a quo, que considerou indispensável a intimação, para viabilizar a extinção do processo por abandono da causa pelo autor.

3. Recurso especial a que se nega provimento (REsp n. 596.897-RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 05.12.2005).

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Não se pode extinguir o processo com fundamento no CPC, 267, III, sem que, previamente, seja intimado pessoalmente o autor para dar andamento ao processo. O *dies a quo* do prazo (termo inicial) é o da intimação do autor; daí começa a correr o prazo de 48h (quarenta e oito horas). Permanecendo silente há objetivamente a causa de extinção (*In* "Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante". 7ª ed., rev. e ampl.. Editora Revista dos Tribunais: 2003, p. 630).

Ex positis, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.052.264-RS (2008/0091359-1)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Rodrigo Pereira da Silva Frank e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho e outro(s)

Recorrido: Marisa Fernandes Nunes

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Controvérsia acerca da necessidade de esgotar os meios extrajudiciais disponíveis para a localização de bens em nome do executado, antes de requerer ao juiz a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil. Medida executiva pleiteada após a vigência da Lei n. 11.382/2006. Acórdão recorrido em desconformidade com a jurisprudência dominante do STJ. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 23.03.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Tributário. Agravo legal. Decisão negando seguimento ao agravo de instrumento. Art. 185-A, do CTN. Medida excepcional. Ausência de elementos novos.

1. Sobre o tema relativo à penhora de ativos financeiros via sistema BacenJud, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que, tratando-se de medida excepcional, que importa em forte intervenção no patrimônio do devedor, só deve ser levada a efeito quando esgotados os procedimentos para a identificação de outros bens penhoráveis.



2. Os requisitos para a concessão da medida prevista no art. 185-A do CTN (a citação do devedor, o não pagamento do débito ou nomeação de bens à penhora, a não localização pelo credor de bens penhoráveis) e a inexistência de outro modo para satisfazer o interesse do credor e tornar efetiva a prestação jurisdicional, devem restar integralmente cumpridos, ônus que recai sobre o exequente/agravante.

3. Por outro lado, é entendimento deste Tribunal que, para configurar o esgotamento das diligências na busca de bens passíveis de penhora, é suficiente a comprovação da realização de consultas junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca do devedor e ao Detran (AI n. 2006.04.00.024869-3-PR, 2006.04.00.037725-0-SC, 2005.04.01.043339-7-SC).

Em suas razões recursais, a recorrente aponta violação do art. 185-A do CTN. Defende a possibilidade de utilização do sistema Bacen-Jud para pesquisa e penhora de disponibilidades financeiras da parte executada.

Transcorrido o prazo para apresentação das contra-razões e admitido o recurso na origem, os autos foram encaminhados a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A presente irresignação merece prosperar.

Os arts. 655 e 655-A do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, passou a contar com as seguintes alterações relativas ao processo de execução:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos.

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Como visto, a Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, colocou na mesma ordem de preferência de penhora “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira” (art. 655, I) e permitiu a realização da constrição, preferencialmente, por meio eletrônico (art. 655-A).

Por outro lado, a orientação prevalente nesta Corte é no sentido de que a penhora (ou eventual substituição de bens penhorados) deve ser efetuada conforme a ordem legal, prevista no art. 655 do Código de Processo Civil e no art. 11 da Lei n. 6.830/1980 (execução fiscal).

Na hipótese, a medida executiva pleiteada foi proferida após a vigência da lei referida, razão pela qual não se condiciona à demonstração acerca da inexistência de outros bens penhoráveis.

A Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 1.056.246-RS (Rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 23.06.2008), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que adotou o seguinte entendimento:



Processual Civil. Execução fiscal. Bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema BacenJud. Artigos 655 e 655-A do CPC, alterados pela Lei n. 11.382/2006. Decisão posterior. Aplicabilidade.

1. A Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, publicada em 7 de dezembro de 2006, alterou o CPC quando incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora como se fossem dinheiro em espécie (artigo 655, I) e admitiu que a constrição se realizasse por meio eletrônico (artigo 655-A).

2. A decisão de primeiro grau que indeferiu a medida foi proferida em 20 de abril de 2007, após o advento da Lei n. 11.382/2006, assim tanto ela como o acórdão recorrido devem ser reformados para adequação às novas regras processuais.

Recurso especial provido.

Da mesma forma, ementou a Primeira Turma:

Processual Civil. Execução fiscal. Convênio Bacen-Jud. Penhora de depósitos bancários. Indeferimento. Decisão tomada no período de vigência da Lei n. 11.382/2006, que equiparou tais depósitos a dinheiro em espécie na ordem de penhora (CPC, art. 655, I), permitindo sua efetivação por meio eletrônico (CPC, art. 655-A). Recurso especial a que se dá provimento. (REsp n. 1.065.583-BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 04.09.2008)

Portanto, o acórdão recorrido está em desconformidade com a orientação jurisprudencial firmada por ambas as Turmas da Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça.

À vista do exposto, o recurso especial deve ser provido, para reformar o acórdão recorrido, a fim de que, em conformidade com o disposto nos arts. 655 e 655-A do CPC, seja deferido o requerimento de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira em nome do executado, até o valor indicado na execução fiscal.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.085.922-PR (2008/0191699-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A - Econorte

Advogados: Marçal Justen Filho
César Augusto Guimarães Pereira e outro(s)
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Os Mesmos
Interes. : União Federal
Interes. : Estado do Paraná
Interes. : Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do
Paraná - DER/PR
Interes. : Rodovias Integradas do Paraná S/A
Advogado: João Everardo Resmer Vieira e outro(s)
Interes. : Rodonorte - Concessionaria de Rodovias Integradas S/A
Advogado: Romeu Felipe Bacellar Filho e outro(s)

EMENTA

Ações civis. Cobrança de pedágio. Agravo de instrumento. Juízo Federal. Posterior criação de Vara Federal na localidade. Cisão dos processos. Remessa. Conexão. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Artigo 87 do CPC. Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na Vara Federal de Londrina, por meio da qual se discute a taxa de pedágio em estradas, foi prolatada decisão no sentido de determinar a cisão de processos e determinou seu processamento pelo Juízo Federal da Vara de Jacarezinho-PR, recém-criado.

Recurso da Econorte.

II - Não se verifica o necessário prequestionamento em relação às matérias tratadas pelos artigos 103, 105 e 106 do CPC, e nem mesmo houve oposição de embargos declaratórios para suscitar o tema relativo à eventual conexão entre as ações. Incidência da Súmula n. 282-STF.

Recursos da Econorte e Ministério Público Federal.

III - As ações civis existentes que discutem a questão do respectivo pedágio foram ajuizadas antes da criação da Vara Federal de Jacarezinho, devendo ser observado o que dita o artigo 87 do CPC, não se tratando de exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, porquanto não se enquadram em nenhuma das exceções nele previstas para alteração da competência posteriormente ao momento do ajuizamento da ação.

IV - Recursos providos, mantendo-se no juízo federal de Londrina as ações civis nele intentadas anteriormente à criação da Vara Federal de Jacarezinho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos especiais, mantendo-se no juízo federal de Londrina as ações civis nele intentadas anteriormente à criação da Vara Federal de Jacarezinho, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 18.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: *A Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A*, em autos de ação civil pública que lhe move o *Ministério Público Federal* por meio da qual discute a taxa de pedágio em estradas, interpôs agravo de instrumento contra decisão que entendeu pela cisão das ações civis existentes relacionadas à mesma praça de pedágio, determinando que seu processamento se efetuassem no Juízo Federal da Vara de Jacarezinho-PR, recém-criado (fl. 266).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Ações civis públicas. Praça de pedágio de Cambará-PR. Mesmo objeto. Criação da Vara Federal de Jacarezinho-PR. Competência territorial. Cisão. Redistribuição.

Quando do ajuizamento das ações civis públicas em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Londrina, ainda não havia sido criada nem instalada a Vara Federal de Jacarezinho-PR, cuja extensão territorial de jurisdição acabou abrangendo a praça de pedágio de Cambará-PR (atualmente instalada em Jacarezinho-PR em virtude de transferência de localidade).

Nos termos do art. 5º da Resolução n. 79/2004, da Presidência do TRF da 4ª Região, com a instalação da Vara Federal de Jacarezinho-PR, a 1ª Vara Federal de Londrina-PR deveria ter cindido aquelas demandas coletivas e determinado a redistribuição dos feitos à Vara Federal de Jacarezinho para julgá-las estritamente

no que tangencia à praça de pedágio localizada em território abrangido pela jurisdição desta nova Subseção Judiciária.

Assim, compete à Vara Federal de Jacarezinho-PR processar e julgar aqueles feitos (exclusivamente quanto à praça de pedágio de Cambará-Jacarezinho), até mesmo como forma de compatibilizar a situação jurídica enfocada com o que preconiza o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 (fl. 305).

São dois recursos especiais interpostos.

A *Econorte*, fundada no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, alega violação ao artigo 87 do CPC, sustentando que não houve quaisquer das excepcionalidades nele dispostas para os fins de alteração da competência, devendo o feito, ajuizado no ano de 1999, continuar correndo na Justiça Federal de Londrina-PR, onde foi regularmente proposto.

Invoca divergência jurisprudencial.

Também alega afronta aos artigos 103, 105 e 106 também do CPC, sustentando que, afora a impossibilidade de modificação da competência no caso concreto, seriam conexas as causas, devendo ser decididas de forma simultânea no Juízo de Londrina.

O *Ministério Público Federal*, fundamentando seu apelo extremo no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, também alega violação ao artigo 87 do CPC, sustentando, em síntese, que a posterior criação da comarca de Jacarezinho não é causa legal suficiente à cisão determinada, considerando-se que aquele juízo ainda não existia no momento em que a presente ação foi proposta.

O *Parquet* opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 434/8).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente saliento sobre a ausência de prequestionamento em relação às matérias tratadas nos artigos 103, 105 e 106 do CPC, uma vez que a instância ordinária nada deliberou a seu respeito, e nem mesmo houve oposição de embargos declaratórios, ensejando a incidência da Súmula n. 282-STF no tópico, no recurso especial interposto pela *Econorte*.

Quanto ao mais, os argumentos expendidos por ambas as partes são os mesmos, motivo pelo qual examino os dois recursos de forma conjunta, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.



O que se está discutindo na hipótese é a competência entre dois juízos federais: o da Vara de Londrina e o da recém-criada Vara de Jacarezinho.

É fato que é entendimento consagrado nesta egrégia Corte de Justiça que a competência da Justiça Federal é absoluta em razão da matéria, não se aplicando o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (CC n. 62.601-RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 17.10.2008; CC n. 91.129-GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 27.05.2008; CC n. 38.713-SP, Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, DJ de 03.11.2004, p. 121, entre outros).

Acontece que aqueles feitos que admitiam tal exceção não podem ser paradigmas ao presente caso, porquanto lá se discutiam ações que foram ajuizadas no juízo estadual com competência delegada e, posteriormente, foi instalada, na respectiva comarca, a vara federal.

No caso, as ações civis ajuizadas anteriormente à criação da Vara Federal de Jacarezinho foram intentadas no juízo federal de Londrina, no que entendo que razão assiste ao recorrente quando assim dispõe, *verbis*:

Inicialmente importa esclarecer que o presente recurso é interposto por negativa de vigência ao artigo 87 do CPC, expressamente prequestionado no verso das fls. 140 pelo acórdão recorrido, cuja dicção importa destacar.

Art. 87 - Determina-se a competência *no momento em que a ação é proposta*. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

No caso presente a ação foi proposta corretamente na comarca de Londrina. A posterior criação de vara federal na comarca de Jacarezinho não é causa legal suficiente para determinar a cisão das ações que já tramitavam na comarca de Londrina (...).

(...)

O artigo 87 do CPC, ao determinar a competência para o exame das ações no momento de sua propositura deseja, claramente, aplicar dois princípios básicos processuais que merecem ser preservados: i) impedir que a ação seja retirada do exame do juízo de distribuição, preservando o direito do julgador de processar e julgar o feito já recebido, ii) impedir que a ação demore mais do que o necessário, com constantes redistribuições.

Na primeira hipótese trata-se de garantia da própria magistratura, na medida em que a criação de nova vara com delimitação casuística de competência territorial poderia retirar de um julgador o direito de processar e julgar uma ação segundo seu

prudente arbítrio. Obviamente que não é o que ocorreu no caso presente, mas isso não significa que a garantia não deve ser preservada, até para evitar a repetição do passado não muito distante.

A segunda hipótese, aplicável inteiramente no caso, decorre da estruturação da Justiça Federal em nosso país. Até pouco tempo as varas federais estavam localizadas em apenas algumas cidades do interior dos Estados, ocorrendo divisão gradativa territorial, não sendo nada estranho uma vara federal abranger mais de uma cidade.

(...)

Disso decorre a importância de aplicação direta do artigo 87 do CPC, como única forma de assegurar o exercício jurisdicional sem intervenção de qualquer espécie, e como único meio de garantir a tramitação célere do feito, sem interrupções de cunho administrativo que servem apenas para atrasar injustificadamente a prestação jurisdicional.

O próprio texto legal referido prevê as únicas exceções possíveis, ou seja, quando houver extinção de vara (e não criação de vara), ou alteração quanto a matéria (e não território, observe-se) e hierarquia, nenhuma das hipóteses do caso *sub oculi* (fls. 145/7).

Frente ao exposto, conheço parcialmente do recurso da *Econorte*, dando-lhe provimento, e quanto ao recurso do *Ministério Público Federal*, dou-lhe provimento, tudo no sentido de reformar o acórdão recorrido para manter as respectivas ações já distribuídas na comarca de Londrina-PR.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.096.444-SP (2008/0217671-7)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: João Delospital

Advogado: Cláudio Moretti Junior

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional



EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Dissolução irregular. Responsabilidade do sócio-gerente. Ônus da prova. Distinções.

1. Na imputação de responsabilidade do sócio pelas dívidas tributárias da sociedade, cumpre distinguir a relação de direito material da relação processual. As hipóteses de responsabilidade do sócio são disciplinadas pelo direito material, sendo firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, sob esse aspecto, a dissolução irregular da sociedade acarreta essa responsabilidade, nos termos do art. 134, VII e 135 do CTN (v.g.: EREsp n. 174.532, 1ª Seção, Min. José Delgado, DJ de 18.06.2001; EREsp n. 852.437, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 03.11.2008; EREsp n. 716.412, 1ª Seção, Min. Herman Benjamin, DJ de 22.09.2008).

2. Sob o aspecto processual, mesmo não constando o nome do responsável tributário na certidão de dívida ativa, é possível, mesmo assim, sua indicação como legitimado passivo na execução (CPC, art. 568, V), cabendo à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das hipóteses da responsabilidade subsidiária previstas no direito material. A prova definitiva dos fatos que configuram essa responsabilidade será promovida no âmbito dos embargos à execução (REsp n. 900.371, 1ª Turma, DJ 02.06.2008; REsp n. 977.082, 2ª Turma, DJ de 30.05.2008), observados os critérios próprios de distribuição do ônus probatório (EREsp n. 702.232, Min. Castro Meira, DJ de 26.09.2005).

3. No que se refere especificamente à prova da dissolução irregular de sociedade, a jurisprudência da Seção é no sentido de que “a não-localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção *iuris tantum* de dissolução irregular (EREsp n. 716.412-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22.09.2008; EREsp n. 852.437, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 03.11.2008).

4. No caso, o acórdão recorrido atestou que a empresa não funciona no endereço indicado, estando com suas atividades paralisadas há mais de dois anos, período em que não registrou qualquer faturamento.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em sede de embargos à execução, negou provimento à apelação e manteve sentença de improcedência do pedido de exclusão do recorrente do pólo passivo da execução fiscal. O aresto atacado restou assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Responsabilidade pela dívida da sociedade Ltda. Sócio-gerente. Ocorrência.

1. Contribuinte, no caso, é a pessoa jurídica, sendo esta sujeito passivo da obrigação tributária e responsável legal pelo seu adimplemento. Desconsiderar a pessoa jurídica, de molde a se poder exigir a responsabilidade dos sócios, dos gerentes ou dos diretores, por substituição, somente se admite, por imperativo legal, quando presentes outros elementos fáticos que impossibilitem a responsabilidade do titular do débito.

2. O sócio, o diretor, o gerente ou o representante são órgãos de que se vale a pessoa jurídica para a realização do seu objeto social. A atribuição de responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, assim consideradas a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente ou a dissolução irregular da sociedade, desde que seja comprovada a conduta irregular.

3. O ônus da prova incumbe ao Fisco. Não se exige, no entanto, que seja demonstrado *quantum satis* a conduta fraudulenta ou atentatória à lei por parte do sócio, mas que sejam apresentados elementos de convicção de molde a possibilitar o convencimento do magistrado quanto ao alegado, como, por exemplo, a utilização



de prova indireta: indícios e presunções. Por seu turno, a dissolução irregular da sociedade igualmente deve ser demonstrada ao juízo em requerimento fundamentado e mediante a apresentação, tanto quanto possível, de documentos comprobatórios. Não basta, pois, em qualquer hipótese, a simples menção ao art. 135, III, do CTN.

4. Conforme se infere dos autos, no presente caso, às fls. 54 foi determinado, pelo juízo *a quo*, a expedição de mandado de constatação, devendo o Sr. Oficial de Justiça informar se a empresa co-executada se encontra em atividade. Cumprido o mandado, às fls. 55v, em 15 de agosto de 2003, foi constatado pelo oficial, a saber: “...constatei que no endereço constante da rua Eugênio Ferreira de Andrade, n. 87, Bairro Cohab I, trata-se de um imóvel residencial-casa de moradia, não existe nenhum escritório aberto naquele local, fui inmada pelo Sr. João Delospital, que firma J.L.Delospital S/C Ltda., encontra-se sem atividades há mais de dois anos, entretanto sem faturamento, informou que o Contador que fazia a contabilidade é do escritório do “Chicão”, diligenciei até eles e fui informada pelo Ângelo, de que realmente a executada J.L.Delospital S/C. Ltda., encontra-se sem atividade há mais de dois anos e também neste período encontra-se sem faturamento, somente não foi encerrada por existir débitos com a Receita., *Constatei então que a empresa co-executada J.L.Delospital S/C. Ltda., encontra-se sem atividades...*”

5. Destarte, havendo presunção de dissolução irregular da sociedade, impõe-se a inclusão dos sócios responsáveis no pólo passivo da execução fiscal (fl. 117).

Nas razões do recurso especial (fls. 122/135), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 134 e 135 do CTN, ao argumento de que, “para haver a responsabilidade solidária do sócio ou diretor da empresa, este deve ter praticado atos em sua gerência com excesso de poder ou em descumprimento à lei, o que, no presente caso, inquestionavelmente não ocorreu” (fl. 129).

Nas contra-razões (fls. 142/149), a recorrida pugna pela manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em tema de responsabilidade dos sócios pelas dívidas de natureza tributária da sociedade, é importante, antes de mais nada, distinguir adequadamente as questões de ordem processual (v.g.: requisitos para promover ou redirecionar a execução contra o sócio, ônus da prova quanto aos fatos alegados) das questões de direito material (hipóteses em que há responsabilidade pessoal do sócio pela dívida da

sociedade). Sobre essa indispensável separação, reporto-me ao REsp n. 900.371, 1ª Turma, DJ 02.06.2008, de que fui relator, em cuja ementa constou:

Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Redirecionamento contra sócio-gerente que figura na Certidão de Dívida Ativa como co-responsável. Possibilidade. Distinção entre a relação de direito processual (pressuposto para ajuizar a execução) e a relação de direito material (pressuposto para a configuração da responsabilidade tributária).

1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN.

2. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução.

3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na Certidão de Dívida Ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária.

4. No caso, havendo indicação dos co-devedores no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra os sócios, o redirecionamento da execução. Precedente: EREsp n. 702.232-RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 16.09.2005.

5. Recurso especial desprovido.

No voto, reportando-me a caso análogo (REsp n. 835.443-PE, 1ª Turma, DJ 30.06.2006), observei:

1. É preciso distinguir a relação processual da relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583), sendo que a circunstância de figurar como devedor no título é condição suficiente para estabelecer a legitimação passiva (CPC, art. 568, I). É por isso que, em doutrina, se afirma que o título executivo exerce, no processo, “importante função de legitimação” (Enrico Tulio Liebman, Embargos do Executado,



trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed., SP, Saraiva, 1968, p. 126; no mesmo sentido, Gian Antônio Micheli, *Proceso de Ejecución*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 13). Em se tratando de dívida fiscal, o título executivo é a certidão de dívida ativa, cuja formação está disciplinada na Lei n. 6.830, de 1980 e na qual são indicados os nomes do devedor e dos co-responsáveis (art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I). Portanto, a indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável, confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva, autorizando que, contra ele, se promova ou se peça o redirecionamento da execução. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal (REsp n. 272.236-SC, 1ª Turma, Min. Gomes de Barros; REsp n. 278.741, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto).

2. A configuração dos requisitos da legitimação passiva não significa, todavia, afirmação de certeza a respeito da existência da responsabilidade tributária. Saber se o executado é efetivamente devedor ou responsável pela dívida, é tema pertencente ao domínio do direito material, disciplinado, fundamentalmente, no Código Tributário Nacional (art. 135), devendo ser enfrentado e decidido, se for o caso, pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução. Assim, apresentado o título executivo, com as formalidades extrínsecas adequadas, estará atendido o requisito - formal - para a propositura (ou para o redirecionamento) da execução, mas não estará, necessariamente, caracterizada a certeza da existência da dívida ou da responsabilidade ou de qualquer outro elemento da relação de direito material referida naquele título. Essa certeza é apenas presumida, em face da presunção, que é relativa, de certeza e liquidez do título (Lei n. 6.830/1980, art. 3º; CTN, art. 204, parágrafo único). “Não se descarta”, conforme acentuamos em sede doutrinária, “a hipótese de falta de correspondência ontológica entre forma e conteúdo. A norma jurídica individualizada, representada na documentação juntada à inicial, pode não existir efetivamente, ou porque nunca existiu, ou porque deixou de existir; ou pode existir, mas com outra configuração, com outra prestação ou com outro sujeito, diferentes daqueles que os documentos aparentam. Isso evidencia que a forma de exteriorização do título traduz certeza apenas relativa quanto à sua substância, abrindo caminho para controle jurisdicional, por via cognitiva, da relação jurídica em que se insere a prestação. Em outras palavras: a falta de correspondência entre o que o título formal aparenta ser e o que efetivamente ele é em substância, constitui matéria a ser invocada pelo executado, mediante embargos, que, se recebidos, estancarão, até seu julgamento, os atos executivos. (...) O certo é que o título executivo não é prova absoluta da existência da obrigação e, sendo assim, ele autoriza a ação executiva, mas não legitima, necessariamente, os atos de execução. Anotou, a propósito, *Ovídio A. Baptista da Silva*, invocando *Liebman*, que, ‘oportunizando a lei, através dos embargos, a destruição do título

executivo – quando o direito não exista – acaba condicionando o *ato final executivo* (que é propriamente a *execução*), à existência efetiva do direito substancial; e confirmando o entendimento de que o título executivo permite apenas que o credor *inicie e desenvolva* a atividade executória (que é a ‘ação’ processual executiva), mas não possa atingir o *resultado executivo*, se o executado lograr demonstrar, nos embargos, a inexistência do crédito, configurado no título’ (Curso de Processo Civil, 3ª ed. SP RT, 3ª ed., vol. II, p.33” (Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 8, 2ª ed. SP RT, p. 173).

3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora possa ser sujeito passivo da execução (CPC, art. 568, V), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao pedir o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária. Em antiga jurisprudência do STF a respeito já se afirmava que, “nessas hipóteses, embora o nome do sócio responsável não necessite figurar na certidão da dívida ativa, mesmo porque a devedora é a sociedade, a petição em que é requerida a citação deve especificar a razão em consequência da qual a execução é dirigida contra um deles” (voto do Min. Soarez Munõz, relator do RE n. 97.612-4, 1ª Turma, DJ de 08.10.1982). Nesse sentido é, também, a jurisprudência aqui firmada, conforme se pode constatar do EREsp n. 702.232-RS (Primeira Seção, DJ de 16.09.2005), relatado pelo Ministro Castro Meira e do REsp n. 550.405-RS (Primeira Turma, DJ de 06.10.2003) (...)

2. No caso concreto, houve o redirecionamento, sob fundamento da dissolução irregular da sociedade, fundamento esse que foi contestado pelo sócio mediante embargos à execução. Duas questões, portanto, se põem agora: primeira, de direito material, que diz respeito à existência ou não de responsabilidade do sócio em situações dessa natureza (dissolução irregular); e a segunda, de natureza processual, de identificar a quem cabe o ônus de provar o fato. Quanto à primeira, há inúmeros precedentes das Turmas e da Seção no sentido de que a dissolução irregular da sociedade configura hipótese de responsabilidade do sócio pelas suas dívidas tributárias, nos termos do art. 134, VII e 135 do CTN (v.g.: EREsp n. 174.532, 1ª Seção, Min. José Delgado, DJ de 18.06.2001), tanto que, atualmente, os precedentes têm tal responsabilidade como certa, direcionando sua ênfase à questão processual inerente, relacionada com o ônus da prova (v.g.: EREsp n. 852.437, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 03.11.2008; EREsp n. 716.412, 1ª Seção, Min. Herman Benjamin, DJ de 22.09.2008).



Quanto à questão do ônus da prova, nos casos em que se imputa a responsabilidade do sócio, a matéria foi enfrentada pela Seção no EREsp n. 702.232, Min. Castro Meira, DJ de 26.09.2005, enfocando as várias hipóteses mais correntes, conforme discriminado na respectiva ementa:

Tributário. Embargos de divergência. Art. 135 do CTN. Responsabilidade do sócio-gerente. Execução fundada em CDA que indica o nome do sócio. Redirecionamento. Distinção.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c.c. o art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

É claro que, em qualquer dessas hipóteses, é preciso estabelecer a distinção a que se fez referência no início: para pedir o redirecionamento, cumpre à Fazenda exequente indicar uma das situações que geram a responsabilidade do sócio, acompanhando o pedido com prova indiciária correspondente. A prova da real existência do fato gerador da responsabilidade, essa será promovida na fase de embargos, observados, quanto ao ônus de provar, os critérios acima alinhados. Essa distinção foi bem percebida e resolvida no REsp n. 977.082, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 30.05.2008, em cuja ementa constou, no que interessa, o seguinte:

Processual Civil e Tributário. (...) Embargos à execução fiscal. Art. 135, III, do CTN. Inadimplemento da obrigação de pagar tributos. Dissolução irregular da sociedade.

(...)

2. O mero inadimplemento tributário não configura violação de lei apta a ensejar a responsabilização do sócio pelas dívidas da empresa. Precedentes.

3. A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa autoriza o redirecionamento do executivo fiscal contra os sócios-gerentes.

4. Para que haja a efetiva responsabilização pessoal do sócio pelos débitos tributários da sociedade, todavia, necessária se faz a comprovação, a cargo do Fisco, de que realmente ocorreu o encerramento irregular das atividades societárias. (...).

Convém esclarecer, no que se refere especificamente à prova da dissolução irregular de sociedade que a jurisprudência da Seção é no sentido de que “A não-localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção *iuris tantum* de dissolução irregular. Possibilidade de responsabilização do sócio-gerente a quem caberá o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Entendimento sufragado pela Primeira Seção desta Corte nos EREsp n. 716.412-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22.09.2008” (EREsp n. 852.437, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 03.11.2008).

3. À luz desses parâmetros todos, é de ser mantido o acórdão recorrido. Segundo nele está referido, a Fazenda trouxe como prova da dissolução irregular a constatação de que a empresa executada não exerce suas funções no endereço indicado e que não atua nem tem faturamento há mais de dois anos, situação reconhecida pelo embargante (fl. 55, v).

4. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 760.034-DF (2005/0099568-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Novadata Sistemas e Computadores S/A e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública visando a anular atos administrativos concessivos de benefício fiscal a determinada empresa.

Tutela do patrimônio público. Legitimidade do Ministério Público. Súmula n. 329-STJ. Controle incidental de constitucionalidade. Cabimento.

1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985 (“Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”) diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Público decorre da sua função institucional estabelecida pelo art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, **b** da LC n. 75/1993, de que trata a Súmula n. 329-STJ.

2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 05 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 18.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, em ação civil pública objetivando a nulidade de acordo que resultou na concessão de incentivos fiscais de 70% do ICMS, firmado entre os recorridos, decidiu, no que importa ao presente apelo, pela extinção do processo sem julgamento do

mérito, reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público. O aresto restou assim ementado:

Ação civil pública. Ministério Público do Distrito Federal. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Matéria tributária. Controle de constitucionalidade incidental. Inadequação da via eleita. Sentença. Efeito *erga omnes*. Recurso desprovido. Unânime.

A Ação Civil Pública não se adequa para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como fim precípua, vez que os efeitos nela produzidos são *erga omnes*, sendo vedado ao juiz de primeiro grau declará-la. O Ministério Público carece de legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública envolvendo matéria tributária, ao argumento de, por via reflexa, estar defendendo consumidores. (fl. 276)

No recurso especial (fls. 307/336), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 267, IV e VI, do CPC, 16 da Lei n. 7.347/1985, 5º, III, **b** e 6º, VII, **b**, da LC n. 75/1993, ao argumento de que (I) é possível a propositura de “ação pública voltada para defesa dos direitos civis indisponíveis e do patrimônio público e social” (fl. 313), (II) “indiscutível é a necessidade e utilidade do processo para evitar o prejuízo ao patrimônio público do Distrito Federal que concedeu privilégios tributários ilegais à referida empresa” (fl. 318).

Em parecer (fls. 380/385), o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Para adequada apreciação da controvérsia é indispensável ter presente o real objeto da demanda. Diz a inicial, a propósito “do objeto da ação”:

Por intermédio de ato publicado no DODF de 28.01.2002 (Portaria n. 37, de 24.01.2002), o Secretário de Fazenda e Planejamento do Distrito Federal autorizou o BRB - Banco de Brasília S/A - contratar *financiamento* na forma do § 1º, do art. 2º do Decreto n. 20.957/2000, com a empresa Novadata Sistemas e Computadores S.A., no montante de R\$ 18.403.768,00 (dezoito milhões, quatrocentos e três mil, setecentos e sessenta e oito reais), iniciando-se em 1º.12.2001 e findando em 30.05.2010, mediante a concessão de incentivos fiscais de 70% (setenta por cento) do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Municipal e de Comunicação - ICMS, provenientes dos produtos que especifica (fl. 111).



Tais benefícios são o encerramento de uma série deles iniciados em novembro/1990, todos da mesma natureza (financiamento de parte do ICMS devido por prazo certo, com exclusão de juros e correção monetária), através da Resolução n. 108/1990 - CDI, de 23.11.1990 (fl. 24), o que se denominou PRO-IN, migrande para o Prodecon, através da Resolução n. 205/1994 - CDI (fl. 39) e Portaria SEFP n. 803/1995 (fl. 46), com nova migração para o PADES/DF, através da Resolução n. 329/1997 - CDE-DF (fl. 69) e Portaria SEFP n. 262/1998 (fl. 76).

Há, portanto, migração de um programa inconstitucional e ilegal para outro, sem recolhimento do tributo devido (fl. 3/4)

Sustenta-se a demanda na ilegitimidade desses atos, por diversas razões, conforme se colhe dos seguintes excertos da petição inicial:

Os benefícios econômicos concedidos camuflam uma renúncia fiscal por parte do Distrito Federal. É que a s/c Novadata terá realizado o pagamento de apenas 30% (trinta por cento) do valor do ICMS devido, como bem aclarou a Sra. Cordélia Cerqueira, na época, Assessora Jurídica Chefe da Assessoria Jurídica do Gabinete do Secretário de Planejamento do Distrito Federal, responsável pelo acompanhamento dos incentivos fiscais no âmbito do Distrito Federal:

(...) *que* s declarante esclarece que apesar de haver um incentivo creditício de até 70% do ICMS a empresa recolherá no DF, a partir da existência de um fato gerador, 30% do valor do ICMS, sendo certo que após os 15 anos o recolhimento será integral; que a assessoria não intervém no controle de cumprimento das obrigações assumidas pelo beneficiário, por não ser de sua competência (fl. 05).

“Não resta qualquer dúvida que as manobras levadas a efeito pelo Executivo local encobrem renúncia fiscal, declarando guerra à Federação Brasileira” (fl. 06).

O ‘incentivo’ assim concedido pelo Secretário de Fazenda do Distrito Federal feriu vários princípios constitucionais (legalidade, eficiência, supremacia do interesse público, igualdade, economicidade, finalidade, proporcionalidade, razoabilidade e motivação) já que deve existir uma contraprestação por parte dos beneficiários, expressa em lei, com garantia concreta de sua execução. Inexiste proporção na análise da relação custo/benefício entre os incentivos oferecidos e as contraprestações de interesse público que deve proporcionar (fl. 11).

O benefício foi concedido em prejuízo da Nação já que não considerou a existência de produtos industrializados em outros Estados da Federação, conforme decidiu o Supremo Tribunal federal na já mencionada ADin n. 2.352-7-ES:

(...) 4. Concorrência do *periculum in mora* para a suspensão do ato normativo estadual que - posto inspirado na razoável preocupação de

reagir contra o Convênio ICMS n. 58/1999, que privilegia a importação de equipamentos de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural contra os produtos nacionais similares - acaba por agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais estados-membros que sediam empresas do ramo.

Consideremos, também, a concorrência desleal que o fato ocasiona já que o preço dos serviços prestados pela Novadata, beneficiada pelo “financiamento” de ICMS, será muito menor do que o preço dos produtos daqueles que, no mesmo ramo, pretendam instalar-se no Distrito Federal, conseqüentemente, impedindo futuras instalações de empresas no Distrito Federal e estagnando o desenvolvimento local (fl. 20).

O pedido, por sua vez, é o seguinte:

Seja julgada procedente a ação declarando nulo os atos administrativos praticados (Resolução n. 108/1990 - CDI, de 23.11.1990, o que se denominou PRO-IN, Resolução n. 205/1994 - CDI e Portaria SEFP n. 803/1995, Resolução n. 329/1997 - CDE-DF e Portaria SEFP n. 262/1998, e Portaria SEFP n. 37/2002), condenando a sociedade Novadata Sistemas e Computadores S/A, no pagamento ao Distrito Federal da quantia financiada a título de ICMS, acrescido de juros legais e correção monetária e, solidariamente o BRB, por ser o agente financeiro responsável pelas garantias do cumprimento da avença (fl. 23).

Tem-se claro, pois, que a demanda visa a anular atos administrativos concretos, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público.

2. Assim estabelecidos os limites da demanda, merece reforma o acórdão recorrido. É certo que a jurisprudência estabelece restrições ao ajuizamento de ações civis públicas envolvendo matéria tributária, fundadas, essas restrições, no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985, segundo o qual “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Tal norma, todavia, não pode ter interpretação ampliada, a ponto de inibir o regular exercício de uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, prevista na própria Constituição Federal, que é a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social (...)” (CF, art. 129, III). Idêntica norma está reproduzida no art. 5º, III, **b** da LC n. 75/1993 e, no que se refere ao Ministério Público da União, no art. 6º, VII, **b** da mesma Lei. A restrição do citado parágrafo único diz respeito unicamente a demandas envolvendo matéria tributária movidas contra a Fazenda Pública e em prol de beneficiários “que podem ser individualmente determinados”. Não é o caso dos



autos, conforme se demonstrou. Aqui, o que se têm é típica ação destinada à proteção do patrimônio público, que enseja a aplicação da Súmula n. 329-STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

3. É inquestionável, por outro lado, que a ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Admitir ação com esse objeto seria equipará-la à ação direta de inconstitucionalidade, de especialíssima natureza e restrita legitimação ativa, cuja competência está concentrada no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados. Mas isso não significa que esteja abolido, na ação civil pública, o controle incidental de constitucionalidade. Tal prerrogativa é assegurada a qualquer juiz (daí denominar-se controle difuso) e está fundada no pressuposto elementar de que, considerado o princípio da supremacia da Constituição, cumpre ao juiz, havendo incompatibilidade entre a norma constitucional e a infraconstitucional, dar aplicação àquela e não a essa. Portanto, se o objeto da ação civil pública é, como no caso, a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade. Em reforço desse posicionamento, pelo licença para reproduzir o que defendi em sede doutrinária:

Tanto nas demandas destinadas à proteção de direitos transindividuais, quanto nas destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a atividade jurisdicional é exercida em face de situações concretas, em que se verifique a existência de ameaça ou de lesão aos direitos tutelados. Embora, em muitos casos, as sentenças proferidas nessas demandas tenham caráter genérico (como ocorre em relação aos direitos individuais homogêneos) e eficácia subjetiva ampliada (= *erga omnes*), isso não autoriza seu ajuizamento contra lei em tese, muito menos para ver declarada a ilegitimidade do preceito normativo. Cumpre ao demandante (substituto processual) indicar na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, situando com precisão o fenômeno de incidência (= norma abstrata + suporte fático + norma jurídica concreta) em relação ao qual está deduzindo a sua pretensão. Não se inibe, todavia, o controle incidental de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno de incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um *fundamento* para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento – e não de objeto – para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada.

Nesses limites, o controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo tem eficácia material restrita ao fenômeno de incidência objetivamente exposto na demanda, e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade (Processo Coletivo, 3ª ed., 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 305).

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o regular processamento da demanda. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 762.000-MG (2005/0099913-3)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Telemar Norte Leste S/A

Advogado: Jutahy Magalhães Neto e outro(s)

Recorrido: Frigorífico Perrella Ltda

Advogado: Priscila de Oliveira Miranda Leite e outro

EMENTA

Tarifas telefônicas. Repetição de indébito. Inaplicabilidade do artigo 26 do Código do Consumidor. Concessionária. Pessoa jurídica de natureza privada. Prescrição vintenária. Art. 177 do CCR c.c. 2.028 do NCC.

I - Suscitado conflito de competência, foi proferida decisão pela Corte Especial declarando competente esta egrégia Primeira Turma para julgamento do feito, que, em última análise, versa sobre preço público, o que conduz à competência da Primeira Seção.

II - A cobrança a maior não se caracteriza em vício de serviços ou produtos, mas sim de atividade vinculada, erroneamente apresentada, mas que não se confunde com o próprio serviço, devendo ser afastado o prazo nonagesimal previsto no artigo 26 do CDC para o ajuizamento de ação judicial.

III - A cobrança a maior enseja repetição de indébito, a qual, dirigindo-se contra pessoa jurídica de natureza privada, tem como prazo prescricional aquele de vinte anos previsto no artigo 177 do CCR



c.c. o artigo 2.028 do NCC. Precedente: REsp n. 463.331-RO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 23.08.2004.

IV - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 02.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por Telemar Norte Leste S/A, com fulcro no artigo 105, III, **a**, da CF, contra acórdão onde restou reconhecido que, na ação que visa ao reembolso de tarifas a maior lançadas em conta telefônica, o prazo decadencial para a repetição de indébito é o vintenário.

Inicialmente proferi decisão monocrática negando seguimento ao recurso. Interposto agravo regimental, resolvi reconsiderar a decisão, tornando-a sem efeito. Suscitada questão de ordem para analisar a competência para julgar o feito, foi reconhecida a competência desta Primeira Turma para a apreciação da demanda, retornando o feito a julgamento.

O recorrente afirma que o Tribunal *a quo* violou o artigo 26, II, do Código do Consumidor, o qual prescreve que: *o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em 90 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.*

Sustenta que a atribuição de um valor ao serviço prestado se enquadra na noção de serviço, estando a cobrança em posição indissociável em relação ao serviço. Assim, entende que a hipótese está subsumida no regramento encimado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Verifico o atendimento aos pressupostos de admissibilidade recursal, aí se incluindo o do prequestionamento, ainda que implícito, da matéria em debate. Passo, pois, à análise do mérito recursal.

A questão *sub examine* se resume na delimitação de qual o período para o ajuizamento de ação de repetição de indébito de tarifas telefônicas cobradas a maior por sociedade privada.

O Tribunal *a quo*, afastando o contido no artigo 26, II, do CDC, entendeu que a ação somente prescreveria no prazo de vinte anos, de acordo com o Código Civil Revogado, em face do que prescreve o novel Código Civil.

Entendo que deve ser prestigiado tal entendimento.

O artigo 26 do CDC assim está plasmado, *verbis*:

Art. 26 - O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II - 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

§ 1º - Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

O dispositivo acima transcrito delimita os prazos prescricionais para o ajuizamento de ações de ressarcimento por vícios no fornecimento de serviços ou produtos.

A cobrança a maior não se caracteriza em vício de serviços ou produtos, mas sim de atividade vinculada, erroneamente apresentada, mas que não se confunde, *in casu*, com o próprio serviço. Com efeito, não está a pretensão voltada à reclamação de um vício no serviço que tenha prejudicado seu consumo, não se fundamentando o pedido exordial na existência de obstáculo para que as ligações pudessem ser realizadas, mas sim por *dano* decorrente de cobrança indevida.

Nesse diapasão, a cobrança a maior enseja repetição de indébito, a qual, dirigindo-se contra pessoa jurídica de natureza privada, tem como prazo aquele previsto no Código Civil. Sendo o crédito referente a cobranças que datam de 1999, estão presentes os pressupostos para aplicação do prazo do Código de



1916, a teor do disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002. Aplicável, portanto, o prazo vintenário previsto no artigo 177 do novo Código.

No mesmo diapasão, destaco o seguinte julgado, *verbis*:

Administrativo e Direito Civil. Pagamento de serviço público (energia elétrica), prestado por concessionária.

1. Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN, sendo nítido o caráter tributário da taxa.

2. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remuneradas por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.

3. Repetição de indébito de tarifas de energia elétrica pagas “a maior”, cujo prazo prescricional segue o Código Civil (art. 177 do antigo diploma).

4. Recurso especial provido. (REsp n. 463.331-RO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 23.08.2004).

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 978.651-SP (2007/0159666-6)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Estado de São Paulo

Procurador: Ana Cláudia Vergamini Luna Frussa e outro(s)

Recorrido: Antonio Ferreira da Silva e outro

Advogado: Sérgio Dorival Gallano

EMENTA

Recurso especial do Estado de São Paulo. Responsabilidade civil. Dano moral. Ofendido falecido. Legitimidade dos sucessores para propor ação de indenização. Transmissibilidade do direito à reparação.

1. Na hipótese dos autos, o filho dos recorridos, em abordagem policial, foi exposto a situação vexatória e a espancamento efetuado por policiais militares, o que lhe causou lesões corporais de natureza

leve e danos de ordem moral. A ação penal transitou em julgado. Após, os genitores da vítima, quando esta já havia falecido por razões outras, propuseram ação de indenização contra o fato referido, visando à reparação do dano moral sofrido pelo filho.

2. A questão controvertida consiste em saber se os pais possuem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação, postulando indenização por dano moral sofrido, em vida, pelo filho falecido.

3. É certo que esta Corte de Justiça possui orientação consolidada acerca do direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, o qual, no curso do processo, vem a óbito. Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após seu falecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes. De um lado, há entendimento no sentido de que “*na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam*” (REsp n. 302.029-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º.10.2001); de outro, no sentido de que “*os pais - na condição de herdeiros da vítima já falecida - estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos (...)*”. Isso, porque “*o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183)*” (REsp n. 324.886-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 03.09.2001).

4. Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, *caput* e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o *direito à indenização*, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível.

5. José de Aguiar Dias leciona que não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de reparação de danos, porquanto “*a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores*



supõe o prejuízo causado em vida da vítima” (Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 854).

6. Como bem salientou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp n. 11.735-PR (2ª Turma, DJ de 13.12.1993), “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”.

7. “O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é ‘bem’ que compoñha o patrimônio transmissível do de cujus. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, p. 46, esclarece: ‘O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores.’” (Porto, Mário Moacyr, in Revista dos Tribunais, Volume 661, p. 7/10).

8. “O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer; e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial - no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização” (Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 85/88).

9. Ressalte-se, por oportuno, que, conforme explicitado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, “o finado era solteiro e não deixou filhos, fato incontroverso comprovado pelo documento de fl. 14 (certidão de óbito), sendo os autores seus únicos herdeiros, legitimados, pois, a propor a demanda” (fl. 154). Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal.

10. Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se *causa mortis*, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um “bem” capaz de integrar o patrimônio do *de cuius*. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente. Entende-se, assim, pela legitimidade ativa *ad causam* dos pais do ofendido, já falecido, para propor ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensa moral por ele suportada.

11. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido, mas desprovido.

Recurso especial adesivo. *Quantum* indenizatório. Majoração.

1. A falta de indicação do dispositivo infraconstitucional tido por violado inviabiliza o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula n. 284-STF.

2. É inviável a apreciação de recurso especial fundado em divergência jurisprudencial quando o recorrente não demonstra o suposto dissídio pretoriano nos termos previstos no art. 255, §§ 1º, 2º e 3º, do RISTJ, e no art. 541, parágrafo único, do CPC.

3. Recurso especial adesivo não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial do Estado de São Paulo, mas negou-lhe provimento, e não



conheceu do recurso adesivo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 26.03.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

Indenização. Dano moral. Ação ajuizada por herdeiros da vítima, que pleiteiam indenização pelos danos por ela sofridos. Legitimidade ativa para a causa reconhecida. Preliminar rejeitada.

Indenização. Dano moral. Agressão e lesões corporais praticadas por soldados da Polícia Militar. Crime e autoria reconhecidos por decisão penal transitada em julgado. Inexistência de culpa concorrente. Responsabilidade objetiva do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Dano moral. Dever de indenizar. Montante que, no entanto, comporta redução, de modo a assegurar o cumprimento das finalidades da indenização, sem excesso. Juros, de 6% ao ano, que devem incidir a partir da citação. Recursos oficial e voluntário providos em parte, com observação. (fl. 219)

Em suas razões de *recurso especial*, a entidade estatal aponta violação dos arts. 6º, do Código de Processo Civil, e 11 do Código Civil. Sustenta, em resumo, que: (a) os pais não possuem legitimidade ativa para postularem indenização por danos morais sofridos pelo filho falecido, pois ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei; (b) os direitos de personalidade têm caráter personalíssimo, sendo, portanto, intransmissíveis; (c) não existe direito à sucessão *causa mortis* dos danos morais, como ocorre com os danos de ordem patrimonial. Requer, assim, o provimento do recurso especial, para que seja reconhecida a ilegitimidade ativa dos recorridos e extinto o processo sem resolução de mérito.

Contra-razões apresentadas às fls. 251/255.

Por sua vez, os recorridos, Antonio Ferreira da Silva e Benedita Rosa de Jesus Ferreira, interpuseram *recurso especial adesivo*, com a pretensão de que o

valor arbitrado a título de danos morais fosse majorado, assim como incidisse a correção monetária a partir da data do ato ilícito e juros moratórios a contar da citação.

O recurso especial não foi admitido na origem porque “os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo” (fl. 263). Na decisão de fls. 278/279, foi determinada a conversão do agravo de instrumento em recurso especial (CPC, art. 544, § 3º), para melhor exame da matéria.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 284/292, opinou pelo não-conhecimento do recurso principal, por ausência de prequestionamento, e, alternativamente, por seu desprovimento, e pelo não-conhecimento do recurso especial adesivo, tendo em vista a incidência da Súmula n. 7-STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): *Recurso especial do Estado de São Paulo:*

Preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, deve ser conhecido o apelo especial da entidade estatal.

Na hipótese dos autos, o filho dos ora recorridos, autores da ação indenizatória, em abordagem policial, foi exposto a situação vexatória e a espancamento efetuado por policiais militares, o que lhe causou lesões corporais de natureza leve e danos de ordem imaterial. A ação penal transitou em julgado em 14 de fevereiro de 2000 (fls. 40/46 e 63). Após, em 3 de maio de 2001, os genitores da vítima, quando esta já havia falecido por razões outras (fl. 24), propuseram ação de indenização contra o fato referido, visando à reparação do dano moral sofrido pelo filho.

O Tribunal de Justiça estadual, ao julgar a controvérsia, confirmando, nesse ponto, a r. sentença, entendeu pela legitimidade ativa *ad causam* dos genitores do lesado, nos seguintes termos:

Para o exame da preliminar de ilegitimidade ativa argüida pela Fazenda do Estado, cumpre ter em conta que os autores não estão pleiteando indenização por danos morais que eles, pais, teriam sofrido em decorrência da agressão praticada contra seu filho. *Pleiteiam indenização pelos danos morais que ele próprio, já falecido, sofreu em decorrência do fato.*



A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não é pacífica sobre a matéria. No Recurso Especial n. 302.029-RJ, Rei Min Nancy Andrichi, j. 29.05.2001, a Corte decidiu que, falecida a vítima de danos morais, os herdeiros não têm legitimidade para pleitear a respectiva indenização. Entre outras razões de decidir, no acórdão ficou consignado que ‘... Não se justifica que aquele que não sofreu qualquer dano, seja direto ou indireto, venha pleitear indenização, pois não se atingiu qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral, a ele pertencente’. Ficou consignado, também, que ‘... Assim, admitindo-se que, na ação de indenização por danos morais, os herdeiros da vítima detêm legitimidade ativa *ad causam*, estar-se-ia tão-somente prestigiando o caráter penal da indenização, ao obrigar o agressor ao ressarcimento dos danos morais a despeito do falecimento da vítima. Não se alcançaria, contudo, o efeito compensatório da indenização, tendo em vista que a indenização pecuniária não mais poderia proporcionar à vítima uma satisfação material e sentimental de forma a atenuar os danos morais sofridos’.

No Recurso Especial n. 343.654-SP, j. 06.05.2002, v.u., o Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, mencionou o julgado anterior, do qual participara, e alterou seu entendimento para concluir que o espólio tem legitimidade ativa para postular em juízo reparação de dano moral sofrido pelo *de cuius*.

O entendimento adotado neste precedente foi também esposado no Recurso Especial n. 440.626-SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.10.2002 e no Recurso Especial n. 324.886-PR, Relator Ministro José Delgado. Fica também aqui acolhido, mesmo porque, *de acordo com a doutrina de Leon Mazeaud, mencionada no último julgado, se o ‘... Herdeiro não sucede no sofrimento da vítima ...’, ‘... é irrecusável que ... sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores’.*

Por essas razões, foi correta a rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa, não caracterizada a alegada infração aos artigos 6º e 267, VI, do Código de Processo Civil. Os autores, que, segundo consta dos autos, são os únicos herdeiros do falecido, têm legitimidade para a causa (fls. 04 e 20). (fls. 220/222, grifou-se)

Destarte, a questão controvertida consiste em saber se os pais possuem legitimidade ativa *ad causam* para postular indenização por dano moral sofrido, em vida, pelo filho falecido.

É certo que esta Corte de Justiça possui orientação consolidada acerca do direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, o qual, no curso do processo, vem a óbito (REsp n. 440.626-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 19.12.2002;

REsp n. 577.787-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 20.09.2004; AgRg no Ag n. 987.594-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 1º.08.2008; AgRg no Ag n. 797.325-SC, 4ª Turma Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 15.09.2008).

Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após seu falecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes. De um lado, há entendimento no sentido de que “na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam” (REsp n. 302.029-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º.10.2001); de outro, no sentido de que “os pais - na condição de herdeiros da vítima já falecida - estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos (...)”. Isso, porque “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183)” (REsp n. 324.886-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 03.09.2001).

A respeito do tema, o art. 1.526 do Código Civil de 1916 estabelecia que “o direito de exigir reparação, e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este Código excluir”.

De outro lado, o atual Código Civil, dispõe:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Interpretando-se sistematicamente os referidos dispositivos legais, infere-se que o *direito à indenização*, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível.



Nesse contexto, o dano moral, decorrente de violação de direito de personalidade, enseja o direito do lesado à indenização, conforme previsão constitucional (art. 5º, X). Este direito, por sua vez, de acionar o Judiciário para obter a reparação econômica da ofensa moral assume caráter patrimonial, podendo, por conseguinte, ser objeto de sucessão hereditária, nos termos dos arts. 12, parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916). É uma verdadeira sucessão de direito de crédito, e não de direito de personalidade, razão por que não lhe é aplicável o disposto no art. 11 do mesmo diploma legal.

Em comentário ao art. 943 do Código Civil, Maria Helena Diniz afirma que “o direito de prosseguir na ação de indenização por dano moral, se o lesado morrer na pendência, transmite-se aos herdeiros (STJ, 4ª T., REsp n. 440.626, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 03.10.2002). Se o lesado vier a falecer, a ação de indenização poderá ser intentada por seus herdeiros (RSTJ, 71:183). Portanto, com o falecimento do lesado seus herdeiros têm legitimidade para sucedê-lo na relação processual que ele integrava, pleiteando o quantum indenizatório (CPC, art. 43) e para propor ação, fazendo valer pretensão. Mas, se se tratar de direito personalíssimo, já se decidiu que o direito de exigir a reparação do dano e o dever de indenizar o prejuízo serão intransmissíveis (STJ, 3ª T., REsp n. 302.029-RJ, Min. Nancy Andrighi, j. 29.05.2001). Porém, combinando-se os arts. 943 e 12, parágrafo único, legitimados estão os herdeiros, como lesados indiretos, a pleitear indenização por lesão a direito da personalidade do de cujus, devendo o lesante, ou seus herdeiros, repará-la, estes últimos só até as forças da herança” (Código Civil Anotado, 12ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 732).

Ademais, José de Aguiar Dias leciona que não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de reparação de danos, porquanto “a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima” (Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 854).

Como bem salientou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp n. 11.735-PR (2ª Turma, DJ de 13.12.1993), “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”. Acrescentou, ainda, a lição do professor Mário Moacyr Porto (Revista dos Tribunais, Volume 661, p. 7/10), *in verbis*:

Em face do que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, X), não cabe mais discutir a ressarcibilidade do dano moral. Bons autores não admitem, porém, a

transmissão, por direito hereditário, do dano moral ou de afeição. Assim é que Wilson Melo e Silva, em sua excelente monografia 'O dano moral e sua reparação', ensina: 'Não existe, pois, 'o jus hereditário' relativamente aos danos morais, tal como acontece com os danos materiais. A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular' (p. 469).

Tenho dúvida sobre a juridicidade da lição transcrita. *O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que componha o patrimônio transmissível do de cujus. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, p. 46, esclarece: 'O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores'.*

Doutrina e jurisprudência dos Tribunais franceses homologam a exegese acima exposta (Filippe Le Torneau, ob. cit. n. 227, p. 82 e 83) e no mesmo sentido a doutrina dominante entre nós (Aguiar Dias, ob. e v. cits., n. 251, p. 506). Por fim, atenda-se o disposto nos arts. 1.526 e 928 do CC).

Finalmente, assiste ao cônjuge, herdeiros e parentes próximos da vítima promover, jure próprio, ação penal e de indenização civil contra os que tenham irrogado à memória de pessoa da família fatos caluniosos ou injuriosos (CF, art. 5º, X; CC, art. 1.547; CP, art. 138, § 2º; CPP, art. 31). *Injuria facta cadaveri dicendum est heredi facta.* Uma ação, no plano civil, para reparar um dano por ricochete. (grifou-se)

Outrossim, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, agora em seu voto vencido proferido no REsp n. 302.029-RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (3ª Turma, DJ de 1º.10.2001), delineou:

A obrigação resultante do ato ilícito é transmissível hereditariamente, de maneira que, falecido o ofensor, respondem pelo prejuízo seus sucessores. Não menos certo é que, também, no caso da morte da vítima, fazem jus à reparação os herdeiros desta. Assim, o art. 928 do Código Civil dispõe que 'a obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim, entre as partes como entre os herdeiros.'

Ressalte-se que, ainda que a vítima tenha sido ofendida em seus direitos personalíssimos, a relação obrigacional que se forma entre ela e o agente do dano



(CC, art. 1.518), não é personalíssima, como se daria, por exemplo, com a obrigação de pintar um quadro ou esculpir uma imagem. A meu ver, não se trata de uma obrigação personalíssima.

O art. 1.526 do Código Civil assegura que 'o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que esse Código excluir'. É claro que, tendo a vítima ou seus herdeiros, direito à reparação do dano e a faculdade de exigi-la (pretensão), têm também ação material correspondente, segundo o citado art. 75 do Código Civil, que antes li. Se assim se dá com os danos materiais, o mesmo, a meu ver, ocorre com os danos morais, pois, como dito, a eles aludiu a Constituição Federal, não havendo como discriminá-los em seus efeitos e em relação à transmissibilidade da sua reparação.

Dessarte, falecido aquele que experimentou o dano moral, têm seus herdeiros não só a legitimidade para sucedê-lo na relação processual que ele integrava, visando a indenização, segundo o art. 43 do Código de Processo Civil, como também para propor ação com esse objetivo.

Há ensinamento de Wilson Melo e Silva, segundo o qual 'não existe, pois, o 'jus hereditário' relativamente aos danos morais, tal como acontece com os danos materiais. A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seus patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular', ponderou com acerto Mário Moacyr Porto. Este, em artigo que publicou na 'Revista dos Tribunais', preleciona (lê): 'Tenho dúvida sobre a jurisdição da lição transcrita. O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que compõe o patrimônio transmissível do *de cujus*. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial.'

De fato, a reparação de um dano qualquer, seja moral, seja material, far-se-á, via de regra, com bens materiais. Quanto à transmissibilidade deste por direito hereditário, não tenho dúvida.

Portanto, a legitimidade dos herdeiros para propor a ação de indenização por ato dirigido contra o *de cujus* é, em tese, de ser reconhecida. Cabe ali indagar, em cada caso concreto, o porquê de não ter sido proposta a ação pela própria vítima. Essa teria o prazo prescricional de 20 anos para ajuizar a ação, segundo o art. 177 do Código Civil, mas pode ter deixado de fazê-lo porque não se sentiu ofendida, ou seja, porque entendeu mesmo inexistente o dano moral.

Nesse caso, há de se verificar concretamente. Pode haver hipótese de que o falecido não propôs a ação porque não se sentiu ofendido. Mas esse é um caso concreto a se examinar. Em tese, entendo que têm plena legitimação os herdeiros para propor a ação por dano moral.

É claro que há de estar plenamente caracterizada a ocorrência do dano. Caio Mário, citando Santos Briz, lembra que: 'A indenização devida em favor dos herdeiros da vítima tem por fundamento sua simples condição hereditária, e sem necessidade de qualquer outra prova, a não ser a existência do prejuízo. Quer dizer, a legitimação para a actio de perdas e danos há de ter por pressuposto haver sido o demandante prejudicado pelo fato danoso' (Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988, 8ª edição, p. 334).

Cabe acentuar que a questão, aqui, discutida difere daquela na qual o filho ajuíza ação contra o causador da morte de seus pais, visando obter compensação pelos danos morais sofridos. Neste caso, quem sofre o dano é o próprio herdeiro, que não postula indenização a que faz jus por herança, mas, sim, por ter sido, ele próprio, a vítima do ato ilícito.

Em suma, se a vítima propõe a ação, os herdeiros podem prosseguir com o processo. A matéria já está pacificada neste Tribunal. Não é a primeira vez que a examinamos. Há casos outros. O Código Penal protege a memória do morto, crime de violação de cadáver, violação de sepultura. Nessa hipótese, a indenização pode ser pleiteada pelos herdeiros porque eles próprios se sentiram atingidos; mas, no caso presente, a questão vai além, versa sobre a transmissibilidade do direito de propor a ação de indenização por danos morais pelos sucessores da vítima falecida.

Vi um texto muito interessante de Clóvis Bevilacqua, em que ele comenta o art. 76 do Código Civil, segundo o qual 'para propor ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral'; e o parágrafo único: 'o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou a sua família'. Note-se que o parágrafo único já se refere ao autor e sua família em termos de interesse moral para propor a ação.

E Clóvis Bevilacqua escreveu com base no Digesto 40, 7, fragmento 9, § 9º: 'O interesse será ordinariamente, econômico, isto é, conversível em dinheiro; mas poderá ser também moral. No interesse econômico, compreende-se a defesa do direito real, e a exigência daquelas obrigações, que pecúnia *lui proestarique possunt* (D. 40, 7, fr. 9, § 9º). O interesse moral diz respeito à própria personalidade do indivíduo, à honra, à liberdade, e, ainda, à profissão. O interesse econômico deve ser do autor ou da pessoa, que ele representa. O moral há de ser, diretamente, do autor, ou da sua família. Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro. É por uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais.'



O tema é complexo, mas a minha convicção é esta: a haver indenização por dano moral, não se transmitirá o aborrecimento, não se transmitirá o mal-estar causado em situações como essa, mas o direito patrimonial correspondente, a obrigação de indenizar correspondente. Creio que não há razão nenhuma para não se transmita o direito à indenização, mesmo porque não há nenhuma limitação legal para que isso ocorra. O próprio dispositivo do Código Civil, que li, art. 1.526 é claro, diz que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmite-se com a herança, exceto nos casos em que o Código o exclui. A meu ver, não há nenhum dispositivo no Código excluindo a possibilidade de ajuizamento desta ação pelos herdeiros. (grifou-se)

Nesse sentido:

Processual Civil. Direito Civil. Indenização. Danos morais. Herdeiros. Legitimidade.

1. *Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV.*

2. *Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV.*

3. *O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais.*

4. *A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal.*

5. *O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183).*

6. *A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral.*

7. *‘O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendido) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores’ (Leon Mazeaud, em magistério publicado no *Recueil Critique Dalloz*, 1943, p. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido).*

8. Recurso improvido. (REsp n. 324.886-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 03.09.2001, grifou-se)

No tocante à transmissibilidade do direito à reparação do dano moral, cabe salientar a lição de Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de Responsabilidade Civil*, 7ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 2007, p. 85/88):

No que diz respeito a transmissibilidade do dano moral, por direito hereditário, doutrina e jurisprudência distinguem duas situações. Se a vítima do dano moral falece no curso da ação indenizatória, é irrecusável que o herdeiro suceda o morto no processo, por se tratar de ação de natureza patrimonial. Exercido o direito de ação pela vítima, o conteúdo econômico da reparação do dano moral fica configurado, e, como tal, transmite-se aos sucessores. Esse entendimento é predominante no Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 11.735-0-PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro). Outra, entretanto, será a situação se a vítima do dano moral falecer antes de intentar a ação indenizatória.

(...)

A corrente que sustenta a intransmissibilidade do dano moral parte, *data venia*, de uma premissa equivocada. Na realidade, não é o dano moral que se transmite, mas sim a correspondente indenização.

O ponto de partida para uma correta visão do problema é o que segue. Uma coisa é o dano moral sofrido pela vítima, e outra coisa é o direito a indenização, daí resultante.

O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial - no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização.

O art. 943 do Código Civil atual prevê expressamente: 'O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.' A morte da vítima seria um prêmio para o causador do dano se o exonerasse da obrigação de indenizar.



Vê-se, por esse ângulo da questão, que é possível a transmissão do direito à indenização por dano moral, e não do próprio dano moral. O problema se resume em saber se houve ou não dano moral, se a vítima, antes de morrer, foi ou não atingida em sua dignidade. Se foi, não há por que não transmitir aos herdeiros o direito à indenização, mormente em face de texto expresso de lei.

(...)

O art. 11 do Código Civil é expresso quanto a intransmissibilidade dos direitos da personalidade; a regra do parágrafo único do art. 20, que confere legitimidade ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes para postularem a proteção da imagem do morto, ou indenização pela ofensa à sua boa fama e respeitabilidade, alcança aquelas agressões que ocorrerem após o falecimento, caso em que os parentes virão a juízo por direito próprio. Não se confunde, portanto, com a situação em que a postulação é feita em razão daquele sentimento próprio do ofendido já morto. No primeiro caso, o que confere titularidade é o direito dos herdeiros à proteção da imagem do morto; no segundo, cuida-se da incorporação ao patrimônio dos herdeiros daquele direito que nasceu e foi reconhecido pela própria vítima, a qual, contudo, não teve oportunidade de iniciar a ação. Pensamos que esse é o critério que deve prevalecer. (grifou-se)

Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se *causa mortis*, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um “bem” capaz de integrar o patrimônio do *de cuius*. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente, nos termos dos arts. 1.526, do Código Civil de 1916, e 943 do atual Código Civil.

Ressalte-se, por oportuno, que, conforme explicitado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, “o finado era solteiro e não deixou filhos, fato incontroverso comprovado pelo documento de fl. 14 (certidão de óbito), sendo os autores seus únicos herdeiros, legitimados, pois, a propor a demanda” (fl. 154). Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal.

Assim, entende-se pela legitimidade ativa *ad causam* dos pais do ofendido, já falecido, para propor ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensa moral por ele suportada.

Recurso Especial Adesivo:

(a) Inicialmente, é importante salientar que o recurso especial adesivo deve ser conhecido nesta instância superior. Isso, porque, uma vez provido o agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso principal, determinando-se a subida dos autos, não há óbice para que esta Corte de Justiça proceda ao exame do recurso especial adesivo.

Com efeito, “*pode ser feito o exame de admissibilidade do adesivo na instância especial, admitido o principal*” (REsp n. 264.954-SE, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 20.08.2001). Ademais, “*provido agravo de instrumento nessa instância e determinado o processamento do recurso especial, pode o recurso adesivo ser apreciado diretamente por esta Corte, quando tiver sido considerado prejudicado na instância ordinária apenas em decorrência da inadmissão do recurso especial principal.*” (REsp n. 93.537-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 16.02.1998).

(b) No entanto, o referido recurso não merece prosperar.

Os recorrentes adesivos não suscitaram, em sua petição recursal, nenhuma violação de dispositivo infraconstitucional, bem como não argumentaram a existência de divergência jurisprudencial, em desacordo, portanto, com o que dispõe o art. 105, III, **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Nesse contexto, nota-se que não foi preenchido o requisito de cabimento do recurso, porquanto, ao contrário do preceituado no dispositivo constitucional autorizador do recurso especial, os recorrentes, em seu inconformismo, não aduziram nenhuma ofensa ou negativa de vigência de lei ou tratado federal, e não suscitaram a existência de dissídio pretoriano, limitando-se apenas a argumentar que o valor da indenização deveria ser majorado. Desse modo, incide a Súmula n. 284-STF, segundo a qual “*é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*”. A propósito: REsp n. 839.798-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro



Meira, DJ de 15.08.2006; AgRg no Ag n. 745.350-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19.06.2006.

Diante do exposto, deve ser conhecido o recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo, mas desprovido. Por outro lado, não merece ser conhecido o recurso especial adesivo.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 987.695-MT (2007/0217169-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra

Procurador: Valdez Adriani Farias e outro(s)

Recorrido: Rosalvo Pinto Brandão

Advogado: Rosalvo Pinto Brandão (em causa própria)

EMENTA

Processual Civil. Ação de desapropriação direta. Liquidação. Modificação do critério fixado a título de honorários advocatícios. Súmula n. 131 do STJ. Violação à coisa julgada. Ocorrência. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Negativa de vigência a dispositivo da CF/1988. Improriedade da via eleita.

1. A modificação, em liquidação de sentença, da base de cálculo dos honorários advocatícios determinada no processo de conhecimento revela inequívoca violação ao instituto da coisa julgada. Precedente: REsp n. 460.198-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 02.05.2005.

2. Considerando que a liquidação visa apenas especificar o *quantum debeat* à luz do *an debeat* acertado na sentença, forçoso concluir que a modificação da base de cálculo dos honorários na fase de liquidação viola a coisa julgada.

3. Fixada a base de cálculo dos honorários advocatícios na forma da Súmula n. 617 do STF, a sua modificação em sede de liquidação de sentença, para fazer incluir as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios (Súmula n. 131 do STJ) configura ofensa à coisa julgada.

4. Deveras, a Corte entendeu haver afronta à coisa julgada a modificação da revisão do critério fixado a título de honorários na sentença trânsita. Precedentes: REsp n. 85.261-SP, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 26.08.1996; REsp n. 354.162-RN, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03.06.2002.

5. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

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

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, com fulcro no art. 105, III, **a e c**, do permissivo constitucional, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Processual Civil. Embargos à execução. Desapropriação. Honorários advocatícios. Aplicação da Súmula n. 131-STJ.

A base de cálculo nas execuções de honorários advocatícios em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, compreendendo os juros moratórios e compensatórios, devidamente corrigidos (Súmula n. 131-STJ).

Apelo provido.



Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados ante a ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

Noticiam os autos que o Incra opôs embargos contra a execução ajuizada por Rosalvo Pinto Brandão, ora recorrido, que pretendia executar a parte autônoma dos honorários de sucumbência, decorrente de ação de desapropriação.

O Incra alegou excesso de execução no que tange ao montante referente ao pagamento da verba honorário pretendida pelo patrono.

Sustentou o Incra que na Ação de Desapropriação originária, a sentença não incluiu os juros compensatórios na base de cálculo dos honorários advocatícios, mas tão-somente o valor atribuído ao imóvel.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso julgou procedente os Embargos de Execução a favor do Incra, reconhecendo o excesso na execução, para reduzir o valor dos honorários advocatícios, sob o fundamento de que a modificação da base de cálculo dos honorários advocatícios na fase de liquidação da sentença - com a inclusão de juros moratórios e compensatórios - constituiu violação à coisa julgada, *litteris*:

No mérito, infere-se que a questão cinge-se à inclusão ou não dos valores referentes aos juros compensatórios e moratórios no cálculo do montante da indenização para daí extrair-se o quantum destinado à verba honorária.

A despeito do que sustentam os julgados evidenciados pelo Embargado, infere-se que o acórdão transitado em julgado, fez constar tão somente em sua alínea **d** a fixação da verba honorária em “5% (cinco por cento) do valor da diferença (atualizada monetariamente) entre a oferta e a indenização fixada na sentença”. Inexistiu determinação para a inclusão do montante referente aos juros compensatórios e moratórios em sua base de cálculo.

Desta feita, constitui-se violação à coisa julgada a modificação da base de cálculo dos honorários advocatícios na fase de liquidação da sentença, uma vez que o preceito fez constar apenas o ‘valor da diferença atualizado monetariamente entre a oferta e a indenização fixada’.

É esse, inclusive, o entendimento da 1ª Turma do C. STJ, *in verbis*: (...) (STJ, REsp n. 460.198-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, publ. DJ de 02.05.2005, p. 155). (fls. 47/48)

O Incra atravessou petição de emenda à inicial, apresentando nova base de cálculos, às fls. 32/34. O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido (fls. 46/49). (Fls. 120/121).

O recorrido Rosalvo Pinto Brandão interpôs recurso de apelação pretendendo a reforma da r. decisão monocrática.

O Tribunal Regional Federal da 1ª deu provimento ao recurso interposto, aplicando a Súmula n. 131-STJ, nos termos da ementa supra destacada.

Em seu apelo nobre, o Incra aponta violação aos arts. 535, do CPC, bem como aos arts. 467, 468, 165 e 458, II, todos do CPC. Aduz, em síntese:

a) inexistiu na decisão de primeiro grau qualquer determinação de incidência de juros compensatórios e moratórios na fixação dos honorários advocatícios;

b) o acórdão recorrido, ao determinar a incidência dos juros na base de cálculo da verba honorária acabou por violar a coisa julgada.

Contra-razões às fls. 159/167.

O recurso especial recebeu o crivo de admissibilidade na instância de origem.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo parcial provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Execução de honorários advocatícios. Alegação de violação da coisa julgada. Ocorrência. Parecer pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): *Prima facie*, no que pertine à violação do art. 535 do CPC, esta não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Com relação à negativa de vigência dos arts. 467 e 468 do CPC, assiste razão à recorrente.

Com efeito, o acórdão trânsito em julgado estabeleceu a fixação dos honorários advocatícios da seguinte forma:

...reduzir a verba honorária para 5% (cinco por cento) do valor da diferença (atualizada monetariamente) entre a oferta e a indenização fixada na sentença. (fl. 11)



A Súmula n. 617 do Pretório Excelso, na forma da Súmula n. 141 desta Corte, dispõe que: “A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente.”

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, reformando a decisão de primeira instância prolatada em sede de embargos à execução, determinou o cálculo da verba honorária na forma da Súmula n. 131 do STJ, de seguinte teor: “A base de cálculo nas execuções de honorários advocatícios em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, compreendendo os juros moratórios e compensatórios, devidamente corrigidos (Súmula n. 131-STJ)”.

Assim, forçoso concluir que a modificação, em liquidação de sentença, da base de cálculo dos honorários advocatícios determinada no processo de conhecimento revela inequívoca violação ao instituto da coisa julgada.

Deveras, a Corte entendeu haver ofensa à coisa julgada a modificação da revisão do critério fixado a título de honorários na sentença trânsita.

À guisa de exemplo, o seguinte precedente desta relatoria, *verbis*:

Processual Civil. Ação de desapropriação direta. Liquidação. Modificação do critério fixado a título de honorários advocatícios. Súmula n. 131 do STJ. Violação à coisa julgada. Ocorrência. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Negativa de vigência a dispositivo da CF/1988. Impropriedade da via eleita.

1. Considerando que a liquidação visa apenas especificar o *quantum debeatur* à luz do *an debeatur* acertado na sentença, forçoso concluir que a modificação, em liquidação de sentença, da base de cálculo dos honorários advocatícios determinada no processo de conhecimento revela inequívoca violação ao instituto da coisa julgada.

2. Fixada a base de cálculo dos honorários advocatícios na forma da Súmula n. 617 do STF, a sua modificação em sede de liquidação de sentença, para fazer incluir as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios (Súmula n. 131 do STJ) configura ofensa à coisa julgada.

3. Deveras, a Corte entendeu haver afronta à coisa julgada a modificação da revisão do critério fixado a título de honorários na sentença trânsita. Precedentes: REsp n. 85.261-SP, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 26.08.1996; REsp n. 354.162-RN, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03.06.2002.

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

5. O recurso especial não é servil à análise de violação a dispositivo da Constituição Federal.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para excluir da base de cálculo dos honorários advocatícios as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios.

(REsp n. 460.198-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 02.05.2005, p. 155)

Nesse mesmo sentido:

Desapropriação. Honorários advocatícios. Decreto-Lei n. 3.365/1941 (art. 27, § 1º). Súmulas n. 131 e 141-STJ, 617-STF.

1. O título sentencial transitado em julgado deve ser executado nos limites objetivos da composição judicial.

2. Os honorários advocatícios, na desapropriação, são calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização estabelecida, incluídas as parcelas dos juros compensatórios e moratórios, com aplicação da correção monetária.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso provido. (REsp n. 85.261-SP, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 26.08.1996)

Processo Civil e Previdenciário. Honorários advocatícios. Execução de sentença. Inclusão posterior do critério definido na Súmula n. 111. Ofensa à coisa julgada. Ocorrência.

I - Transitada em julgado a sentença exequenda, com expressa indicação de qual critério a ser adotado para apuração dos honorários advocatícios, é descabida a inclusão posterior do critério definido na Súmula n. 111 do STJ, com o entendimento jurisprudencial que lhe dá este Tribunal, sob pena de evidente ofensa à coisa julgada.

II- Recurso conhecido e provido. (REsp n. 354.162-RN, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03.06.2002)

Ex positis, dou provimento ao recurso especial, para excluir da base de cálculo dos honorários advocatícios as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL N. 993.504-RR (2007/0231076-2)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Estado de Roraima
Procurador: Regis Gurgel do Amaral Jereissati e outro(s)
Recorrido: União
Interes.: Fundação Nacional do Índio - Funai
Procurador: Antonio Roberto Basso e outro(s)
Interes.: Walmir Francisco Gonçalves - Microempresa
Interes.: Município de Pacaraima
Advogado: Sem representação nos autos
Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ocupação de terras indígenas por particulares no município de Pacaraima. Estado de Roraima. Terceiro prejudicado. Interesse recursal demonstrado. Necessidade de ingresso na lide como litisconsórcio passivo necessário, juntamente com o município de Pacaraima. Restabelecimento da decisão que determinou a citação dos entes públicos. Ação em trâmite no STF em que se discute a legitimidade da criação do próprio município. Litispêndência não configurada. Simples relação de prejudicialidade entre as ações. Violação ao artigo 265 do CPC. Não ocorrência.

1. Embora a demanda que ora se discute, na qual o recorrente pretende o ingresso, cuide de discussão entre particulares e interesses indígenas, estes representados pelo Ministério Público Federal e pela Funai, não há como se concluir pela total inexistência de relação do Estado de Roraima com os bens objeto da controvérsia.

2. Dessarte, demonstrado o nexo de dependência legalmente exigido para intervir na relação jurídica submetida a julgamento, cuja decisão atingirá os direitos e interesses do Estado de Roraima, goza este de legitimidade para se opor a tal entendimento na condição de terceiro prejudicado, como também há de ser admitido, juntamente com o Município de Pacaraima, como litisconsortes passivos necessários. Precedente: REsp n. 988.616-RR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06.11.2008, DJe 19.11.2008.

3. Não há conexão entre as duas ações, uma vez que a temática de interesse do Estado de Roraima, relativa à legitimidade da criação do município de Pacaraima em terras indígenas, que tramita no STF, passa ao largo da questão aqui suscitada, referente à possibilidade de ocupação de terras indígenas por particulares. Se assim ocorre, não há como reconhecer e proclamar a identidade de objeto entre as duas ações, sendo descabida, em conseqüência, a alegação de litispendência.

4. Portanto, a hipótese dos autos é, tão somente, de prejudicialidade entre as ações, já que o resultado da presente ação civil pública possui relação de dependência com a posição do STF acerca da legitimidade ou não da criação do Município de Pacaraima, nos autos da ACO n. 499-RR, de onde se conclui que a faculdade, dada pelo Tribunal de origem ao juiz de primeiro grau, de suspensão do processo até o julgamento do STF, não viola a norma inscrita no art. 265, IV, **a**, do CPC.

5. Recurso especial conhecido e provido, para anular o processo a partir da decisão de fls. 44/45, a qual deve ser restabelecida, para que seja providenciada a citação do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima na qualidade de litisconsortes passivos necessários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, para anular o processo a partir da decisão de fl. 44/45, a qual deve ser restabelecida, para que seja providenciada a citação do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima na qualidade de litisconsortes passivos necessários, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 30.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Roraima, na qualidade de terceiro prejudicado, com fundamento



do artigo 105, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão que, ao apreciar ação civil pública objetivando a defesa de comunidades indígenas da suposta ocupação de suas terras por particulares, decidiu pela ilegitimidade passiva do Estado de Roraima e do Município de Paracaima, além de concluir pela inexistência de conexão com a ACO n. 499, em trâmite no STF, em ementa assim redigida (fl. 130):

Processual Civil. Ação civil pública. Ocupação de terra indígena por particular. Ausência de interesse jurídico-processual do município de Pacaraima e do Estado de Roraima na lide. Agravo retido provido. Interdito possessório em curso perante o STF. Relação de dependência entre as ações que se reconhece. Possibilidade de incidência do art. 265, IV, **a**, do CPC.

1. Restringindo-se o objeto da lide à defesa de comunidades indígenas da suposta ocupação de suas terras por particulares, falece interesse processual do Município de Pacaraima e do Estado de Roraima para a causa.

2. O interdito proibitório em curso perante o STF (ACO n. 499-RR), no qual a Funai se insurge contra a criação e instituição do Município de Pacaraima, supostamente por se encontrar no interior da mesma terra indígena, possui objeto distinto da presente ação pública, sendo indevida, em consequência, a extinção do feito sem julgamento do mérito, como ocorreu na espécie. Nulidade da sentença de que se declara.

3. Afigura-se, presente, de qualquer sorte, a existência de uma relação de dependência entre o interdito proibitório (em curso na Suprema Corte) e a presente ação, que poderia, a princípio, justificar a suspensão deste processo, mediante a aplicação do art. 265, IV, **a**, do Código de Processo Civil, uma vez que a causa submetida a exame pelo STF contém questão prejudicial ao deslinde da controvérsia travada nestes autos.

4. Agravo retido a que se dá provimento, para desconstituir a decisão que determinou a integração da relação processual pela citação do Município de Pacaraima e do Estado de Roraima.

5. Apelação provida para declarar a nulidade da sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, ficando facultado ao Juízo de origem, aplicar à causa a norma do art. 265, IV, **a**, do CPC, até que sobrevenha decisão final nos autos da ACO n. 499-RR, em curso perante o STF.

Emerge dos autos o ajuizamento de ação civil pública, com pedido liminar, pelo Ministério Público Federal, União e Fundação Nacional do Índio - Funai, em litisconsórcio ativo, visando a defesa do patrimônio público da União e do usufruto exclusivo das terras destinadas às comunidades indígenas ocupantes

da Terra Indígena São Marcos, na localidade denominada Vila Pacaraima, no Município de Pacaraima, Estado de Roraima.

Pleiteia-se a condenação do réu, não-indígena, por sua ocupação e construção na Vila Pacaraima, localizada no interior da terra indígena, nas obrigações de fazer e não-fazer, consistentes, em síntese, no seguinte: i) vedação ao réu, não-índio, da prática de atos restritivos da posse e usufruto exclusivo pelas comunidades indígenas de suas terras de ocupação tradicional; ii) retirada do réu do território indígena; e iii) desfazimento ou demolição da construção do réu e o pagamento por ele dos prejuízos ou perdas e danos em favor das comunidades indígenas.

O Juízo federal, referindo-se a outro procedimento judicial em que se pretende a desintração do Município de Pacaraima da terra indígena, determinou a citação do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima para manifestarem eventual interesse de integrar a lide (fls. 43/44). Contra essa decisão, o Ministério Público Federal interpôs agravo retido (fls. 54/61) alegando a falta de interesse processual desses entes e a inexistência de litispendência entre as ações.

Por sua vez, a sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito, antes da citação do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima, por considerar o pedido dos autores prejudicado, tendo em vista que a instituição jurídica da referida municipalidade, enclavada na Reserva Indígena São Marcos, já é objeto de ação em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, não se justificando a proliferação de ações visando à desocupação individual dos particulares que residem e construíram no Município (fls. 86/88).

Irresignadas, a União e a Funai interpuseram apelação, na qual requereram o conhecimento e provimento dos recursos de agravo retido e da apelação, para anular a sentença, excluindo o Estado de Roraima e o Município de Pacaraima-RR da relação processual, e o prosseguimento da ação civil pública.

Abriu-se vista à Procuradoria Regional da República para se manifestar sobre a apelação. O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do agravo retido, em preliminar, e conhecimento e provimento da apelação, o que foi acolhido pelo TRF-1ª Região, em ementa acima transcrita.

Desse desate, interpõe o Estado de Roraima o presente recurso especial (fls. 148/163) apontando violação dos artigos 3º, 4º, 47, 103, 104, 105, 111, 265, IV, a, 267, IV, V, VI, e § 3º, e 301, II, V e VII, e § 4º, do Código de Processo Civil, para que se reforme o acórdão recorrido, de modo a reconhecer a legitimidade passiva do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima, bem como a competência do STF para processar e julgar a causa, em virtude da necessidade



de reunião das ações, seja pela continência, conexão ou litispendência. Para tanto, defende: i) estar presente o seu interesse processual como terceiro juridicamente prejudicado, devendo, portanto, integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário; ii) haver litispendência ou, pelo menos, conexão entre a ação civil originária n. 499, em trâmite no STF, e todas as demais ações que, individualmente, pretendem a desocupação da área concernente ao Município da Pacaraima, como a presente; iii) sobrestar a ação em curso, a fim de esperar a solução a ser dada pelo STF acerca da constitucionalidade da criação do Município, não é a medida adequada ao caso, uma vez que a ação em trâmite no STF tem maior extensão que a ora em exame, de modo que o mérito da ação civil pública é prejudicial em relação ao julgamento no STF.

Ofertadas contra-razões pela União e pelo Ministério Público Federal (fls. 170/180 e 202/211) pugnando pela manutenção do acórdão objurgado.

Em juízo de prelibação, foi admitido o recurso especial (fl. 188).

Parecer ministerial pelo parcial conhecimento do recurso especial e, na parte conhecida, pelo seu não-provimento, nos seguintes termos (fls. 221/225):

Processual Civil. Ação civil pública. Terras indígenas. Ocupação por particular. 1 - É inviável o recurso pela alínea **c** quando a parte não procede à demonstração analítica do alegado dissenso, nos termos das normas de processo e regimentais aplicáveis. 2 - No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas n. 282 e 356-STF. 3 - Não há ofensa ao artigo 265, IV, **a**, do CPC, em decisão que, em hipótese de prejudicialidade entre a presente ação e o resultado da posição do STF acerca da legitimidade ou não da criação do Município de Pacaraima (ACO n. 499-RR), determina a possibilidade de o juízo singular suspender o feito. 4 - Parecer pelo conhecimento em parte, nesta, pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Alega o Estado de Roraima o direito de integrar a lide como terceiro juridicamente prejudicado, na condição de litisconsorte passivo necessário, a fim de comprovar ser o titular do domínio do bem em litígio, nos termos do que dispõe o artigo 499 do CPC, que ora se transcreve:

Art. 499 - O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º - Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º - O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Assim, por força do artigo 499 do Código de Processo Civil, para que o recurso possa ser interposto pelo terceiro prejudicado, este deve demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, de acordo com o § 1º do mesmo dispositivo legal.

A jurisprudência desta Corte já se manifestou acerca do interesse e da legitimidade do terceiro prejudicado em participar da relação processual, senão vejamos:

Locação. Ação de despejo. Processo Civil. Terceiro prejudicado. Recurso não conhecido pelo Tribunal de origem. Requisitos do artigo 499, § 1º, do CPC não atendidos. Recurso especial desprovido.

1. A lei condiciona o recurso de terceiro prejudicado à demonstração do nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial (§ 1º do artigo 499, CPC), interesse esse que deve retratar o prejuízo jurídico advindo da decisão judicial, não somente o prejuízo de fato.

(...)

4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp n. 362.112-MG, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 07.11.2006, DJ 07.05.2007).

Recurso especial. Apelação. Terceiro prejudicado. Possibilidade.

Para recorrer na condição de terceiro prejudicado (Artigo 499, § 1º, do Código de Processo Civil), o terceiro prejudicado deve demonstrar interesse jurídico, derivado do nexo de interdependência entre o seu interesse em intervir e a relação jurídica firmada pela sentença. Admitido isso, à luz dos fatos, é de se manter a decisão impugnada. Recurso especial não conhecido (REsp n. 740.957-RJ, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 07.11.2005).

Processo Civil. Apelação. Legitimidade e interesse em recorrer. Ação movida contra empresa. Citação no ex-sócio. Contestação em nome próprio. Art. 499, CPC. Sentença condenatória. Recurso provido.

I - A legitimidade para recorrer integra os requisitos à admissibilidade do recurso, da mesma forma que a legitimação para agir é condição para o exercício do direito de ação. No direito brasileiro, o art. 499, CPC, eleger como legítimos a “parte vencida”, o “terceiro prejudicado” e o Ministério Público.



II - A legitimidade para recorrer vincula-se ao prejuízo decorrente da decisão, sofrido pela parte ou pelo terceiro.

III - O interesse em recorrer traduz-se na utilidade da providência judicial pleiteada, somada à necessidade da via escolhida, que se evidenciam em relação ao ex-sócio que, citado como representante legal da ré, arguiu a nulidade da citação e é condenado a devolver o bem objeto de busca e apreensão, sob pena de prisão (REsp n. 164.048-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 20.11.2000).

No caso dos autos, o interesse recursal está fundamentado no fato de que o recorrente foi o responsável pela edição da lei ordinária que instituiu o Município de Pacaraima, na possibilidade de que tais terras não tenham sido tradicionalmente ocupadas por índios e, nos dizeres do próprio Estado, “na realização, na localidade na qual se busca a desocupação, de inúmeras benfeitorias, como a construção de escolas, estradas, postos de saúde, instalação de energia elétrica, posto telefônico, dentre outros, os quais são mantidos pelo Estado de Roraima, conferindo aos habitantes do Município condições mínimas de sobrevivência, o que implica dizer: acaso mantenha-se incólume o *decisum* impugnado, sofrerá o Estado-Membro o ônus dele decorrente” (fl. 137).

Aduz, ainda, o recorrente que a necessidade de sua presença na lide decorre do fato de que, em observando, após aferição pericial, não se tratar de terra tradicionalmente ocupada por índios, descabe falar-se em propriedade de terra da União Federal, surgindo daí conflito de bens a ele pertencentes.

Dessarte, demonstrado o nexo de dependência legalmente exigido para intervir na relação jurídica submetida a julgamento, cuja decisão atingirá os direitos e interesses do Estado de Roraima, goza este de legitimidade para se opor a tal entendimento na condição de terceiro prejudicado, como também há de ser admitido, juntamente com o Município de Pacaraima, como litisconsortes passivos necessários.

Isso porque, embora a demanda que ora se discute, na qual o recorrente pretende o ingresso, cuide de discussão entre particulares e interesses indígenas, estes representados pelo Ministério Público Federal e pela Funai, não há como se concluir pela total inexistência de relação do Estado de Roraima com os bens objeto da controvérsia.

A reforçar tal entendimento, vale transcrever trecho do voto da Desembargadora Federal Selene de Almeida, que ficou vencida no julgamento do agravo retido proferido pelo Tribunal *a quo*, em que se discutiu a promoção da citação do Município de Pacaraima e do Estado de Roraima para manifestarem interesse na lide, senão vejamos (fl. 125/126):

Inicialmente, aprecio o agravo retido interposto para desconstituir a decisão que determinou a integração na relação processual do Município de Pacaraima e do Estado de Rondônia.

Em julgamento na sessão passada, manifestei-me no sentido de que o Município e o Estado são partes legítimas para integrarem o pólo passivo das ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal contra os habitantes do Município de Pacaraima.

Como se sabe, o dito Município situa-se em estratégica região de fronteira do Brasil com a Venezuela, onde o governo federal houve por bem fazer a demarcação da reserva indígena São Marco.

Concomitantemente com estas ações civis públicas ajuizadas contra os moradores do Município, existe uma ação no Supremo Tribunal Federal, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, ajuizada pela Funai contra o Estado de Roraima. O objeto daquela demanda é a declaração de inconstitucionalidade do decreto que criou o Município de Pacaraima na região de fronteira, dentro da área indígena.

Por outro lado, existe em andamento, no âmbito da Justiça Federal no Estado de Roraima, outra demanda ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Estado de Roraima e contra o Município de Paracaima objetivando a sua desconstituição.

A ação possessória ou o interdito proibitório ajuizada no Supremo Tribunal Federal insurge-se contra a instalação dos Municípios de Pacaraima e Uiramutã, na faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela.

Por meio das presentes ações civis públicas, pretende o Ministério Público Federal a desintrusão da mesma área, com a retirada de todos os habitantes do Município.

Não há dúvida de que o objeto das presentes ações civis públicas atinge diretamente o interesse do Município de Pacaraima e do Estado de Roraima. A saída de todos os moradores da região tornará sem objeto a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra o Estado de Roraima e o Município de Pacaraima e também tornará sem objeto o interdito possessório ajuizada pela Fundação Nacional do Índio - Funai contra o Estado de Roraima e o Município de Pacaraima no Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido e em julgando caso idêntico, há, inclusive precedente desta Primeira Turma, cuja ementa ora se transcreve:

Ação civil pública. Ocupação de terra indígena. Estado de Roraima. Terceiro prejudicado. Requisitos presentes. Litisconsórcio passivo necessário. Necessidade. Violação ao artigo 47, do CPC caracterizada. Litispendência. Questão prejudicada.



I - Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal visando a defesa de terras tidas como de posse e ocupação indígena, contra investidas de terceiro.

II - Considerando-se a existência de uma ação pendente de julgamento no egrégio STF, por meio da qual se discute a criação do município de Pacaraima (local onde estão situadas as terras discutidas no presente feito); a discussão sobre não se cuidar de terras de ocupação indígena tão-somente; a existência de inúmeras construções e benfeitorias na localidade, questões que demonstram o nexo entre o interesse do Estado e a presente relação jurídica submetida à apreciação judicial, deve ser conhecido o presente recurso por ele interposto, na qualidade de terceiro prejudicado.

III - As argumentações anteriormente sustentadas são suficientes para se evidenciar, também, a necessidade de litisconsórcio passivo necessário com o Estado. Violação ao artigo 47, do CPC caracterizada.

IV - Recurso provido, anulando-se a decisão a partir da decisão de citação do Estado, que há de ser restabelecida, prejudicada a questão relacionada à existência de litispendência com decisão do egrégio STF (REsp n. 988.616-RR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06.11.2008, DJe 19.11.2008)

No tocante à alegação de que há litispendência ou, pelo menos, conexão, entre a Ação Civil Originária n. 499, em trâmite no STF, e toda as demais ações que, individualmente, pretendem a desocupação da área concernente ao Município da Pacaraima, como a presente, não procedem as alegações da parte.

Não há conexão entre as duas ações, uma vez que a temática de interesse do Estado de Roraima, relativa à legitimidade da criação do município de Pacaraima em terras indígenas, que tramita no STF, passa ao largo da questão aqui suscitada, referente à possibilidade de ocupação de terras indígenas por particulares.

Se assim ocorre, não há como reconhecer e proclamar a identidade de objetos entre as duas ações, sendo descabida, em conseqüência, a alegação de litispendência.

Portanto, a hipótese dos autos é, tão somente, de prejudicialidade entre as ações, já que o resultado da presente ação civil pública possui relação de dependência com a posição do STF acerca da legitimidade ou não da criação do Município de Pacaraima, nos autos da ACO n. 499-RR, de onde se conclui que a faculdade, dada pelo Tribunal de origem ao juiz de primeiro grau, de suspensão do processo até o julgamento do STF, não viola a norma inscrita no art. 265, IV, **a**, do CPC.

Há, portanto, que se anular o processo a partir da decisão de fls. 44/45, para se restabelecer a determinação de citação do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para anular o processo a partir da decisão de fl. 44/45, a qual deve ser restabelecida, para que seja providenciada a citação do Estado de Roraima e do Município de Pacaraima na qualidade de litisconsortes passivos necessários.

É como voto.

