Jurisprudência da Corte Especial

AÇÃO PENAL N. 473-DF (2006/0233002-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Autor: L V C
Autor: F R M F
Autor: S B K
Advogado: Washington Bolivar de Brito
Réu: E O de A
Advogado: Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outro(s)
Réu: W G
Advogado: Aristides Junqueira Alvarenga e outro(s)

EMENTA

Criminal. Ação penal originária. Crime contra a honra. Calúnia. Dolo específico. Ausência. Queixa rejeitada.

I - O dolo específico (*animus calumniandi*), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a configuração do delito de calúnia. Precedentes.

II - Hipótese na qual Subprocuradores da República peticionam no sentido de comunicar situação que gerou a ocorrência de erro material determinante para a concessão de *habeas corpus* em favor dos pacientes assistidos pelos querelantes.

III - Na função de fiscal da lei, o representante do Ministério Público tem o dever de relatar qualquer fato, relacionado à causa, que julgar relevante.

IV - Descaracterizada a eventual ocorrência de crime de calúnia, rejeita-se a queixa nos termos do inciso I do art. 43, do Código de Processo Penal.

V - Queixa rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, a Corte Especial, por unanimidade, rejeitou a queixa-crime nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana

Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler e José Delgado.

Afirmou suspeição a Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 21 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJe 08.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de ação penal privada proposta por Luiz Vicente Cernicchiaro, Fábio Ricardo Mendes Figueiredo e Soraya Batista Kassab, em face do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, imputando-lhe a prática de calúnia.

Segundo narram, impetraram o HC n. 87.347-MS perante o Supremo Tribunal Federal, tendo o referido Subprocurador-Geral da República se pronunciado (fls. 123/130), pela concessão da ordem.

Concedida a ordem pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Edson de Oliveira, apresentou petição (fls. 152/158), noticiando a ocorrência de erro material - consistente na manipulação de documentos pelos impetrantes - que teria *"induzido a erro tanto o Ministério Público Federal quanto a Primeira Turma"* daquela Corte, solicitando, ao fim, a cassação da decisão concessiva de *habeas corpus*, antes mesmo de sua publicação.

Diante disso, os autores propuseram a presente ação, na qual alegam que a petição ministerial teria ofendido a dignidade dos profissionais ao imputar-lhes conduta de falsidade, com o fim de reverter o resultado do julgamento.

Apresentada defesa preliminar às fls. 384/400, foi aberta vista ao MPF, que se pronunciou, às fls. 330/338, pela rejeição da queixa.

Às fls. 342/345 foi apresentada, pelos querelantes, petição com intuito de incluir no pólo passivo o Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, imputando-lhe a mesma conduta, em razão de sua manifestação nos autos do HC n. 87.346-MS.

O segundo querelado apresentou sua resposta preliminar às fls. 436/447.

Novamente aberta vista ao MPF, este ratificou, às fls. 536/539, seu posicionamento anterior.

Foram apresentados memoriais pela defesa do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, nos quais são reiterados os argumentos da defesa preliminar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de ação penal privada proposta por Luiz Vicente Cernicchiaro, Fábio Ricardo Mendes Figueiredo e Soraya Batista Kassab, em face do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, imputando-lhe a prática de calúnia. Posteriormente, pleitearam a inclusão, no pólo passivo, do também Subprocurador-Geral da República, Wagner Gonçalves, apontando a prática de igual conduta.

Segundo narram, impetraram o HC n. 87.347-MS perante o Supremo Tribunal Federal, tendo o primeiro Subprocurador-Geral da República se pronunciado (fls. 123/130), pela concessão da ordem.

Concedida a ordem pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Edson de Oliveira – reproduzindo, inclusive, parecer do também Subprocurador-Geral da República, Wagner Gonçalves no HC n. 87.346-4-130-MS, apresentou petição (fls. 152/158), nestes termos:

> (...)
>
> 2. No dia 29.08.2006, seguindo a linha do parecer exarado pela Procuradoria Geral da República, a primeira Turma dessa Suprema Corte, à unanimidade, concedeu a ordem, anulando o processo a que responde o Paciente como incurso nas penas dos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976.
>
> 3. Com efeito, conforme os documentos juntados pelos impetrantes, tudo levava a crer que não havia sido observado o procedimento preliminar previsto no artigo 38, da Lei n. 10.409/2002, o que geraria nulidade absoluta, assim como vem

entendendo o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o que houve, em verdade, foi uma manipulação de documentos já superados levada a efeito pelos impetrantes, induzindo a erro tanto o Ministério Público Federal, quanto a Primeira Turma dessa Suprema Corte.

4. De fato, os impetrantes, agindo em deliberada má-fé, fizeram juntar à inicial do HC n. 87.347-2-MS apenas os documentos relativos ao aditamento da denúncia ofertada contra o Paciente e Carlos Roberto da Silva. Naquela oportunidade, o Juiz não atendeu ao pedido do Ministério Público Federal, para que fosse aberto o prazo da defesa preliminar dos acusados, nos termos do artigo 38, da Lei n. 10.409/2002.

5. No entanto, conforme documentos remetidos pelo Procurador da República em Dourados-MS, houve um novo aditamento à denúncia, que ampliava a participação do paciente e de seu comparsa na quadrilha de tráfico internacional de drogas, tendo sido, agora, aberto prazo para os advogados apresentarem as defesas preliminares, as quais foram efetivamente apresentadas.

6. Importante ressaltar que os fatos relatados na presente petição também se deram com relação ao co-denunciado Carlos Roberto da Silva, no HC n. 87.346-4/130-MS. O membro do Ministério Público Federal que atuou como custos legis também foi induzido a erro, assim como a Segunda Turma dessa Colenda Suprema Corte. Semelhante petição também foi protocolizada nesse Tribunal, a qual, inclusive, colaciono à presente, *verbis*:

> O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República que esta subscreve, atuando por delegação do Senhor Procurador Geral da República (art. 49, do RISTF – Portaria n. 522/2005 – PGR), vem, nos autos do *Habeas Corpus* n. 87.346-4/130-MS, expor e requerer a Vossa Excelência o seguinte:
>
> 1. Este *habeas corpus* foi julgado pela r. 1ª Turma, tendo sido concedida a ordem. Entretanto, há evidente erro material no *decisum*, pelos impetrantes, advogado Luiz Vicente Cernicchiaro e outros, que não correspondem à verdade dos fatos. Eles induziram em erro a Procuradoria Geral da República, que deu parecer favorável, bem como a Egrégia 1ª Turma dessa Corte Suprema. O mesmo aconteceu no *Habeas Corpus* n. 87.347-2/130-MS, cujo relator originário também foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que concedeu a ordem, também por 'erro' dos mesmos advogados impetrantes.
>
> 2. A questão aqui colocada, portanto, é séria e, mais do que um erro, pode representar uma fraude processual, como previsto no art. 347, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Eis os fatos:

3. Na exordial do *writ*, alegaram os advogados que o Juiz singular não deu direito de defesa preliminar ao paciente, Carlos Roberto da Silva, como determina o art. 38, da Lei n. 10.409/1992. Juntaram, em abono desta afirmação, um aditamento, no qual o Ministério Público Federal denunciou o paciente por envolvimento com o tráfico internacional de drogas e a decisão de recebimento da denúncia, quando se constata que o Juiz não abrira prazo para a aludida defesa preliminar.

4. Com base nos documentos apresentados pelos impetrantes – e constantes dos autos – a Procuradoria Geral da República, por este subscritor/delegado, deu parecer pela concessão do HC, e esse egrégio Tribunal, trilhando o mesmo caminho, concedeu a ordem. Afinal, hoje há jurisprudência consolidada do STF no sentido de que, não obedecendo ao rito da Lei n. 10.409/2002, a ação penal é anulada desde o recebimento da denúncia. Ambas as turmas desse Augusto Colegiado assim se posicionam: (...).

5. Acontece, entretanto, que houve nova denúncia (último aditamento) contra Carlos Roberto da Silva e outros, envolvendo todos os fatos criminosos relacionados como paciente e os demais acusados, cujos processos foram reunidos em uma única ação penal, sendo citados os denunciados, inclusive o paciente, para apresentarem alegações finais – isso em 13.12.2004.

6. Vejamos os documentos anexos, que nos foram remetidos pelo Procurador da República de Dourados:

(...)

7. Com base nesses documentos, todos juntados à exordial, os impetrantes formularam o pedido de habeas corpus, *sem mencionar que havia uma outra denúncia/aditamento, que ampliava a participação do paciente e de Nélio Alves de Oliveira na quadrilha de tráfico internacional de drogas e na qual o juiz singular abrira prazo para apresentar as defesas preliminares, o que foi feito regularmente.*

8. (...)

9. Neste aditamento/denúncia (doc. n. 4) – *que os impetrantes não trouxeram com a exordial do writ* – constata-se a existência de uma organização criminosa, com a participação de outros membros e ramificações no País e no exterior. Em função desta denúncia, cujo objeto é bem maior, as ações penais contra o paciente Carlos Roberto da Silva (e Nélio – HC n. 87.348-2/130-MS) foram a ele anexadas, quando o juiz Odilon de Oliveira, em 13.12.2004, exarou o seguinte despacho: "5) citem-se os denunciados para a apresentação

de alegações preliminares, no prazo comum de dez dias, notificando-se os advogados já constituídos nos autos dos processos n. 2004.60.05.1341-9 e 2003.60.02.1263-9, tudo com cópia da denúncia e desta decisão." (despacho de 13.12.2004 – fl. 13, numeração à máquina, lado direito, em baixo do doc. n. 4).

(...)

10. Como se vê, os trabalhos do MPF na origem, da Polícia Federal e do Juiz Odilon de Oliveira, no caso, são dantescos, porque não é fácil coibir a prática de tráfico internacional de drogas de uma quadrilha com ramificações, cédulas e estrutura dessa magnitude existente no País, e no exterior, ainda mais quando alguns partícipes, como o paciente, são beneficiados por um erro material deliberadamente causado pelos impetrantes, que, é lógico, não poderiam desconhecer os fatos da ação penal em andamento na origem.

11. O erro material é lamentável e equivale a uma fraude processual, *data venia*.

(...)

7. Como se vê, a ocorrência de erro material é manifesta, devendo ser, de pronto, corrigido. Aliás, cuida-se de erro que, pela sua gravidade, pode, inclusive, ser reparado de ofício. Em regra, a orientação do Supremo Tribunal Federal tem sido no sentido de não admitir a oposição de embargos de declaração antes da publicação do acórdão embargado. Mas esse entendimento não se aplica ao caso concreto, em que o vício não é propriamente do acórdão e, sim, da instrução documental do pedido. Assim, cumpre desde logo tornar insubsistente o julgado embargado, para reconhecer a validade do processo e impedir qualquer pedido de expedição de alvará de soltura.

8. Outrossim, diante do descumprimento do dever ético por parte dos advogados que atuaram no caso, requer o Ministério Público Federal seja comunicado à OAB para as providências cabíveis.

9. Isso posto, em consonância com a petição n. 4.628/WG, requer o Ministério Público Federal seja recebida a presente petição para ser cassada a decisão proferida no Habeas Corpus n. 87.347-2-MS, antes mesmo da publicação do acórdão, haja vista as peculiaridades contidas no caso em apreço.

Apresentadas as defesas preliminares, o querelado Edson Oliveira de Almeida apontou a inépcia da queixa, tendo em vista a ausência de descrição de qualquer crime na inicial. Argumentou, ainda, total ausência de dolo na conduta, não caracterização do delito de calúnia e a ocorrência de estrito cumprimento do dever legal. Pretendeu, ao fim, a rejeição ou o reconhecimento da improcedência da queixa.

Já o querelado Wagner Gonçalves invocou a inviolabilidade das manifestações processuais do Ministério Público, apontou a inexistência de dolo da conduta e ressaltou que o deslinde do processo em que se manifestou demonstrou serem verdadeiras as considerações externadas em sede de parecer. Pugnou, ao final, pela rejeição da queixa.

Essa é a síntese fática.

A esta Corte cabe decidir preliminarmente sobre o recebimento, ou não, da peça acusatória, ou, ainda, se é o caso de improcedência da acusação.

Assim narra a queixa apresentada contra Edson Oliveira de Almeida (fls. 2/7):

> (...)
>
> 4 - O Ministério Público, a teor da petição de fls. 144/150 (doc. 01), surpreendentemente, buscando cassar a r. decisão, de forma lamentável e leviana, imputa falsidade aos advogados, conforme segue:
>
> (...)
>
> 5 - *Data venia*, a petição do Querelado, repleta de inverdades, afronta a dignidade dos Querelantes, distorcendo fatos, afastando-se da linha do puro debate judicial, para atacar explicitamente a honra dos advogados, imputando-lhes – falsamente – conduta que não praticaram.
>
> 6 - A imputação (reedite-se – falsa), estratégia utilizada para ofender a honra dos Querelantes, que não podem silenciar face ao vulgar e lamentável destempero verbal.
>
> 7 - Não apenas isso. Evidente (o *animus* se projeta através da forma e do objetivo), a infeliz e falsa afirmação demonstra, sem dúvida, o elemento subjetivo do ilícito penal individualizado.
>
> 8 - A honra dos Querelantes não pode ficar sujeita a imputações falsas, mentirosas do Querelado que, visando a ofender a dignidade alheia, lança adjetivos impróprios à elevada linguagem que caracteriza os debates nos Tribunais.
>
> 9 - Os Querelantes repudiam o *animus* e a redação desabrida, insolente, leviana e mentirosa dos Querelado!
>
> 10 - O Querelado, sem dúvida, contrariado com a r. decisão do e. Supremo Tribunal Federal, incursiona no terreno da falsidade, dolosamente, distorcendo fatos, a fim de induzir em erro os nobre Ministros.
>
> (...)

Já o pedido de inclusão do Subprocurador Wagner Gonçalves tem o seguinte conteúdo (fls. 343/345):

(...)

1 - Os Autores propuseram a presente Ação Penal ao Subprocurador Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, no e. Superior Tribunal de Justiça (APn n. 473-DF), Relator e. Ministro Gilson Dipp, em curso na Corte Especial.

2 - Os fatos a seguir narrados estão diretamente relacionados com os descritos na ação indicada no item anterior.

3 - Wagner Gonçalves, Subprocurador Geral da República, nos autos do *Habeas Corpus* n. 87.346, Impetrantes os Autores desta Ação Penal, Relator o e. Ministro Ricardo Lewandowski, Relatora para acórdão a e. Ministra Carmem Lúcia, protocolizou a petição n. 4.628/WG (doc. 01 – fls. 145), em que calunia os Querelantes.

4 - Ressalte-se que a referida petição não se encontra nos autos do HC n. 87.346 até o presente momento, conforme certidão anexa e andamento processual (doc. 02).

5 - Os Querelantes tomaram conhecimento da referida manifestação porque colacionada aos Embargos de Declaração com Efeitos Modificativos, nos autos do HC n. 87.347, conforme doc. 01 - fls. 145 a 149.

6 - Afirma Wagner Gonçalves:

(...)

8 - Edson Oliveira de Almeida reporta-se à manifestação de Wagner Gonçalves, o que evidencia unidade jurídica.

9 - Caracterizado o mesmo delito por parte dos Procuradores, a ação penal deverá ser a mesma.

Cuidando-se de ação penal originária, faz-se mister examinar se é o caso de eventual conclusão sobre a improcedência da acusação, na forma de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 6º da Lei n. 8.038/1990.

A improcedência, contudo, só pode ser reconhecida quando evidenciada, estreme de dúvidas, a inviabilidade da instauração do processo, quando for possível afirmar-se, sem necessidade de instrução, que a acusação não procede. Este, porém, não é o caso dos autos.

Examina-se, então, se é caso de recebimento ou rejeição da queixa.

Na presente hipótese, a queixa deve ser rejeitada, pois não se vislumbra justa causa para a instauração de ação penal contra os querelados, nos termos do art. 41 e do inciso I, do art. 43, ambos do CPP. Isso porque, ao imputar a prática do crime de calúnia aos querelados, os querelantes o fazem de maneira genérica,

deixando de indicar o crime que porventura lhes foi atribuído e, principalmente, de demonstrar o especial fim de agir da conduta apontada como ofensiva à honra.

A doutrina e a jurisprudência são pacificadas no sentido da indispensabilidade do *dolo específico* (*animus calumniandi*), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, para a configuração do delito de calúnia.

Nesse sentido:

> Criminal. REsp. Calúnia. Dolo específico. Ausência. Absolvição. Contexto fático-probatório. Incursão. Inviabilidade. Não-conhecimento. Recurso não conhecido.
>
> *I. Indispensabilidade do dolo específico (animus caluniandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, para a configuração do delito de calúnia.*
>
> II. Se o Tribunal a quo afastou o crime de calúnia, sob o entendimento de que o réu não teve a intenção de ofender a honra do magistrado, pois se insurgia contra a procrastinação do andamento do feito prejudicial ao seu cliente, não pode esta Corte modificar tal entendimento sem incursão no mesmo contexto fático-probatório, diante do óbice da Súmula n. 7-STJ.
>
> III. Recurso não conhecido. (REsp n. 711.891-RS, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 21.09.2006, DJ 23.10.2006, p. 349)
>
> *Penal. Crime contra a honra. Ausência de dolo específico.*
>
> Quem exerce função institucional numa associação e relata ao órgão competente irregularidades praticadas no respectivo âmbito não comete o crime de calúnia nem de injúria, por faltar em ambos os casos o dolo específico. Queixa-crime rejeitada. (APn n. 448-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 20.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 245)
>
> Ação penal originária. Calúnia. Expressões supostamente ofensivas em peça processual. *Animus defendendi*. Queixa-crime rejeitada.
>
> *- Para que configure o crime de calúnia faz-se necessário tenha o agente agido com o fim de ofender.*
>
> - Não age dolosamente quem é impelido pelo propósito de esclarecimento e de defesa das acusações anteriormente sofridas.
>
> - Queixa-crime rejeitada. (APn n. 198-RO, Relator. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 24.04.2003, DJ 04.08.2003, p. 202)

O delito fica excluído, assim, quando a intenção for de caçoar (*animus jocandi),* de narrar *(animus narrandi),* de se defender *(animus defendendi),*

no exercício de pátrio poder *(animus corrigendi vel disciplinandi)*, no dever de informar *(animus consulendi)*, de crítica justa *(animus criticandi)*.

Depreende-se, do teor das manifestações ministeriais acima reproduzidas, a ausência do elemento subjetivo imprescindível para a caracterização do crime de calúnia, ou seja, o dolo, tendo a conduta decorrido do dever de informar, inerente à função do Ministério Público.

O que se distingue no presente caso é, claramente, a ação dos Subprocuradores da República no sentido de comunicar situação que gerou a ocorrência de erro material determinante para a concessão de *habeas corpus* em favor dos pacientes assistidos pelos ora querelantes, como se verifica, por exemplo, nos seguintes trechos:

> 3. *Com efeito, conforme os documentos juntados pelos impetrantes, tudo levava a crer que não havia sido observado o procedimento preliminar previsto no artigo 38, da Lei n. 10.409/2002, o que geraria nulidade absoluta, assim como vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o que houve, em verdade, foi uma manipulação de documentos já superados levada a efeito pelos impetrantes, induzindo a erro tanto o Ministério Público Federal, quanto a Primeira Turma dessa Suprema Corte.*
>
> 4. De fato, os impetrantes, agindo em deliberada má-fé, fizeram juntar à inicial do HC n. 87.347-2-MS apenas os documentos relativos ao 1º aditamento da denúncia ofertada contra o Paciente e Carlos Roberto da Silva. Naquela oportunidade, o Juiz não atendeu ao pedido do Ministério Público Federal, para que fosse aberto o prazo da defesa preliminar dos acusados, nos termos do artigo 38, da Lei n. 10.409/2002.
>
> 5. *No entanto, conforme documentos remetidos pelo Procurador da República em Dourados-MS, houve um novo aditamento à denúncia, que ampliava a participação do paciente e de seu comparsa na quadrilha de tráfico internacional de drogas, tendo sido, agora, aberto prazo para os advogados apresentarem as defesas preliminares, as quais foram efetivamente apresentadas.*

Deve ser especialmente ressaltado que, na função de fiscal da lei, o representante do Ministério Público tem não apenas a faculdade, mas sim o dever de relatar qualquer fato, relacionado à causa, que julgar relevante.

A respeito:

> Penal e Processual Penal. Ação penal originária. Crime contra a honra. Calúnia. Ausência do elemento subjetivo do tipo. Improcedência da ação penal.
>
> *1. O dolo específico nos crimes contra a honra na definição de Nelson Hungria consubstancia-se, verbis: "na consciência e vontade de ofender a honra alheia (reputação, dignidade ou decoro), mediante a linguagem falada, mímica ou escrita. Ê*

indispensável a vontade de injuriar ou difamar, a vontade referida ao eventus sceleris, que é no caso, a ofensa à honra." (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, volume VI, arts. 137 ao 154, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 53).

2. *In casu*, não-obstante o material fático-probatório dos autos deixe depreender materialidade - existência do fato alegado - e autoria, não restou caracterizada a adequação jurídico-penal do fato em relação ao delito previsto no artigo 138 do Código Penal, porquanto ausente o elemento subjetivo do tipo, *in casu*, o dolo específico, a vontade de caluniar, na esteira da melhor doutrina e da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

3. Os documentos probatórios acostados aos autos (depoimento do querelado (fls. 345/349), notas taquigráficas do julgamento no TRF 1ª Região (fls. 10/58), pronunciamento do querelado no julgamento em questão (fls. 33/39), depoimentos das testemunhas (fls. 417/418), parecer da Consultoria-Geral da República (fls. 123/125) permitem entrever que o querelado, apesar de ter utilizado terminologia gramaticalmente expressiva em sua manifestação no julgamento realizado perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não teve a intenção de ofender a honra do querelante, até mesmo porque nem o conhecia. O *animus narrandi* motivou a manifestação do querelado, porquanto sua intenção era revelar as informações constantes do parecer da Consultoria-Geral da República (fls. 123/125) tendo em vista a questão suscitada durante a sessão de julgamento pelo procurador da outra parte. Ademais, restou demonstrado nos autos que houve no julgamento acirrada discussão sobre o *thema judicandum* que gerou o pronunciamento do querelado.

Assim, não restando caracterizada a intenção de caluniar, afasta-se o dolo específico, elemento subjetivo do tipo, indispensável para a adequação jurídico-penal do fato como delito de calúnia.

4. Consectariamente, ainda que as expressões utilizadas em princípio possam ser consideradas vergastantes, afere-se que, integradas ao contexto em que proferidas – em pronunciamento oral, no decorrer de julgamento em regular de processo – não encerraram conotação caluniosa.

5. Outrossim, ainda que objetivamente, referidas manifestações, revelassem potencial gramatical de ofender, sobressai dos autos, na verdade, animus diverso do exigido para a configuração do ilícito, vinculando-se a conduta do representado, no entender do Ministério Público Federal, ao animus narrandi o qual, como ensina a doutrina, afasta o tipo penal.

6. A Jurisprudência do tema não diverge do referido entendimento: '[...] Calúnia. Elemento subjetivo. Peças de processo. Descaracterização. Se é certo que magistrados, membros do Ministério Público, advogados e partes devem-se respeito

mútuo, não menos correto é que o crime de calúnia pressupõe como elemento subjetivo do tipo o dolo. A veiculação de fatos em peças judiciais, com o intuito de lograr provimento favorável, encerra o *animus narrandi* a excluir a configuração do crime de calúnia. (STF, Inq. n. 380-DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 18.12.1992).

Ação penal originária. Calúnia. Expressões supostamente ofensivas em peça processual. *Animus defendendi*. Queixa-crime rejeitada.

1. Para que configure o crime de calúnia faz-se necessário tenha o agente agido com o fim de ofender.

2. Não age dolosamente quem é impelido pelo propósito de esclarecimento e de defesa das acusações anteriormente sofridas.

3. Queixa-crime rejeitada (STJ, APn n. 198-RO, Corte Especial, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 04.08.2003).

(...)

7. Deveras, como escorreitamente assentou o Ministério Público: 'Trata-se de queixa-crime proposta em face de Procurador Regional da República, que, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 96.01.41005-8-DF, perante a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, teria, em manifestação oral, atribuído ao querelante, advogado de uma das partes, o crime de patrocínio simultâneo, como tal tipificado no parágrafo único do art. 355 do CP. No entender do querelante, a conduta referida realizaria o tipo penal de calúnia, na medida em que falso o fato a ele imputado, pois jamais foi contratado pela empresa Mineração e Lapidação Brasil Central Ltda para requerer alvarás e defendê-los. De sorte que não poderia ser acusado do crime de patrocínio simultâneo quando ingressou em juízo em favor da empresa Interminas – Intermineração do Brasil Ltda, que contra aquela outra litigava. Não nos parece, todavia, que de calúnia se trate. Conforme revelado desde o início da presente ação, a manifestação do querelado por ocasião do julgamento referido deu-se no contexto de uma narrativa em que se atribuíam graves irregularidades à empresa Interminas, muitas delas já denunciadas pelo patrono da parte contrária (fls. 13/21) e pelo representante da Advocacia-Geral da União (fls. 22/24). No que diz imediatamente com os fatos ora em apuração, o querelado, na condição de membro do *Parquet* federal, limitou-se, em larga medida, a reproduzir trechos de parecer da Consultoria-Geral da República, onde se consignava, *verbis*: 'o advogado em causa, contratado para requerer alvarás e defendê-los, hoje patrocina sem a menor cerimônia contra atos de que foi co-responsável, postulando contra seu mandante, quer perante a Administração Pública, quer em demandas judiciais, conforme o interesse do dia'.

8. Outrossim, "já decidiu a Corte Superior que não pratica o crime de calúnia quem, nos limites de sua competência funcional, desempenha seu poder de agir, como no caso em comento, ou poder de representar, expondo, contando e relatando fatos. E não há como se negar estivesse o querelado agindo nos estritos limites de sua atribuição funcional, ao relatar à instância revisora fato de que tivera ciência a partir de documento público e de relevância significativa para o exame da causa, no contexto em que se revelava."

9. Forçoso ainda concluir que "é dever do Ministério Público, especialmente na condição de fiscal da lei, trazer a juízo todas as questões de fato e de direito que possam repercutir no deslinde da controvérsia, tanto mais quando há documentos que revelam que o querelante teria agido extrajudicialmente em favor de ambas as empresas interessadas, sucessivamente." Isto por que "salientou, na oportunidade, a Coordenadoria Jurídica do DNPM terem sido subscritas pelo mesmo Advogado as petições de fls. 102/103 e 162/167, a primeira das quais requerendo a renovação dos Alvarás, em nome da Mineração e Lapidação Brasil Central Ltda., e a segunda, pleiteando, em nome da Interminas, a instauração de processo de nulidade daqueles mesmos Alvarás, fato que constituiria 'patrocínio simultâneo e tergiversação'."

10. Ausente o elemento subjetivo do tipo, há que se julgar improcedente a ação penal. (APn n. 165-DF, Relator Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 15.12.2004, DJ 28.03.2005, p. 173)

Calúnia (Código Penal, art. 138). tal tipo penal pressupõe fato concreto, determinado, fato apto a ensejar ação penal. Não pratica o crime de calunia quem, nos limites de sua competência legal, desempenha seu poder de agir, como no caso em comento, ou poder de representar, expondo, contando e relatando fatos. Aplicação do art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal. Queixa rejeitada. (APn n. 102-SC, Relator Ministro Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 19.03.1997, DJ 08.09.1997, p. 42.414)

Descaracterizando-se, desta forma, a eventual ocorrência de crime de calúnia, incide, no caso, o inciso I do art. 43, do Código de Processo Penal. A queixa deve ser, portanto, rejeitada.

Diante do exposto, rejeito a queixa.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, também acompanho o Sr. Ministro Relator, corroborando a versão que aqui foi apresentada de que, nesses debates, essas ofensas derrogadas em juízo, esses termos mais ásperos e, às vezes, mais

candentes, até na jurisprudência das Cortes Superiores são exonerados de qualquer tipo de qualificação criminal.

Rejeito a queixa-crime.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, ainda que se admita tratar-se de redação desabrida, até insolente, daí a indignação dos querelantes, ainda que tenha eu reservas sobre a imunidade judicial (confiram o que ando escrevendo a esse respeito), o certo é que o fato aqui descrito não constitui crime de calúnia. Com essas observações, acompanho o voto do Relator, rejeitando a queixa.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Para um breve relato, basta dizer que os advogados Luiz Vicente Cernicchiaro, Fábio Ricardo Mendes Figueiredo e Soraya Batista Kassab ajuizaram queixa-crime por calúnia contra o Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida.

Segundo a ação penal privada, após concessão de *habeas corpus* impetrado pelos querelantes no STF, o querelado manifestou-se nos autos com afirmação de que os impetrantes, ora querelantes, teriam induzido a Primeira Turma do STF e o representante do MPF em erro, mediante omissão sobre a existência de outra denúncia/aditamento contra o paciente da impetração.

Houve ainda inclusão do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves no pólo passivo da queixa a pedido dos querelantes.

O eminente Relator, Ministro Gilson Dipp, rejeitou a queixa.

Sua Excelência, louvado em doutrina e jurisprudência, afirmou que a imputação criminal foi genérica, por não indicar o crime que lhes foi atribuído pelos querelados, e não demonstrou dolo específico em atingir a honra da vítimas.

Após o voto de diversos Ministros, que acompanharam o voto do Relator, pedi vista.

Também acompanho o ilustre Relator, porque as manifestações dos querelados foram feitas na intenção de informar ao órgão julgador de fato relevante supostamente omitido pelos querelantes na impetração que concedeu ordem de *habeas corpus*.

No entanto, na manifestação do membro do MPF, não há qualquer imputação de conduta criminosa dos querelantes.

Acompanho o Relator.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 488.495-SC (2006/0016747-8)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Embargante: Estado de Santa Catarina

Procurador: Loreno Weissheimer e outro(s)

Embargado: Alcione dos Santos Amorim e outros

Advogado: Alessandro Medeiros e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência. Direito Processual Civil. Contribuições previdenciárias. Governador do Estado e Secretário de Estado. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

1. O Governo do Estado e seus órgãos centralizados não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação ajuizada contra ato de cobrança de contribuição previdenciária, de atribuição do Instituto de Previdência do Estado, autarquia dotada de personalidade jurídica própria, capacidade processual, autonomia administrativa, econômica e financeira.

2. Precedente da Corte Especial.

3. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 13.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de divergência interpostos pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão da Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Servidores estaduais inativos. Contribuição previdenciária. Ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e incompetência do Tribunal de Justiça. Inocorrência. Precedentes.
>
> - Afastadas as argüições de incompetência do Tribunal de Justiça e de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Administração de Santa Catarina. Precedentes do STJ.
>
> - Incidência da Súmula n. 83-STJ.
>
> - Recurso especial não conhecido. (fl. 239).

Alega o embargante divergência com arestos proferidos pela Quinta Turma, no RMS n. 12.227-SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, no REsp n. 443.970-SC e no REsp n. 147.536-SC, ambos da Relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, e pela Sexta Turma, no REsp n. 374.316-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, assim sumariados, respectivamente:

> Processo Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Recurso adesivo. Servidores públicos estaduais aposentados. Contribuição previdenciária ao Ipesc. Autarquia. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Secretário de Estado da Administração - § 1º, do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951, c.c arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC.
>
> 1 - O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc, sendo uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, autônoma e independente, tem capacidade processual para praticar atos processuais e ser parte nos processos. A capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos (*legitimatio ad causam*). Outrossim, a Lei Estadual n. 3.138/1962 criou mencionado Instituto, dotando-o de autonomia administrativa e financeira, não havendo porque se falar na legitimidade passiva *ad causam* do Sr. Secretário de Estado da Administração. Inteligência dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, c.c o § 1º, do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951.
>
> 2 - Precedentes (REsp n. 198.988-SC, 225.460-SC e 197.797-SC).
>
> 3 - Recursos conhecidos, porém, prejudicado o Ordinário e provido o Adesivo para, anulando o v. acórdão de origem, reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Secretário de Estado da Administração, excluindo-o da relação jurídica

processual, determinando a remessa dos autos à Primeira Instância, competente para processamento e julgamento deste *writ*.

Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Benefício de servidor do Ipesc. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário Estadual constatada. Legitimidade do referido Instituto. Autarquia autônoma.

O Ipesc foi criado pela Lei n. 3.138/1962, constituindo-se em autarquia de previdência e assistência social, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira.

Evidenciada, na hipótese, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário Estadual envolvido, pois pessoas jurídicas distintas (Estado e Autarquia) não se confundem, devendo o *mandamus* ser dirigido contra a autoridade que representa a entidade previdenciária.

Precedentes.

Recurso provido com a anulação do acórdão recorrido, em razão da competência do foro de primeiro grau, já que legítimo somente o presidente da referida autarquia previdenciária estadual.

Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Recebimento de pensão em sua integralidade (remuneração que o marido teria se vivo fosse). Ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Santa Catarina.

- O Ipesc foi criado pela Lei n. 3.138/1962, constituindo-se em autarquia de previdência e assistência social, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira.

- Evidenciada esta a ilegitimidade passiva *ad causam* dos secretários estaduais envolvidos, bem como do Governador, pois pessoas jurídicas distintas (Estado e Autarquia) não se confundem, devendo o *mandamus* ser dirigido contra a autoridade que representa a entidade previdenciária.

- Recurso conhecido e provido pela alínea **c**.

Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Secretários de Estado. Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc.

1. O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc - tem personalidade jurídica própria e capacidade processual, conferidas quando de sua criação pela Lei Estadual n. 3.318/1962, na qualidade de autarquia dotada de autonomia administrativa, econômica e financeira, não havendo falar em legitimidade passiva *ad causam* dos Secretários de Estado da Fazenda e da Administração na presente impetração.

2. Recurso especial conhecido e provido.

Aduz, em suma, que o acórdão embargado diverge da jurisprudência consolidada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o Secretário de Estado de Administração é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança impetrado contra ato de cobrança de contribuição previdenciária, por ser o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc autarquia com capacidade de auto-administração, para o desempenho do serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

Os embargos foram admitidos por haver, em princípio, dissídio jurisprudencial acerca da legitimidade passiva *ad causam* para figurar no mandado de segurança impetrado contra ato de cobrança de contribuição previdenciária.

Não houve resposta.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, esta Corte Superior de Justiça firmou, já, sua jurisprudência no sentido de afirmar a ilegitimidade *ad causam* do Governo do Estado e seus órgãos centralizados para figurar no pólo passivo da ação ajuizada contra ato de cobrança de contribuição previdenciária.

Por outro lado, em sendo o Instituto de Previdência do Estado autarquia dotada de personalidade jurídica própria, capacidade processual, autonomia administrativa, econômica e financeira, deve esta figurar no pólo passivo das demandas ajuizadas em face da realização das operações de assistência e previdência aos servidores do Estado e de suas autarquias.

A propósito, colhem-se os seguintes precedentes das Seções de Direito Público deste Superior Tribunal de Justiça:

> Tributário. Contribuição social previdenciária. Inativos. Desconto de proventos. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Governador de Estado. Ilegitimidade passiva *ad causam*.
>
> 1. A jurisprudência é uníssona em afastar a qualidade de autoridade coatora dos integrantes do poder central, que se limitam a emitir atos de natureza geral e abstrata. Não se pode olvidar que, ao sancionar a lei estadual, o governador pratica ato político, e não mero ato administrativo.
>
> 2. Esta Corte, em diversas oportunidades, decidiu no sentido da ilegitimidade do Governador do Estado para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que impugna ato de desconto de proventos.

Embargos de divergência providos. (EREsp n. 745.451-BA, Relator Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, *in* DJ 04.06.2007).

Processo Civil. Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Mandado de segurança. Servidores públicos estaduais. Pensionistas. Ipesc. Autarquia. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador de Estado e dos Srs. Secretários da Administração e da Fazenda reconhecida. § 1º, do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951, c.c. arts. 3º e 267, VI, do CPC.

1 - O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc, sendo uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, autônoma e independente, tem capacidade processual para praticar atos processuais e ser parte nos processos. A capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos (*legitimatio ad causam*). Outrossim, a Lei Estadual n. 3.138/1962 criou mencionado Instituto, dotando-o de autonomia administrativa e financeira, *não havendo porque se falar na legitimidade passiva ad causam do Sr. Governador de Estado e dos Srs. Secretários da Administração e da Fazenda.* Inteligência dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, c.c o § 1º, do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951.

2 - Precedentes (REsp n. 147.486-SC, 118.651-SC e 236.495-SC).

3 - Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para, reformando o v. acórdão atacado, dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo, com isso, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador de Estado e dos Srs. Secretários da Fazenda e da Administração, excluindo-os da relação jurídica processual; anulando-se, em conseqüência, o v. aresto de origem e determinando a remessa dos autos à Primeira Instância, competente para processamento e julgamento deste *writ*. (EREsp n. 151.938-SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *in* DJ 04.02.2002 - nossos os grifos).

Não foi outro o entendimento consolidado no âmbito desta Corte Especial por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 707.811-SC, da relatoria do eminente Ministro José Delgado, em que se afirmou a ilegitimidade *ad causam* do Governo do Estado de Santa Catarina e seus órgãos centralizados para figurar no pólo passivo da ação ajuizada contra ato de cobrança de contribuição previdenciária, uma vez que o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc tem personalidade jurídica própria e capacidade processual, conferidas quando de sua criação pela Lei Estadual n. 3.318/1962, valendo conferir, a propósito, a ementa do *decisum*:

Processual Civil. Embargos de divergência. Contribuição previdenciária. Servidores estaduais inativos. Ipesc. Ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Administração. Legitimidade do Presidente da Autarquia Estadual.

1. Embargos de divergência apresentados pelo Estado de Santa Catarina para reformar acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, segundo o qual o Secretário de Estado da Administração Estadual tem legitimidade para compor o pólo passivo da demanda que tem por objetivo cessar a cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores inativos, uma vez que detém gerência sobre os recursos humanos do Estado, cabendo-lhe a prática de atos relativos à remuneração e à previdência dos servidores públicos. O Estado sustenta divergência jurisprudencial com o RMS n. 12.227-SC, com os Recursos Especiais n. 447.970-SC, 147.536-SC, da egrégia Quinta Turma, e o REsp n. 374.316-SC, da egrégia Sexta Turma. Esses julgados apresentaram posição no sentido da ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário Estadual, tendo em vista que compete ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc, por ter personalidade jurídica própria e capacidade processual, responder em juízo as ações ajuizadas por beneficiários pensionistas ou inativos.

2. O Ipesc é uma autarquia, dotada de personalidade jurídica própria, capacidade processual, autonomia administrativa, econômica e financeira (Lei Estadual n. 3.138/1962), pelo que o Secretário de Estado da Administração é parte ilegítima para compor o pólo passivo da impetração movida por servidores inativos e pensionistas cuja finalidade é afastar a cobrança de contribuição previdenciária.

3. Neste sentido: "O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc, sendo uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, autônoma e independente, tem capacidade processual para praticar atos processuais e ser parte nos processos. A capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos (*legitimatio ad causam*). Outrossim, a Lei Estadual n. 3.138/1962 criou mencionado Instituto, dotando-o de autonomia administrativa e financeira, não havendo porque se falar na legitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador de Estado e dos Srs. Secretários da Administração e da Fazenda. Inteligência dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, c.c o § 1º, do art. 1º, da Lei n. 1.533/1951. (EREsp n. 151.938-SC, Terceira Seção, Relator Ministro Jorge Scartezzini).

- O Ipesc foi criado pela Lei n. 3.138/1962, constituindo-se em autarquia de previdência e assistência social, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira.

- Tratando-se de pensionista daquela entidade, evidenciada está a ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário Estadual envolvido, pois pessoas jurídicas distintas (Estado e Autarquia) não se confundem, devendo o *mandamus* ser dirigido contra a autoridade que representa a entidade previdenciária. (REsp n. 198.988-SC, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca).

O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc tem personalidade jurídica própria e capacidade processual, conferidas quando de sua criação pela Lei Estadual n. 3.318/1962, na qualidade de autarquia dotada de autonomia administrativa, econômica e financeira, não havendo falar em legitimidade passiva *ad causam* do Governador na presente impetração. (REsp n. 575.671-SC, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 27.11.2006).

O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc - é uma autarquia, dotada de personalidade jurídica própria, capacidade processual, autonomia administrativa, econômica e financeira (Lei Estadual n. 3.138/1962).

Não há que se falar em legitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador e dos Srs. Secretários de Estado da Fazenda e da Administração no ajuizamento de Mandado de Segurança impetrado por servidores inativos do Poder Judiciário, no intuito de ver declarada a inexigibilidade da cobrança da contribuição social para o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc. (EDcl no RMS n. 12.128-SC, desta relatoria, DJ de 28.10.2002).

4. Embargos de divergência providos. (*in* DJe 26.06.2008).

Pelo exposto, acolho os embargos de divergência para excluir o Secretário de Estado da Administração de Santa Catarina do pólo passivo do *mandamus*.

É o voto.

Jurisprudência da Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 88.995-PA (2007/0197275-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Autor: Partido Socialista Brasileiro - PSB
Advogado: Elias Jorge de Carvalho Francês e outro(s)
Réu: Almir José de Oliveira Gabriel e outro
Advogado: Francisco Caetano Mileo e outro(s)
Suscitante: Tribunal Regional Eleitoral do Pará
Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

EMENTA

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Propaganda eleitoral antecipada fora do período eleitoral. Representação. Incompetência da Justiça Eleitoral.

1. A competência da Justiça Eleitoral restringe-se unicamente à solução das controvérsias relativas ao processo eleitoral, principiando com a inscrição dos eleitores, seguindo-se o registro dos candidatos, eleição, apuração e cessando, com a exceção do disposto nos §§ 10 e 11 do art. 14 da CF/1988, com a diplomação definitiva dos candidatos eleitos. Precedentes: CC n. 36.533-MG, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24.03.2004; CC n. 10.903-RJ, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 12.12.1994; CC n. 5.286-CE, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 04.10.1993.

2. Representação que imputa a antecipação de propaganda eleitoral ajuizada antes do início do período eleitoral, não havendo sequer candidatos registrados.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o suscitado, para verificar a ocorrência de suposta violação ao art. 37, § 1º da Constituição Federal de 1988.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2008 (data de julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 1º.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Pará, em face Tribunal de Justiça do Estado do Pará, nos autos de representação movida pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB contra Almir José de Oliveira Gabriel e outro, que tem por objeto a cessação de propagandas eleitorais antecipadas através da publicidade institucional do Estado do Pará.

A representação teve início na Justiça Eleitoral do Pará, onde foi proferida decisão pela sua improcedência ao argumento de que o governador e o secretário de Estado que aparecem nas propagandas institucionais do Estado-membro inaugurando obras, dando entrevistas e falando com populares, embora ajam ilicitamente, não estão praticando propaganda eleitoral, mas sim promovendo-se pessoalmente, o que poderia ensejar ato de improbidade administrativa (fls. 52/57).

Interposto o recurso de agravo, a decisão foi confirmada pelo Pleno do Tribunal Regional eleitoral do Estado do Pará (fls. 74/81).

Foi interposto recurso especial junto ao Tribunal Superior Eleitoral - TSE, o qual teve o seu seguimento negado às fls. 90/94.

Na seqüência, houve, sem sucesso, agravo de instrumento (fls. 98/101) e posterior agravo regimental (fls. 103/105) dirigidos ao TSE para dar trânsito ao recurso especial.

O processo foi remetido ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, conforme o decidido pelo TRE do Pará. Lá houve manifestação no sentido de não ser aquele tribunal o competente, devendo transitar o feito perante a justiça especializada, determinando o retorno dos autos (fls. 117/120).

Em despacho na fl. 125, foi suscitado o conflito.

Parecer do Ministério Público Federal pela competência da Justiça Eleitoral (fls. 131/132).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): A competência da Justiça Eleitoral restringe-se unicamente à solução das controvérsias relativas ao processo eleitoral, principiando com a inscrição dos eleitores, seguindo-se o registro dos candidatos, eleição, apuração e cessando, com a exceção do disposto nos §§ 10 e 11 do art. 14 da CF/1988, com a diplomação definitiva dos candidatos eleitos.

Neste sentido já decidiu a Primeira Seção do STJ:

> Ação civil pública. Uso de símbolos pessoais por Prefeito em publicidade de obras e serviços realizados no exercício do mandato.
>
> 1. Tratando-se de ação civil pública que tem por objeto ato praticado no decorrer do mandato eletivo (utilização de símbolos pessoais na publicidade de serviços e obras realizados), manifesta a incompetência da Justiça Eleitoral para apreciar a lide.
>
> 2. *A competência da Justiça Eleitoral restringe-se unicamente à solução das controvérsias relativas ao processo eleitoral, cessando, com a exceção do disposto nos §§ 10 e 11 do art. 14 da CF/1988, com a diplomação definitiva dos candidatos eleitos*. Precedentes da Primeira Seção, no sentido de que: "*As atividades reservadas à Justiça Eleitoral aprisionam-se ao processo eleitoral, principiando com a inscrição dos eleitores, seguindo-se o registro dos candidatos, eleição, apuração e diplomação, ato que esgota a competência especializada (art. 14, § 10, CF)*." (CC n. 10.903-RJ, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 12.12.1994).
>
> 3. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado (CC n. 36.533-MG, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 24.03.2004).
>
> Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação civil pública eleitoral. Imoralidade administrativa. Diplomação. Art. 14, § 10, CF. Art. 118 e seguintes, CPC.
>
> 1. *As atividades reservadas à Justiça Eleitoral aprisionam-se ao processo eleitoral, principiando com a inscrição dos eleitores, seguindo-se o registro dos candidatos, eleição, apuração e diplomação, ato que esgota a competência especializada (art. 14, parágrafo 10, CF*).
>
> 2. À Justiça Comum, aperfeiçoado o ato de diplomação dos eleitos, autorizando o exercício do mandato eletivo, compete apreciar as eventuais ações lançadas com o fito de confrontar e desconstituir os efeitos decorrentes do encerramento do processo eleitoral.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, suscitante (CC n. 10.903-RJ, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 12.12.1994).

Conflito de competência. Ação civil pública. Uso de símbolos pessoais de campanha por candidato eleito. Prejuízos aos cofres públicos. Precedentes do STJ e TSE.

A competência da Justiça Eleitoral se exaure com a diplomação dos eleitos.

Compete à Justiça Comum Estadual julgar ação civil pública, visando a responsabilizar prefeito municipal por prejuízos aos cofres públicos pelo uso de símbolos pessoais no exercício do mandato.

Conflito conhecido e provido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado, o suscitado (CC n. 5.286-CE, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 04.10.1993).

Compulsando os autos, observo que a representação foi ajuizada no ano de 2001 e imputa a antecipação de propaganda eleitoral para as eleições que se realizariam futuramente no ano de 2002, propagandas estas que teriam sido realizadas em novembro e dezembro de 2001, portanto antes do início do período eleitoral, não havendo sequer candidatos.

Esta constatação não exclui a conclusão a que chegou o Tribunal Eleitoral no sentido de que a irregularidade da conduta deve ser apreciada pelo Juízo competente.

Diante do exposto, conheço do presente conflito e declaro competente o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o suscitado, para verificar a ocorrência de suposta violação ao art. 37, § 1º da Constituição Federal de 1988.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 84.674-DF (2007/0133751-8)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Impetrante: Johannes Heinrich Mathias
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça
Paciente: Johannes Heinrich Mathias

EMENTA

Administrativo. *Habeas corpus*. Expulsão de estrangeiro do território nacional. Condenação pelo crime de tráfico internacional

de entorpecentes. Ato praticado pelo Ministro da Justiça, no uso da competência delegada pelo Decreto n. 3.447/2000. Ato discricionário. Ilegalidade. Inexistência. Não enquadramento em uma excludentes previstas no artigo 75, da Lei n. 6.815/1990. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 03.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: 1. Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido liminar, impetrado, em causa própria, por Johannes Heinrich Mathias, de origem alemã, contra ato do Ministro da Justiça que, por intermédio da Portaria n. 0137, de 07.02.2001 e após procedimento administrativo, determinou a expulsão do impetrante do território nacional brasileiro, após o cumprimento da pena que lhe foi imposta ou a sua liberação pelo Poder Judiciário.

Afirma o impetrante ter sido condenado pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes a uma pena de 08 (oito) anos, em regime fechado, em total desrespeito ao devido processo legal. Acrescenta que só o Presidente da República tem competência para expedir ordem de expulsão e que, acaso seja esta consumada, ao paciente restará negado o exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios constitucionalmente consagrados.

Ao final, requer a concessão de ordem liminar, para que lhe seja concedido salvo conduto, autorizando seu ingresso e eventual saída do território nacional, e, no mérito, a convalidação da ordem liminar, de modo a revogar o decreto de expulsão e o ato de cancelamento do seu visto.

O pleito liminar restou indeferido pelo eminente Ministro Arnaldo Esteves, em razão da inviabilidade de verificação da existência de constrangimento ilegal naquele momento processual, dada a deficiência na instrução do *writ* (fls. 20).

A autoridade coatora prestou informações às fls. 27/32, sustentando que: (i) o processo expulsório obedeceu aos trâmites legais, inclusive o princípio da ampla defesa; ii) quando do interrogatório, o impetrante declarou ter ingressado no Brasil em 1994, ser delegado de polícia aposentado, não ter filhos nascido no Brasil, nem qualquer pessoa que seja seu dependente; iii) foram requeridos dois pedidos de revogação do ato expulsório, sendo que o primeiro restou prejudicado em razão da desistência do próprio requerente e o segundo foi indeferido; iv) o pedido de livramento condicional do estrangeiro foi indeferido pela Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais de Contagem-MG; v) a autorização da efetivação da medida compulsória se deu em decorrência da liberação pelo Poder Judiciário, por despacho da Diretora do Departamento de Estrangeiros, em 05.03.2003, tendo o impetrante deixado o país em 11.12.2003; e, por fim, vi) o estrangeiro não se encontra ao abrigo das excludentes de expulsabilidade, vez que a suposta união estável não foi comprovada.

O douto Subprocurador-Geral da República oficiante no feito opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> Penal. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Alegação de incompetência do Ministro da Justiça para decretar expulsão de estrangeiro. Improcedência. Delegação feita pelo Decreto n. 3.447/2000. Pretensão de revogação do ato expulsório. Impossibilidade. Paciente que não preenche os requisitos presentes no artigo 75 da Lei n. 6.815/1980. Constrangimento ilegal. Inexistência. Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Objetiva o presente a declaração de ilegalidade de ato do Ministro de Estado da Justiça, que determinou a expulsão do impetrante do território nacional, em razão de sua condenação por tráfico ilícito de entorpecentes.

Preliminarmente, deve-se reforçar a competência do Ministro da Justiça para decretar a expulsão de estrangeiros, o que é feito por delegação do Presidente da República, nos termos do artigo 1º, do Decreto n. 3.447/2000 e em obediência ao disposto no artigo 66, da Lei n. 6.815/1980.

Impecável, pois, o parecer do Ministério Público Federal, que adoto como meus próprios fundamentos:

> Quanto à alegação de incompetência do Ministro da Justiça, na espécie, não assiste razão à impetração, vez que segundo o art. 1º do Decreto n. 3.447/2000, "Fica

delegada competência ao Ministro de Estado da Justiça, vedada a subdelegação, para decidir sobre a expulsão de estrangeiro do País e a sua revogação, nos termos do art. 66 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (...).

A expulsão de estrangeiro é ato de soberania, discricionário e político-adminstrativo de defesa do Estado, sendo de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência e oportunidade da decretação ou revogação da medida, conforme prescreve o art. 66 da Lei 6815/80. Ao judiciário compete somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de *vício de nulidade do ato expulsório.* No caso em tela, conforme informações de fls. 28/32, *não há ilegalidade no decreto expulsório*, pois a situação do paciente "*não se encontra abrigo das excludentes de expulsabilidade, senão vejamos, in verbis:*

Art. 75. Não se procederá à expulsão:

I - (...)

II - quando o estrangeiro tiver:

a) cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º - Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.

§ 2º - Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo. "Fica clara nos autos a intenção do ádvena em revogar o ato expulsório fundamentando seu pleito em supostas uniões estáveis não comprovadas.

Assim, respeitados os princípios da legalidade e do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, havendo causa legal e inexistindo impedimento de ordem constitucional ou infraconstitucional, tem-se como legal o ato expulsório emanado pelo Ministro da Justiça.

Sob esse ângulo, as alegações do impetrante não tem o condão de revogar a ordem de expulsão calcada em razões da conveniência da Autoridade Administrativa e da existência de causa legal que a justifica. Destaque-se, ainda, por oportuno, a jurisprudência emanada pela Primeira Seção deste STJ:

Habeas corpus. Ministério da Justiça. Tráfico de drogas. Expulsão de estrangeiro. Ingerência do Judiciário no Poder Executivo. Impossibilidade.

1. Não cabe ao Poder Judiciário examinar a conveniência e oportunidade de ato do Poder Executivo consistente na expulsão de estrangeiro, cuja permanência no país é indesejável e inconveniente à ordem e segurança públicas.

2. Não vinga a alegação de nascimento de filho, gerado em brasileira, pois isso teria ocorrido posteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória ensejadora da expulsão do impetrante por tráfico internacional de drogas.

3. *Habeas corpus* denegado. (HC 16.819-PA, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, DJ de 15 de abril de 2002.)

Por fim, resta-nos consignar que não cabe a interposição do presente *writ* como forma de se insurgir contra a decisão final que condenou o impetrante pelo crime de tráfico internacional de drogas.

Diante disso, voto no sentido de denegar a ordem.

RECURSO ESPECIAL N. 760.246-PR (2005/0100784-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Cláudio Massaru Shigueoka
Advogado: Luiz Murilo Klein
Recorrido: Fazenda Nacional
Procuradores: Luís Alberto Saavedra e outro(s)
Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

Tributário. Liquidação extrajudicial de entidade fechada de previdência privada. Rateio do patrimônio. Incidência de imposto de renda.

1. Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 (EREsp n. 643.691-DF, DJ 20.03.2006; EREsp n. 662.414-SC, DJ 13.08.2007; EREsp n. 500.148-SE, DJ 01.10.2007; EREsp n. 501.163-SC, DJe 07.04.2008).

2. A quantia que couber por rateio a cada participante, superior ao valor das respectivas contribuições, constitui acréscimo patrimonial

(CTN, art. 43) e, como tal, atrai a incidência de imposto de renda. Precedentes (AgRg nos EREsp 433.937-AL, Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJe 19.05.2008; AgRg nos EREsp 530.883-MG, Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16.10.2006).

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 19.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em mandado de segurança objetivando o reconhecimento da inexigibilidade do imposto de renda sobre os valores recebidos pelo impetrante em razão de rateio do patrimônio de entidade fechada de previdência privada em liquidação extrajudicial, deu parcial provimento à apelação do ora recorrente - reformando, portanto, a sentença de improcedência-, restando assim ementado:

Tributário. Resgate do patrimônio do fundo de previdência privada. Liquidação extrajudicial. IRRF sobre contribuições dos participantes. Lei n. 7.713/1988. Não-incidência de imposto de renda no resgate. Lei n. 9.250/1995. MP n. 1.459/1996.

1. A extinção da entidade de previdência obriga o participante a optar entre a restituição do quinhão que lhe cabe no rateio do patrimônio ou a transferência para outro plano de previdência complementar.

2. No resgate do valor total do fundo de pensão, decorrente da liquidação da entidade, somente não incide imposto de renda sobre a parcela representativa e proporcional ao montante das contribuições vertidas pelo contribuinte pessoa física até a cessação do repasse das prestações ao fundo se na vigência da Lei n. 7.713/1988.

3. Apelação parcialmente provida. (fls. 104).

No recurso especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência aos seguintes dispositivos: (a) art. 43 do CTN, pois (I) há que se afastar a tributação das quantias liberadas em decorrência do rateio do patrimônio líquido do Parse, em liquidação extrajudicial e (II) "as importâncias disponibilizadas através do rateio do patrimônio do (...) Parse, 'em liquidação extrajudicial', somente poderão ser tributadas se, efetivamente, constituírem o fato gerador do Imposto de Renda" (fls. 143) e (b) art. 6º, *caput* e VIII, da Lei n. 7.713/1988, já que "na hipótese de rateio do patrimônio líquido, por dissolução do fundo mútuo, apura-se o valor de cada cotista e, simplesmente, entrega-se aos respectivos donos aquilo que já lhes pertencia, sem que isso importe em qualquer acréscimo patrimonial" (fls. 146). Registra que (a) os valores disponibilizados pelo Parse, "em liquidação, não se referem ao resgate de suas contribuições - já resgatadas anteriormente - nem, tampouco, constituem benefícios pagos por entidade de previdência privada, mas simplesmente, ao rateio parcial do patrimônio daquele Instituto" (fls. 137) e (b) todas as contribuições vertidas são anteriores à Lei n. 9.250/1995. Aduz que há dissenso pretoriano a ser dirimido, trazendo como paradigmas julgados do STJ. Requer, ao final, que o impetrado se abstenha de exigir o imposto de renda e que sejam liberados os valores depositados à ordem do Juízo, nos termos e para os fins do art. 151, II, do CTN.

Em contra-razões, a recorrida anota que não restou realizado o cotejo analítico necessário à demonstração do dissídio aludido e pugna pela inadmissão do apelo especial em apreço ou pelo improvimento.

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 178), manifestou-se o Ministério Público Federal por seu não conhecimento (fls. 194/201).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em caso análogo, proferi voto nos autos do EREsp n. 380.011-RS, acolhido por unanimidade pela Primeira Seção desta Corte (DJ de 02.05.2005), cujos fundamentos, por serem adequados à hipótese dos autos, transcrevo:

2. Importa determinar o regime de tributação do Imposto de Renda sobre os valores percebidos pelos participantes dos planos de benefícios, em virtude da liquidação extrajudicial de entidade de previdência privada fechada, atualmente regulada pelos artigos 47 a 53 da Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, e antes submetida à disciplina dos arts. 63 a 74 da Lei n. 6.435/1977. Para esse efeito, é indispensável distinguir (a) o crédito correspondente ao valor da contribuição que cada participante aportou à entidade em liquidação e (b) o crédito que exceder ao referido valor. No que se refere ao primeiro, a quantia rateada ao participante constitui forma de resgate de contribuições e como tal deve ser tratada juridicamente. É diferente o tratamento jurídico no que se refere a eventuais rateios para pagamento de outros créditos.

3. Relativamente à incidência do Imposto de Renda nos casos de resgate das contribuições à entidade de previdência privada, ou de fruição do benefício, proferi voto nos autos do REsp n. 585.093-BA (1ª Turma, DJ. de 30.08.2004), cujos termos reproduzo por serem aplicáveis ao caso:

> 3. No mais, a complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995:
>
> > Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
> >
> > (*omissis*)
> >
> > VII - os benefícios recebidos de entidades de previdência privada:
> >
> > (*omissis*)
> >
> > b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte;
> >
> > (*omissis*)
>
> Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando as contribuições recolhidas a partir de 1º.01.1996 a ser tributadas no momento do recebimento do benefício ou do resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, abaixo reproduzido:
>
> > Art. 33. Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de

previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

Visando a evitar o bis in idem, a Medida Provisória n. 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do 'valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (art. 8º).

Da mesma forma, a jurisprudência do STJ (REsp n. 591.240-BA, Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, DJ de 21.06.2004; AgREsp n. 612.042-DF, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ de 14.06.2004) vem reconhecendo que também os benefícios pagos pelas entidades de previdência privada estariam sendo duplamente tributados pelo IRPF. Os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria são formados por recursos vertidos pelos beneficiários – as contribuições – e por verbas empregadas pela entidade patrocinadora. Sendo indefinido no tempo o valor futuro do benefício que será pago, é, conseqüentemente, insuscetível de definição a proporção que em relação a ele representam as contribuições recolhidas no passado, antes referidas. É inviável, assim, identificar, em cada parcela do benefício recebido, os valores correspondentes à contribuição do segurado e aos aportes da entidade patrocinadora.

No entanto, não se pode negar o fato de que as contribuições vertidas pelos beneficiários no período de vigência da Lei n. 7.713/1988 – as quais, em alguma proporção, integram o benefício devido – já foram tributadas pelo IRPF. Assim, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*, merece ser atendido o pedido de declaração de inexigibilidade do referido imposto – mas apenas na proporção do que foi pago a esse título por força da norma em questão. Em outros termos: o imposto de renda incidente sobre os benefícios recebidos a partir de janeiro de 1996 é indevido e deve ser repetido somente até o limite do que foi recolhido pelo beneficiário sob a égide da Lei n. 7.713/1988.

4. Por outro lado, o patrimônio das entidades fechadas de previdência privada não é formado somente por contribuições de seus participantes, mas também por quantias recolhidas pelo patrocinador/instituidor e por resultados superavitários de suas operações. Assim, em caso de liquidação da entidade é possível que o valor do rateio para os participantes seja superior às reservas constituídas por suas contribuições. Ora, a parte que exceder ao total das contribuições constitui acréscimo patrimonial, tal como conceituado pelo art. 43, II, do CTN, estando sujeito,

conseqüentemente, à incidência do imposto de renda. Sobre o tema, reporto-me ao precedente julgado pela 2ª Turma (Resp n. 531.308-PR, DJ de 1º.02.2005), relatora a Ministra Eliana Calmon, em cujo voto ficou assentado:

> O art. 6º da Lei n. 7.713/1988 permite que sejam excluídos da incidência do Imposto de Renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, seja em decorrência de morte ou invalidez, seja em razão de ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade – quando tributados esses ganhos na fonte. Entretanto, nestes autos, temos para exame a questão da incidência do imposto sobre os valores recebidos pelos participantes assistidos pelo Parse – Instituto de Seguridade Social do Banco de Desenvolvimento do Paraná em razão de sua liquidação extrajudicial. Com a extinção da entidade, levou-se a rateio seu patrimônio, sem se questionar se tal patrimônio era formado tão-somente de recursos próprios dos associados. Pleiteou-se, no *mandamus*, não só a não-incidência do Imposto de Renda sobre as parcelas devolvidas em restituição, como também a não-incidência sobre o quinhão apurado na liquidação extrajudicial. Entendo que a incidência do art. 43 do CTN ao caso concreto é clara, porque tudo o que for rateado e que exceda as contribuições dos associados pode ser classificado como aquisição da disponibilidade econômica. Em entendimento pretérito, manifestado no julgamento do EREsp n. 76.499-CE, da Primeira Seção, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, o STJ decidiu a questão à luz da Lei n. 9.250/1995, concluindo pela não-incidência do imposto de renda sobre o total do rateio, *verbis:*
>
> > Tributário. Imposto de renda. Dissolução de entidade de previdência privada. Rateio do patrimônio entre quotistas. Não-incidência.
> >
> > - A entrega aos quotistas do valor de cada quinhão, apurado na liquidação de fundo mútuo de previdência privada, não acarreta acréscimo patrimonial. Por isto, não constitui fato gerador de imposto de renda.
> >
> > (EREsp n. 76.499-CE, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, por maioria, julgado em 14.05.1997, DJ 23.06.1997)
>
> Além dessa, foram julgadas na Turma questões idênticas sem que se fizesse distinção quanto à parte correspondente às contribuições dos associados já tributadas na fonte durante a vigência da Lei n. 7.713/1988. Nessa condução anterior, estão os julgados no REsp 412.304-RS (Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma, unânime, julgado em 15.08.2002, DJ 23.09.2002) e REsp n. 413.291-RS (Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª

Turma, unânime, julgado em 13.08.2002, DJ 09.09.2002), que examinaram a querela apenas à luz do art. 43 do CTN, sem, contudo, fazer o cotejo com o art. 6º da referida norma. Esse entendimento que isentava da cobrança do imposto todo o quinhão recebido pelo associado mereceu reforma por esta Turma, tendo em vista que é preciso enfocar a situação de um patrimônio em liquidação de forma maleável, sem critérios rígidos que pudessem levar, até mesmo, à circunstância absurda de virem a ser rateadas verbas públicas, pois não se ignora que são constantemente injetados nas entidades de previdência privada generosos subsídios das entidades estatais que as mantêm. Já nessa nova linha de raciocínio, decidiu esta Turma ao julgar o REsp 603.636-AL, em que também figurava como Relatora. Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial para excluir da incidência do imposto de renda somente a parte correspondente às contribuições dos associados que já tenham sido tributadas na fonte durante a vigência da Lei n. 7.713/1988.

5. Assim, sobre o montante restituído aos autores a título de rateio da entidade de previdência privada, deve incidir o imposto de renda: (a) na parte que, porventura, exceder ao valor total das contribuições realizadas pelo participante, atualizadas monetariamente; e (b) na parcela relativa às contribuições (atualizadas monetariamente) do participante no período anterior a 1º.01.1989 e posterior 1º.01.1996. Desse modo, incidirá o referido imposto sobre todos os valores que não corresponderem às contribuições do participante realizadas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

2. Esse entendimento foi reiterado por diversas vezes na Primeira Seção:

Tributário. Agravo regimental em embargos de divergência. Imposto de renda. Liquidação de entidade de previdência privada. Rateio. Não-incidência apenas sobre a devolução das contribuições recolhidas na vigência da Lei n. 7.713/1988.

1. O posicionamento hodierno desta Corte Superior sobre a matéria controvertida é no sentido de que na liquidação e no rateio de entidade de previdência privada não incide o imposto de renda tão-somente sobre a devolução das contribuições recolhidas durante a vigência da Lei n. 7.713/1988, estando sujeitas à incidência da exação aquelas efetuadas sob a égide da Lei n. 9.250/1995. Aresto embargado em consonância com esse entendimento.

2. Deve ser mantida a decisão agravada que negou seguimento aos embargos de divergência que apontavam como dissidentes paradigmas com similar conclusão jurídica que a do aresto embargado.

3. Agravo regimental não-provido. (AgRg nos EREsp 433.937-AL, Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJe 19.05.2008)

> Tributário. Liquidação de entidade de previdência privada. Rateio de patrimônio. Incidência de imposto de renda.
>
> 1. É pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que o fato de os associados receberem as verbas representativas das cotas a que tinham direito por motivo de liqüidação da entidade de previdência privada não dá ensejo à incidência do imposto de renda sobre as parcelas relativas às contribuições, efetuadas pelos próprios participantes e que já tiverem sido objeto de incidência da exação no período de vigência da Lei n. 7.713/1988 (de 1º.01.1989 a 31.12.1995).
>
> 2. A Lei n. 7.713/1988 concedia isenção em relação aos resgates e recebimentos da complementação de aposentadoria pelas entidades de previdência privada, contudo, com a edição da Lei n. 9.250/95 modificou-se essa sistemática, para fazer incidir imposto de renda nas contribuições recolhidas a partir de janeiro de 1996, a ser tributado no momento do recebimento do benefício.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp n. 530.883-MG, Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16.10.2006)

3. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

4. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ 08/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/2008. É o voto.

Jurisprudência da Primeira Turma

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.147-SE (2006/0131418-4)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Holifarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda
Advogado: Gustavo de Andrade Santos
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Sergipe
Recorrido: Estado de Sergipe

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Benefício de tratamento tributário especial. Decreto Estadual n. 22.958/2004. Atividade econômica principal de comércio atacadista. Contribuinte com débitos fiscais e sujeito ao regime de substituição tributária. Princípio constitucional da isonomia.

1. O Decreto Estadual n. 22.598/2004 dispõe sobre o tratamento tributário especial nas operações de circulação de mercadorias realizadas por contribuintes inscritos sob atividade econômica principal de comércio atacadista, assim preceituando em seu artigo 8º:

> Não se aplicam as regras deste Decreto às operações com mercadorias alcançadas pela substituição tributária ou antecipação tributária com encerramento da fase de tributação.

2. Deveras, o substituto tributário recolhe antecipadamente o ICMS devido pelo substituído, que não mais o pagará quando da venda da mercadoria, donde se dessume a *ratio essendi* da exclusão dos contribuintes que se sujeitam ao regime de substituição/antecipação tributária do tratamento tributário especial.

3. A lei tributária pode conferir tratamento diferenciado a contribuintes que se encontrem em situações desiguais, em obediência ao princípio constitucional da igualdade (artigo 150, II, da Constituição Federal de 1988).

4. Outrossim, o regime jurídico tributário mais razoável também se subsume à legalidade estrita, vedando-se a aplicação analógica.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança 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 ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 03.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso ordinário interposto por Holifarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., com fulcro no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, cuja ementa restou assim vazada:

> Mandado de segurança. Benefício de tratamento tributário especial previsto no Decreto Estadual n. 22.958/2004. Indeferimento. Impossibilidade de concessão aos contribuintes que operam com mercadorias alcançadas pela substituição ou antecipação tributária com encerramento da fase de tributação. Inocorrência de violação ao princípio da isonomia previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal. Pela denegação da segurança. Decisão unânime.

Noticiam os autos que Holifarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. impetrou mandado de segurança, em 12.08.2005, contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Sergipe, objetivando sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (Cacese), o que lhe credenciaria como "contribuinte sob atividade econômica principal de comércio atacadista", nos termos do Decreto Estadual n. 22.958/2004, que prevê regime especial de tributação no que pertine ao ICMS. Na inicial, aduziu o impetrante, em síntese, que, ao solicitar seu credenciamento no Cacese (Cadastro de Contribuintes de Sergipe), juntando toda a documentação exigida pela Secretaria Estadual da Fazenda para este fim, teve o seu pedido *indeferido em razão de possuir débitos fiscais inscritos na Dívida Ativa*. Ao final, alegou que a medida adotada pelo Fisco Estadual é arbitrária, traduzindo sanções políticas para forçar os contribuintes a acertar suas pendências fiscais. Invocou, ainda, para fundamentar o seu direito, o disposto nas súmulas n. 70, 547 e 323 do Supremo Tribunal Federal e o Decreto n. 22.958/2004.

O Tribunal de Justiça Estadual denegou a ordem, nos termos da ementa anteriormente transcrita, por não vislumbrar o direito líquido e certo suscitado pela impetrante. Na oportunidade, assinalou o voto-condutor do acórdão recorrido que: (i) "não se duvida de que uma das causas que inabilitaram a impetrante foi o fato de que se encontra inapta perante o Cacese em razão de débitos fiscais, sendo, portanto, uma das condições impostas por norma legal, para a fruição do benefício, a inexistência de débito tributário"; (ii) "ocorre, todavia, que uma outra causa quedou demonstrada para o indeferimento do cadastramento, qual seja, a atividade desenvolvida pelo requerente estar submetida ao regime de substituição tributária, fato este, aliás, incontroverso nos autos, inclusive confessado pela impetrante (fls. 03)", sendo certo que "se a impetrante está inserida no regime de substituição tributária, inviabilizada está a incidência do aludido Decreto".

Em suas razões recursais, sustenta a empresa, preliminarmente, a existência de distinção entre "antecipação tributária" e "substituição tributária": "a antecipação tributária assemelha-se com a substituição tributária, mas com ela não se confunde, pois a substituição decorre da operação de circulação de mercadorias entre contribuintes, existindo dessa forma dois sujeitos passivos, ao passo que na antecipação tributária há somente um sujeito passivo, o qual recolhe antecipadamente, no momento da entrada, o ICMS que somente seria devido quando ele próprio promovesse a saída". Alega que o indeferimento do requerimento administrativo de credenciamento para fazer jus a tratamento tributário especial, previsto no Decreto Estadual n. 22.958/2004, deu-se em razão da recorrente-impetrante possuir débitos fiscais junto à Sefaz-SE, o que lhe confere a condição de inapta, conforme inciso I, do artigo 4º, do Decreto n. 22.958/2004, o que importa em ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, moralidade e razoabilidade. Aduz ainda que a conduta do fisco implica em sua interdição, uma vez que "os efeitos das sanções políticas aplicadas sobre a impetrante terminarão por inviabilizar o desenvolvimento das atividades comerciais da mesma, o que fere mortalmente o princípio da livre iniciativa previsto no inciso IV, art. 1º, e art. 170, ambos da Constituição Federal" (Súmulas n. 70, 547 e 323, do STF).

O prazo para oferecimento de contra-razões decorreu *in albis*, consoante certidão de fl. 91.

O *Parquet* Federal, em parecer apresentado às fls. 96/97, opina pelo desprovimento do recurso ordinário, adotando as razões do parecer do Ministério Público Estadual, assim ementado:

> Mandado de segurança. Benefício de tratamento tributário especial previsto no Decreto Estadual n. 22.958/2004. Indeferimento. Impossibilidade de concessão

aos contribuintes que operam com mercadorias alcançadas pela substituição ou antecipação tributária com encerramento da fase de tributação. Inocorrência de violação ao princípio da isonomia previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal. Pela denegação da segurança. (fl. 65)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Não merece prosperar a pretensão recursal.

Com efeito, o Decreto Estadual n. 22.598/2004 dispõe sobre o tratamento tributário especial nas operações de circulação de mercadorias realizadas por contribuintes inscritos sob atividade econômica principal de comércio atacadista, assim preceituando em seu artigo 8º:

> Não se aplicam as regras deste Decreto às operações com mercadorias alcançadas pela substituição tributária ou antecipação tributária com encerramento da fase de tributação.

Deveras, o substituto tributário recolhe antecipadamente o ICMS devido pelo substituído, que não mais o pagará quando da venda da mercadoria, donde se dessume a *ratio essendi* da exclusão dos contribuintes que se sujeitam ao regime de substituição/antecipação tributária do tratamento tributário especial.

A lei tributária pode conferir tratamento diferenciado a contribuintes que se encontrem em situações desiguais, em obediência ao princípio constitucional da igualdade (artigo 150, II, da Constituição Federal de 1988).

Outrossim, o regime jurídico tributário mais razoável também se subsume à legalidade estrita, vedando-se a aplicação analógica.

Com essas considerações, *nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.*

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.360-PR (2006/0269845-7)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Kastelo Comércio de Manufaturados Ltda - Microempresa

Advogado: Rodrigo Agustini e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrado: Governador do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Procurador: Cesar Augusto Binder e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Licitação. Modalidade. Pregão eletrônico. Revogação. Ausência de competitividade. Possibilidade. Devido processo legal. Observância. Recurso desprovido.

1. Na hipótese dos autos, a Secretaria de Estado da Cultura instaurou pregão eletrônico para a aquisição de utilitários e eletrodomésticos. Após a habilitação das empresas licitantes, foi realizada a sessão pública de licitação, tendo sido classificadas as seguintes empresas: (a) Cibrel Comercial Brasileira de Refrigeração Ltda no Lote 1 – para a aquisição de móveis e equipamentos; (b) Kastelo Comércio de Manufaturados Ltda no Lote 2 – para a aquisição de persianas. No entanto, o Governador do Estado do Paraná homologou apenas o Lote 1 e *não aprovou o Lote 2*, por entender que não houve competitividade neste último, tendo em vista a presença apenas de um único licitante. Determinou, a seguir, fosse aberta vista, pelo prazo de cinco dias, à empresa interessada, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse contexto, a recorrente manifestou-se, requerendo a homologação do procedimento licitatório de que foi vencedora e, por conseguinte, sua contratação com o Estado. Todavia, seu pedido de reconsideração foi indeferido. Em seguida, foi *revogado o Lote 2* do pregão eletrônico, com fundamento no art. 49 da Lei n. 8.666/1993 e nas informações apresentadas pela Assessoria Jurídica da Casa Civil.

2. Não se configurou a alegada violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Isso, porque a revogação do pregão eletrônico ocorreu apenas após a manifestação da empresa que não obteve aprovação no certame.

3. Ainda que não tivesse sido respeitado o contraditório, o ato revogatório não estaria eivado de ilegalidade, porquanto a jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de revogação de licitação antes de sua homologação, faz ressalvas à aplicação do

disposto no art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 ("no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa"). Entende, nesse aspecto, que o contraditório e a ampla defesa somente são exigíveis quando o procedimento licitatório houver sido concluído. Assim, "a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado" (RMS n. 23.402-PR, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 02.04.2008).

4. À Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, é dado revogar o procedimento licitatório, por razões de interesse público. Todavia, ao Poder Judiciário compete apenas avaliar a legalidade do ato, de maneira que lhe é vedado adentrar o âmbito de sua discricionariedade, fazendo juízo a respeito da conveniência e oportunidade, bem como acerca da efetiva existência de interesse público.

5. A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais.

6. O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, "decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta". Por sua vez, o art. 18, *caput*, do Decreto n. 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que "a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado".

7. No caso em exame, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil, entendendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma

empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa.

8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis.

9. "Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido" (RMS n. 23.402-PR, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 02.04.2008).

10. Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 4º da Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002), afirma que "poderia reconhecer-se, no entanto, que o legislador não vislumbrou possível a hipótese de um número reduzido de sujeitos acorrerem para participar do pregão. Tal pressuposição decorreu da presunção de que o mercado disputaria acesamente a contratação, em vista de versar sobre bem ou serviço nele disponível. Portanto, imagina-se que haverá um grande número de interessados em participar da disputa. Se tal não ocorrer, a Administração deverá revisar a situação para reafirmar se existe efetivamente bem ou serviço comum. Dito de outro modo, o problema do número reduzido de participantes não é a ofensa a alguma vedação expressa à Lei, mas o surgimento de indício de que a modalidade de pregão é inaplicável e redundará em contratação pouco vantajosa para o interesse público. Deve investigar-se a divulgação adotada e questionar-se o motivo pelo qual fornecedores atuantes no mercado não demonstraram interesse em disputar o contrato" (*in* Pregão - Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, São Paulo: Dialética, 2003, p. 120).

11. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, 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), 18 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Presidente e Relatora

DJe 17.12.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Kastelo Comércio de Manufaturados Ltda contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

> Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança contra ato que revoga procedimento de pregão eletrônico por ausência de competitividade. Inversão do devido processo legal Inocorrência. Comprovada ofensa ao princípio da competitividade. Inexistência de ofensa à Lei de licitações. Ato revogatório escorreito. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. 1. no caso vertente, não há que se cogitar da alegada ofensa ao contraditório e a ampla defesa, haja vista, que a revogação do ato licitatório ocorreu depois de concedida à parte, oportunidade para manifestação e que restou exercida. 2. Sem embargo de que a legislação do pregão consigne um número mínimo de licitantes, a exigência de mais de um concorrente para o certame torna possível a competitividade, permitindo, assim, uma contratação mais vantajosa para atender ao interesse público, sob a ótica econômico-financeira. Assim, a existência de um único competidor não se mostra conveniente para seguimento do certame, diante da impossibilidade de se aferir a existência de melhores condições para otimização da gestão dos recursos públicos. (fls. 286/287)

Em suas razões recursais, a empresa recorrente alega, em síntese, que: (a) a autoridade coatora, ao revogar o pregão eletrônico, deveria ter colhido a manifestação da recorrente, o que, no entanto, não ocorreu na hipótese dos autos, violando-se, assim, o devido processo legal e o disposto no art. 49 da Lei n. 8.666/1993; (b) não houve nenhuma ofensa à competitividade e ao interesse público, capaz de autorizar a revogação do procedimento licitatório. Afirma, nesse contexto, que "se houve reduzida competitividade ela não se deveu à ação da recorrente, mas à conduta da própria Administração que pretendia efetuar uma contratação com baixíssimo preço. Ora, se o recorrente conseguiu ofertar preço abaixo do exigido no edital tem-se que ele apresentou a proposta mais vantajosa para o Estado, não havendo nada a se discutir sobre ofensa ao interesse

público" (fl. 324); (c) o acórdão recorrido entendeu, equivocadamente, que se configurou fraude na competição do certame, no entanto, não se pode confundir o desinteresse dos particulares de participarem da licitação com conluio ou ajuste ilícito entre os licitantes; (d) o Tribunal de origem, ao concluir que deveria haver mais de um licitante no certame, infringiu os princípios da legalidade e da vinculação do instrumento convocatório, previstos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993, porquanto exigiu condição inexistente na lei e no edital. Requer, ao final, a anulação do ato revogatório do pregão eletrônico, com a conseqüente determinação de continuidade do procedimento licitatório.

O Estado do Paraná apresentou contra-razões às fls. 340/346.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso ordinário, por entender que não houve ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, na medida em que, antes da revogação do pregão, foi oportunizado à licitante manifestar-se. Além disso, consignou que a autoridade impetrada revogou o certame em conformidade com o art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, considerando que "a ausência de licitantes em condições de participar do certame consubstancia fato superveniente e relevante, apto a abortar o procedimento licitatório". Assim, "estando o ato devidamente motivado, não cabe imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública que, no exercício de sua competência discricionária, pode considerar um ato incompatível com o interesse público, de modo a revogá-lo, nos termos da Súmula n. 47-STF" (fl. 363).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): O recurso não merece prosperar.

(a) Inicialmente, ressalte-se que não se configurou a alegada violação do devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que "o Poder de a Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível" (RMS n. 10.673-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 26.06.2000).

Na hipótese dos autos, a Secretaria de Estado da Cultura instaurou pregão eletrônico para a aquisição de utilitários e eletrodomésticos. Após a habilitação das empresas licitantes, foi realizada a sessão pública de licitação (fls. 158/165), tendo sido classificadas as seguintes empresas: (a) Cibrel Comercial Brasileira de Refrigeração Ltda no Lote 1 – para a aquisição de móveis e equipamentos; (b) Kastelo Comércio de Manufaturados Ltda no Lote 2 – para a aquisição de persianas. No entanto, o Governador do Estado do Paraná, às fls. 171/172, homologou apenas o Lote 1 e *não aprovou o Lote 2*, por entender que não houve competitividade neste último, tendo em vista a presença apenas de um único licitante. Determinou, a seguir, fosse aberta vista, pelo prazo de cinco dias, à empresa interessada, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, para que ela pudesse se manifestar a respeito da não-aprovação do certame.

Nesse contexto, a ora recorrente manifestou-se, às fls. 176/183, requerendo a homologação do procedimento licitatório de que foi vencedora e, por conseguinte, sua contratação com o Estado. Todavia, seu pedido de reconsideração foi indeferido. Em seguida, foi *revogado o Lote 2* do pregão eletrônico, com fundamento no art. 49 da Lei n. 8.666/1993 e nas informações apresentadas pela Casa Civil (fls. 213/224).

Nota-se, pois, que a revogação do pregão eletrônico ocorreu apenas após a manifestação da empresa que não obteve aprovação no certame. Assim, não houve cerceamento de defesa, porquanto foram respeitados o contraditório e a ampla defesa, antes do ato revogatório.

Sob esse prisma, o Tribunal de Justiça estadual esclareceu:

> (...), o documento impugnado tratava-se de uma avaliação prévia, onde não foi aprovado o certame, referente ao lote 2, tendo a autoridade administrativa cumprido com o encargo legal, concedendo a impetrante a oportunidade ao contraditório, determinando, expressamente, a sua oitiva como interessada, consoante se denota do documento de fls. 171, destes autos.
>
> A decisão revogatória, ao contrário do que sustenta a impetrante, foi posterior, pois, consoante se observa na presente hipótese, a impetrante formulou pedido de reconsideração e, na seqüência, a apontada autoridade coatora proferiu decisão, revogando o procedimento licitatório.
>
> Tal fato, aliás, não escapou da percepção do ilustre Subprocurador-Geral de Justiça, que, nesse sentido, obtemperou: 'Não se cogita de ofensa ao contraditório e ampla defesa. O próprio despacho da autoridade coatora facultou ao impetrante a manifestação em 05 (cinco) dias, acerca da revogação do ato licitatório. O artigo 49 da Lei n. 8.666/1993 não determina em que momento se deve abrir prazo para o

exercício do contraditório, o que redunda em inexistente violação de direito líquido e certo, uma vez que esta violação é praticada com ilegalidade ou abusividade, não presentes'.

Ademais disso, a impetrante poderia interpor recurso administrativo contra aquela decisão, cuja faculdade, ao que nos parece, não restou exercida, optando pela via direta e judicial do *mandamus*. (fls. 292/293)

Ademais, ainda que não tivesse sido respeitado o contraditório, o ato revogatório não estaria eivado de ilegalidade, porquanto a jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de revogação de licitação antes de sua homologação, faz ressalvas à aplicação do disposto no art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 ("no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa"). Entende, nesse aspecto, que o contraditório e a ampla defesa somente são exigíveis quando o procedimento licitatório houver sido concluído, o que, entretanto, ainda não havia ocorrido na hipótese dos autos.

A propósito:

Administrativo. Licitação. Modalidade pregão eletrônico. Revogação. Contraditório.

1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público.

2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado.

3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.

4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.

5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.

6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.

7. Recurso ordinário não provido. (RMS n. 23.402-PR, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 02.04.2008, grifou-se)

Administrativo. Licitação. Interpretação do art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.

1. A autoridade administrativa pode revogar licitação em andamento, em fase de abertura das propostas, por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado.

2. É salutar que o sistema de comunicações possa ser executado de modo que facilite a concorrência entre empresas do setor e possibilite meios de expansão do desenvolvimento da região onde vai ser utilizado.

3. Revogação de licitação em andamento com base em interesse público devidamente justificado não exige o cumprimento do § 3º, do art. 49, da Lei n. 8.666/1993.

4. Ato administrativo com a característica supramencionada é de natureza discricionária quanto ao momento da abertura de procedimento licitatório.

5. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei n. 8.666/1993, quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame.

6. Mandado de Segurança denegado. (MS n. 7.017-DF, 1ª Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02.04.2001, grifou-se).

(b) No mais, também não prospera o argumento da ora recorrente no sentido da ilegalidade do ato revogatório.

O art. 49 da Lei n. 8.666/1993 dispõe que "*a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta*, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado". Ademais, a Súmula n. 473-STF estabelece que "a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou *revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*" (grifou-se).

Destarte, à Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, é dado revogar o procedimento licitatório, por razões de interesse público. Todavia, ao Poder Judiciário compete apenas avaliar a legalidade do ato, de maneira que lhe é vedado adentrar o âmbito de sua discricionariedade, fazendo juízo a respeito da conveniência e oportunidade, bem como acerca da efetiva existência de interesse público.

Na lição de Seabra Fagundes (O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 179/196), *in verbis*:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, 'faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes'. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional.

A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.

(...)

O controle jurisdicional se torna oportuno quando os efeitos do ato administrativo incidem sobre o administrado (excepcionalmente, quando esteja na iminência de incidir) e tem como resultado obstá-los, uma vez reconhecida a ilegalidade.

O Poder Judiciário, chamado a atuar no processo de realização do direito, para remover anormalidade nele surgida, circunscreve o âmbito da sua atuação ao caso sobre o qual tenha sido provocado. Extinguindo-se a situação anormal com o seu pronunciamento, cessa, por isso mesmo, a razão de ser da sua interferência.

(...)

As Constituições de 1934 e 1937 dispuseram expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas. A atual

silencia a respeito. Mas, não obstante isto, a vedação persiste. É que ela decorre da índole do regime e de imperativos do seu funcionamento. Aos Poderes Legislativo e Executivo, a Constituição delega atribuições de cunho estritamente político, que, pela sua natureza específica são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário, do mesmo modo que excluem da intervenção do executivo atos políticos privativos do Legislativo e vice-versa. (grifou-se)

Nessa linha de entendimento, cabe mencionar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Portarias do Comandante do Exército. Comércio de armas de uso restrito para uso próprio de policiais civis, federais, militares, do corpo de bombeiros e policiais rodoviários. Cabimento de mandado de segurança contra lei de efeitos concretos inexistência de direito líquido e certo. Conveniência e oportunidade. Legalidade. Legitimidade. Livre concorrência e segurança pública. Ponderação de valores.

(...)

7. Consectariamente, as referidas Portarias, não obstante apresentem efeitos concretos ao ângulo da livre iniciativa erigida como *causa petendi* do *mandamus*, interdita a análise do Judiciário, não só porque legitimado pela lei o controle da importação de armas de uso restrito (Decreto n. 5.123/2004, que regulamenta a Lei n. 10.826/2003) como também, em homenagem à cláusula pétrea da harmonia e independência entre os Poderes, o que impede a esta Corte a análise da conveniência e oportunidade de do ato praticado.

8. Deveras, ao Poder Judiciário caberia imiscuir-se acerca da conveniência e oportunidade do ato administrativo acaso o mesmo transbordasse os limites da lei, o que inocorreu *in casu* haja vista que o Comandante do Exército expediu as Portarias atacadas em estrita observância às normas constitucionais e legais vigentes, a saber: art. 174, da Constituição Federal e arts. 24 e 27, da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), 11 e 51, § 2º, do Decreto n. 5.123/2004, 16, 183 e 190 do Decreto n. 3.665/2000.

(...)

17. Mandado de segurança denegado, sob os vários ângulos enfrentados. (MS n. 11.833-DF, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 06.08.2007).

Administrativo. Código de Trânsito Brasileiro. Limite de velocidade das vias de trânsito. Critérios de fixação. Discricionariedade da Administração Pública. Não observância do limite estabelecido. Multa. Procedência.

- Os critérios adotados pela administração pública para fixação dos limites de velocidades nas vias de trânsito estão relacionadas à discricionariedade estabelecida no próprio CTB, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade ou manifesto abuso de autoridade, adentrar no mérito do ato administrativo que os instituiu.

- Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 588.253-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 17.10.2005)

Constitucional. Administrativo. Ação civil pública. Poder discricionário da Administração. Exercício pelo juiz. Impossibilidade. Princípio da harmonia entre os poderes.

- O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público.

- O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer.

- Agravo a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 252.083-RJ, 2ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 26.03.2001).

Administrativo. Controle judicial do ato discricionário. Exame do mérito do ato administrativo. Impossibilidade.

Compete à Administração Estadual o poder discricionário de decidir sobre o deferimento ou não do pedido de adesão ao PDV.

Não pode o Poder Judiciário substituir o administrador, decidindo sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário.

Recurso improvido. (RMS n. 9.319-MG, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 12.04.1999).

No caso em exame, a autoridade coatora, no âmbito de seu poder discricionário, revogou o Lote 2 do pregão eletrônico, por entender que se configurou ofensa à competitividade e ao interesse público, na medida em que "*houve a participação efetiva de somente uma empresa*" no certame (fl. 169), nos termos das informações apresentadas pela Assessoria Jurídica do Governo do Estado do Paraná. Ressaltou, outrossim:

Na verdade, como outrora exposto, apenas uma empresa participou efetivamente do certame. Veja-se que das duas empresas que ofereceram proposta apenas uma estava em condições de contratar com a Administração.

> Verificou-se que a outra empresa cotou valor máximo ao estipulado no edital. Assim, não estava em condições de contratar com a Administração, pois além de sua proposta estar em desconformidade com o edital, também poderia ter sido desclassificada nos termos do art. 48, inciso II, da Lei n. 8.666/1993. (fl. 215)

Agora, cabe verificar se o ato revogatório realizou-se dentro da legalidade.

A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais (MS n. 12.047-DF, 1ª Seção, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 16.04.2007; MC n. 11.055-RS, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 08.06.2006; MS n. 8.844-DF, 1ª Seção, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 04.08.2003; MS n. 7.017-DF, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02.04.2001; MS n. 4.513-DF, Corte Especial, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 04.09.2000).

Conforme anteriormente mencionado, o art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, "decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta". Por sua vez, o art. 18, *caput*, do Decreto n. 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que "a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado".

Na hipótese vertente, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil (fls. 169/170 e 213/222), entendendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa.

A respeito do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que a participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve

ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis.

Convém citar os seguintes precedentes:

> Administrativo. Licitação. Modalidade pregão eletrônico. Revogação. Contraditório.
>
> 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público.
>
> 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado.
>
> *3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.*
>
> 4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.
>
> 5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.
>
> 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.
>
> 7. Recurso ordinário não provido. (RMS n. 23.402-PR, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 02.04.2008, grifou-se)
>
> Administrativo. Licitação. Apenas um candidato em condições de participar. Revogação pela administração: *Possibilidade, pois o interesse publico recomenda que mais de um candidato participe efetivamente da licitação*. Recurso não conhecido. (REsp n. 46.179-MG, 2ª Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 11.05.1998)

Por fim, cumpre registrar a doutrina de Marçal Justen Filho (Pregão - Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, São Paulo: Dialética, 2003, p. 120), o qual, ao comentar ao art. 4º da Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002), afirma:

> *Poderia reconhecer-se, no entanto, que o legislador não vislumbrou possível a hipótese de um número reduzido de sujeitos acorrerem para participar do pregão*. Tal pressuposição decorreu da presunção de que o mercado disputaria acesamente a contratação, em vista de versar sobre bem ou serviço nele disponível. Portanto, imagina-se que haverá um grande número de interessados em participar da disputa. Se tal não ocorrer, a Administração deverá revisar a situação para reafirmar se existe efetivamente bem ou serviço comum.

Dito de outro modo, o problema do número reduzido de participantes não é a ofensa a alguma vedação expressa à Lei, mas o surgimento de indício de que a modalidade de pregão é inaplicável e redundará em contratação pouco vantajosa para o interesse público. Deve investigar-se a divulgação adotada e questionar-se o motivo pelo qual fornecedores atuantes no mercado não demonstraram interesse em disputar o contrato. (grifou-se)

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.587-RJ (2007/0034944-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Concelina Henrique de Souza
Advogado: Mario de Souza Camargo
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Desembargador Presidente do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Christiano de Oliveira Taveira e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro. Artigo 22 da Lei n. 8.935/1994. Regulamentação do artigo 236 da Constituição. Infração disciplinar. Prescrição. Ocorrência. Lei específica. Aplicação do Decreto n. 220/1975 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Rio de Janeiro). Termo *a quo* do prazo prescricional bienal. Data da lavratura da escritura pública.

1. A regra exegética de que *lex specialis derrogat lex generalis* implica a aplicação do Decreto n. 220/1975 (Estatuto dos funcionários públicos do Estado do Rio de Janeiro) aos serventuários de justiça punidos com sanções disciplinares, em face da omissão na norma específica, qual seja, a Lei n. 8.935/1994.

2. O Estatuto básico dos notários e registradores - Lei n. 8.935/1994 - restou omisso no que tange aos prazos prescricionais dos atos irregulares perpetrados por serventuários da justiça, razão pela qual aplicável, subsidiariamente, o Decreto n. 220/1975, que dispõe, *verbis*:

> Prescreverá em dois anos a falta sujeitas às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão. O § 2º do mesmo artigo acrescenta: 'O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e interrompe-se pela abertura do processo administrativo disciplinar.

3. A lei nova que cria, sobre o mesmo tema anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, elimina o sistema antecedente.

4. É que "a disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto o derroga só nos pontos em que lhe é contrária (1). Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria" (*In* Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1991, 11ª edição, p. 360/361).

5. *In casu*, aplica-se a analogia, porquanto possível inferir-se a incidência da prescrição bienal na hipótese.

6. É cediço que "se entre a hipótese conhecida e a nova a semelhança se encontra em circunstâncias que se deve reconhecer como essencial, isto é, como aquela da qual dependem todas as conseqüências merecedoras de apreço na questão discutida; ou, por outra, se a circunstância comum aos dois casos, com as conseqüências que da mesma decorrem, é a causa principal de todos os efeitos; o argumento adquire a força de uma indução rigorosa" (*In* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1991, 11ª edição, p. 206).

7. Deveras, as espécies semelhantes devem ser reguladas por normas semelhantes, princípio de verdadeira igualdade jurídica.

8. Incidência da analogia *legis,* a qual consiste em aplicar à uma hipótese não prevista em lei aquela disposição relativa a um caso semelhante.

9. A idéia essencial da lei estadual (Decreto n. 220/1975) deve ser transposta aos serventuários (notários e registradores) porquanto o preceito nela formulado assemelha-se a este grupo definido por "colaboradores do serviço público", no dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro.

10. É que ressoa inequívoco que "não podem os repositórios de normas dilatar-se até a exagerada minúncia, prever todos os casos possíveis no presente e no futuro. Sempre haverá lacunas no texto, embora o espírito do mesmo abranja órbita mais vasta, todo o assunto inspirador do Código, a universalidade da doutrina que o mesmo concretiza. Esta se deduz não só da letra expressa, mas também da falta de disposição especial. Até o silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma. A impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de podrem sobrevir, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador" (*In* Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 208).

11. Aplicação do preceito *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* ("onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente da norma referida").

12. A lei estadual representa a realidade mais próxima àquela descrita nos autos do que a previsão constante do Decreto n. 20.910/1932, o qual adstringe-se à prescrição relativa à Fazenda Pública.

13. O regime dos serventuários da justiça - tais como os notários e registradores - *é híbrido* - vez que a atividade notarial e registral está ligada intrinsecamente aos princípios do serviço público da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade (CF/1988, art. 37).

14. O registrador público e o tabelião são agentes públicos uma vez que se enquadram na categoria de "particulares em colaboração à Administração", sujeitando-se inclusive ao conceito de "funcionários públicos" para fins de responsabilidade penal.

15. "Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles *e seus prepostos* causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos" (artigo 22 da Lei n. 8.935/1994, ao regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal).

16. *Os empregados* contratados pelos registradores e notários para prestarem serviços nos cartórios, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, *responderão perante o titular* deste pelo dano causado, em casos de dolo, em ação ordinária, mesmo porque contratados com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho, sem interferência nenhuma do Poder Judiciário.

17. Contudo, há lei especial versando acerca da prescrição bienal, restando inaplicável, subsidiariamente, o Decreto n. 20.910/1932, regra geral adotada no Direito Administrativo para outros fins, quais sejam, as dívidas Passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza.

18. A título de argumento *obiter dictum*, o supracitado decreto não exclui a incidência de norma mais favorável, como se extrai do seu artigo 10, que ora se transcreve, *verbis*: "Art. 10º. - O disposto nos artigos anteriores *não altera as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos,* as quais ficam subordinadas as mesmas regras."

19. O Termo *a quo* para o início do prazo prescricional é o prazo da lavratura da escritura, que ocorreu em 27 de setembro de 2001, o que impõe o reconhecimento da prescrição bienal, porquanto o procedimento administrativo somente foi instaurado em 23 de agosto de 2004 (fls. 21/22) por ocasião da protocolização da petição da interessada em 17 de março de 2004. Precedente: REsp n. 337.447-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 19.12.2003.

20. Recurso ordinário provido, para extinguir a punibilidade da recorrente em face da ocorrência da prescrição bienal.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão, Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator para acórdão

DJe 03.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso ordinário interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que considerou não ter havido prescrição do direito do conselho da magistratura punir a recorrente (repreensão) por suposto ato irregular praticado por escrevente do cartório de responsabilidade da recorrente.

Naquele julgado o Tribunal *a quo* entendeu que seria aplicável o Decreto n. 20.910/1932.

Alega a recorrente que na hipótese dos autos deveria incidir o primado do artigo 301, I do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Decreto-Lei n. 220/1975), que apresenta um prazo prescricional de dois anos para as faltas sujeitas às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator):

> Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Delegatária de serviço notarial. Punição disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Aplicação do Decreto n. 20.910/1932.
>
> I - O presente recurso ordinário vai de encontro à decisão que chancelando a punição imposta à delegatária de serviço notarial, afastou a alegação de prescrição, ao entender que se aplica o Decreto n. 20.910/1932, em detrimento ao que prevê o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro.
>
> II - A Lei Federal n. 8.935 de 18.11.1994, regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e

de registro. Tal diploma prescreve no seu capítulo VI as infrações disciplinares e as penalidades a que se sujeitam os notários e os oficiais de registro.

III - Os notários e registradores públicos não são considerados servidores públicos, exercendo atividade de interesse público, por delegação, em caráter privado, o que afasta o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Rio de Janeiro, devendo se impor, em face da lacuna da Lei n. 8.935/1994, a regra geral do Decreto n. 20.910/1932, que determina o prazo prescricional quinquenal.

IV - Recurso improvido.

Não assiste razão à recorrente.

A Lei Federal n. 8.935 de 18.11.1994, regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

Tal diploma prescreve no seu capítulo VI as infrações disciplinares e as penalidades a que se sujeitam os notários e os oficiais de registro.

Verificando que a legislação encimada é de órbita federal, tem-se afastado o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Rio de Janeiro, devendo se impor, em face da lacuna da Lei n. 8.935/1994, a regra geral do Decreto n. 20.910/1932, que determina o prazo prescricional quinquenal.

Observa-se, ademais que os Notários e registradores públicos não são considerados servidores públicos, exercendo atividade de interesse público, por delegação, em caráter privado. Nesta condição, mais uma vez, há que ser aplicada a regra geral acima referida.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que considerou *não ter transcorrido o prazo prescricional* do direito do Conselho da Magistratura em punir a ora recorrente, *Concelina Henrique de Souza*, por suposto ato irregular praticado por escrevente do cartório do recorrente.

Naquele julgado o Tribunal a quo entendeu que seria aplicável o Decreto n. 20.910/1932.

Alega a recorrente que na hipótese dos autos deveria incidir o primado do artigo 301, Inciso I, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Rio de

Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975), que apresenta um prazo prescricional de **dois anos** *para as faltas sujeitas às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão praticadas por servidores públicos do mencionado Estado.*

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

O Ministro Relator, Francisco Falcão, entendeu não assistir razão à recorrente, como se extrai da seguinte fundamentação:

> A Lei Federal n. 8.935 de 18.11.1994, regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.
>
> Tal diploma prescreve no seu capítulo VI as infrações disciplinares e as penalidades a que se sujeitam os notários e os oficiais de registro.
>
> Verificando que a legislação encimada é de órbita federal, tem-se afastado o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Rio de Janeiro, devendo se impor, em face da lacuna da Lei n. 8.935/1994, a regra geral do Decreto n. 20.910/1932, que determina o prazo prescricional quinquenal.
>
> Observa-se, ademais que os Notários e registradores públicos não são considerados servidores públicos, exercendo atividade de interesse público, por delegação, em caráter privado. Nesta condição, mais uma vez, há que ser aplicada a regra geral acima referida.
>
> Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.
>
> É o voto.

Pedi vista para melhor análise do tema controverso.

A ora recorrente, Concelina Henrique de Souza, Tabeliã Titular do Cartório do 14º Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança contra ato praticado por Desembargador do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator de acórdão publicado em 25 de outubro de 2005, na *sindicância* instaurada nos termos da Portaria n. 156/2004, pelo Juiz de Direito Coordenador de Fiscalização e Disciplina do NURC da 1ª Região (fls.21/22) para apurar eventual irregularidade em ato notarial lavrado por escrevente do cartório.

Afere-se dos autos que a escrevente *Zilda Fernandes de Luna* lavrou uma Escritura de Promessa de Cessão de Direitos Aquisitivos com benfeitorias, imputando-se à serventuária suposta *irregularidade* em negócio manifestamente insatisfatório para a promitente cessionária, por supostos defeitos de construção, caracterizados estes em ausência de ligação de esgoto que estaria sendo derramado diretamente no sistema de águas pluviais, dentre outros fatos, situação que importaria em "*um descompromisso dos ofícios de notas com aquilo*

que é sua função institucional: velar pela autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos - art. 1º da Lei n. 8.935/1994."

A tabeliã impetrante apresentou sua defesa administrativa sustentando, primeiramente, que a única responsabilização admissível a delegatário por ato de preposto, em sede administrativo-disciplinar *devia resultar da demonstrada falha de gerenciamento, circunstância que não se configura, vez que inexiste qualquer irregularidade formal na escritura objeto da avença,* a qual versa acerca de "lote de terreno n. 10 da quadra 07, do PA 16.389, com frente para a Rua Peregrina, antiga Rua I, na Freguesia de Campo Grande, desta Cidade", cujos direitos foram outorgados ao cedente em regular escritura de promessa de cessão de direitos lavrada no 17.º Ofício de Notas.

Alega no que tange à responsabilidade da escrevente que lavrara a escritura, constante de Portaria, o que se segue:

> É de se convir com o equívoco da pretensão punitiva, pois *as partes celebraram um ato jurídico perfeito, sob o manto da autonomia da vontade, princípio altaneiro de afirmação dos direitos individuais, limitando-se o cartório a formalizar a vontade dos contratantes, sem mínima legitimidade para interferir na manifestação volitiva das pessoas capazes, já que devia apenas observar aspectos de legalidade que envolvem o ato notarial.* Aliás, a escrevente *Zilda Fernandes de Luna* não poderia mesmo recusar-se a praticar ato notarial solicitado pelas partes, sob pena de incorrer em falta funcional consistente em recusa de prestar o serviço público a quem o solicita, sendo de se louvar, aliás, a advertência feita pelo outorgante na escritura (não do cartório), de que seria difícil a 'lavratura da escritura definitiva com referência a fração do terreno.
>
> A Portaria imputou responsabilidade à impetrante pelo fato de não ter ocorrido titulação do cedente, o que teria inviabilizado 'o ato definitivo' (v. última consideranda). Mais uma vez é de se convir com o equívoco da Portaria, porquanto se pretende invocar ilícito administrativo sem que se aponte qualquer irregularidade ou ilegalidade no ato notarial hostilizado, falando-se apenas em inadimplemento contratual, matéria que apenas diz respeito aos contratantes, ligados que estão pelo vínculo jurídico do contrato.

Sustenta que a punição da impetrante constou em verdadeira análise da validade e eficácia do negócio de promessa de cessão de direitos aquisitivos, em sede de um procedimento administrativo, atribuindo aos notários um poder geral de censura ao concluir que 'não podem os cartórios celebrar escritura destinada à ineficácia, em prejuízo do consumidor que desconhece os meandros do comércio jurídico; o controle da legitimidade é exigido do notário com o escopo de elevá-

lo à condição de garantidor da eficácia de validade dos atos jurídicos, não permitindo que as partes envolvidas sejam surpreendidas por negócios inviáveis que consumam a economia de toda uma vida."

Assim, afirma causar "perplexidade a proclamação por um juízo administrativo de ineficácia de um ato jurídico que não foi objeto de questionamento em sede judicial, averbando-se, *concessa venia,* a teratologia da afirmação de fl. 143 que viu certo 'beneplácito' do cartório ao declarar estar o condomínio 'em fase de legalização' e que se estaria diante de uma 'incorporação irregular', constituindo 'contravenção penal negociar o incorporador frações ideais de terreno sem previamente satisfazer as exigências constantes' da Lei n. 4.591/1964."

Aduz que em nenhum momento a promitente cessionária formulou acusação de que houve subtração maliciosa do montante correspondente às custas e emolumentos, sendo indevida tal imputação à impetrante, mesmo porque "consta da escritura em comento o valor exato dos emolumentos percebidos (R$ 393,03), o que demonstra fiel cumprimento da disposição do art. 404, *caput*, da Consolidação Normativa da CCJ, salientando que o ato foi lido em voz alta para as partes, tendo a Sr. Luciana de Oliveira aposto sua assinatura em parte documental localizada logo após à referida consignação do valor. O que ocorreu, em verdade, foi expedição da certidão de fls. 2D/5 em consonância com um programa de informática padronizado, ao qual faltava a especificação das custas (praxe não mais acolhida no 14º Ofício de Notas), mas isso não significava intenção de lesar quem quer que fosse, do que é paladino exemplo idêntico procedimento veiculado pela eg. Corregedoria Geral da Justiça para todos os cartórios de notas e de registro civil de pessoas naturais quando da normatização de um programa de registro de procuração, no qual não se encontravam especificados os valores das custas no programa de certidões, constando apenas o valor das custas da própria certidão, falha que foi apontada pela própria recorrente em expediente encaminhado ao egrégio órgão corregedor."

Inconformada com decisão punitiva do ilustre Juiz Auxiliar da Corregedoria (Dr. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto), a impetrante endereçou recurso hierárquico disciplinar ao Excelentíssimo Desembargador Corregedor-Geral da Justiça, que afirmou nada ter a reconsiderar, recebendo a petição como recurso hierárquico dirigido ao *Conselho da Magistratura,* órgão incompetente para julgar 'decisão administrativa de juiz auxiliar', razão pela qual interpôs agravo regimental, o qual restou desprovido, sendo que, ao final, o Conselho conheceu do pedido e o desproveu, mantendo a penalidade aplicada à impetrante, nos termos da seguinte ementa:

> Recurso hierárquico. Notário. Sindicância para apuração de falta funcional. Infringência ao artigo 404, da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça. Aplicação de pena de repreensão, conforme artigo 32, inciso I, da Lei n. 8.935/1994. Desprovimento do recurso.

Por sua vez, opôs embargos de declaração ao acórdão proferido em sede de agravo regimental, no qual se aduzia a circunstância de que a decisão objurgada não desafiava qualquer recurso judicial, porquanto meramente administrativa, o qual restou rejeitado nos seguintes termos:

> Embargos de declaração. Alegação de nulidade por ter ocorrido o julgamento do mérito do recurso, apesar da interposição de agravo regimental. Pretensão da embargante de remeter os autos ao Corregedor Geral de Justiça para apreciação de recurso administrativo hierárquico. Falta de previsão legal. Artigos 99 e 100 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça. Ocorrência de erro material sanado com a republicação do resultado. Inexistência de obscuridade, contrariedade e omissão. Desprovimento do recurso.

Sob esse prisma, alegou violação ao direito líquido e certo à ampla defesa constante do art. 5º, LV da Constituição Federal, vez que a impetrante, ao interpor o recurso de agravo regimental não apreciado, o fez com arrimo no art. 48, **d**, do Regimento Interno do Conselho da Magistratura, que prevê o cabimento de agravo em mesa contra despacho do Presidente, Vice-Presidente ou de Relator.

Apontou ainda que, além do prejuízo genérico de ordem constitucional causado à Impetrante pela inobservância, *data venia,* do princípio do devido processo legal, um grave dano específico se apresenta, uma vez que o julgamento *per saltum* do recurso hierárquico impediu fosse apreciada a ocorrência de prescrição que se pretendia argüir oportunamente, sabido que esta preliminar somente é obstaculizada pela preclusão final e, no caso em exame, faz-se evidente: o alegado fato lesivo se deu na época da lavratura da escritura *(27 de setembro de 2001)* e o procedimento administrativo somente foi instaurado por ocasião da protocolização da petição da interessada *(17 de março de 2004),* ocasião em que já havia transcorrido o prazo *bienal* aplicável à hipótese vertente."

Por fim, aduziu que a penalidade administrativa de repreensão poderia servir de empecilho na sua inscrição no próximo concurso de remoção a ser realizado pela egrégia Corregedoria Geral da Justiça, porquanto punição leve, requerendo sua imediata suspensão, em sede liminar e, no mérito, *sua extinção definitiva em face da ocorrência da prescrição.*

Em informações acostadas às fls. 120/125, apontou o Desembargador Sérgio Cavalieri Filho o que se segue:

A impetrante, Titular do Cartório do 14º Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro, *pretende em suma seja revisto ato administrativo disciplinar praticado pelo Conselho da Magistratura que, em grau de recurso hierárquico, lhe aplicou* ***pena de repreensão.***

O Conselho da Magistratura entendeu de aplicar a pena mínima prevista no *art. 31 da Lei n. 8.935/1994,* diante da *inobservância do art. 404 da Consolidação Normativa, pois na certidão que foi entregue à sua cliente deixou de constar, de forma discriminada, os valores recolhidos para pagamento das suas custas.(...).*

A alegação chega a ser surpreendente, como foi didaticamente esclarecido no Acórdão que decidiu os embargos de declaração interpostos pela Impetrante, cuja cópia se vê às fls. 83/87. Os artigos 99 e 100 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça prevê que da decisão mantida pelo Corregedor Geral (o que ocorreu no caso em apreço, como se vê de fls. 41) cabe Recurso Hierárquico ao Conselho da Magistratura.(...).

Requer ainda, a impetrante, o reconhecimento da nulidade da decisão do Colegiado, porque este teria privado de participar do julgamento e de sustentar oralmente suas posições. A argüição tampouco merece prosperar, pois a Impetrante não nega que tenha sido regularmente intimada por publicação da pauta no Diário Oficial, não comparecendo à Sessão por desinteresse seu.

Além disso, ainda que assim não fosse, é clara a inexistência de prejuízo aos seus interesses decorrente da sua ausência ao julgamento: o Acórdão guerreado acolheu parcialmente a tese defensiva (fls. 83/87), ressalvando que a penalidade somente ficou mantida por ausência de outra mais leve, o que demonstra claramente que a questão submetida ao exame do Colegiado foi por ele debatida com o necessário cuidado e atenção. Descarta-se, portanto, o reconhecimento de violação aos princípios invocados pela impetrante pela suposição de que a sustentação oral poderia ser capaz de alterar os rumos do julgamento. (...).

Ao contrário do que afirma a Impetrante, o seu prazo prescricional não é bienal, mas quinquenal. Com o advento da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, ficou regulamentado o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

Ficou estabelecido pela referida lei, em seu artigo. 3º, que notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, o que é o caso da Impetrante, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Ainda estabelece a referida Lei, que se aplica tão-somente aos escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial, as normas aplicáveis aos

funcionários públicos ou aquelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, artigo 48, § 2º, entre elas o Decreto-Lei n. 220/1975.

Percebe-se, portanto, que no tocante aos titulares de serviços notariais e de registro, aplica-se tão somente as normas estabelecidas na Lei n. 8.935/1994.

Estabelece o artigo 37, §5º da Constituição Federal que:

'A lei estabelecerá os prazos prescricionais para ilícitos praticados por qualquer, agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.'

Ocorre que a Lei n. 8.935/1994 é omissa com relação aos prazos para punir os titulares de serviços notariais e de registro.

(...)

Conclui-se, portanto, que não se pode considerar o prazo prescricional àquele previsto no Decreto-Lei n. 220/1975, por isso que para os titulares notariais e de registro existe lei própria, qual seja, Lei n. 8.395/1994. E, em sendo a mesma omissa quanto aos prazos prescricionais, aplica-se àquele estabelecido no Decreto n. 20.910/1932, qual seja, cinco anos.

Por fim, caso aplicável a regra geral dos servidores estaduais, tampouco seria possível reconhecer a prescrição, cujo prazo tem início quando a Administração Pública toma ciência da eventual infração disciplinar cometida (ex vi art. 303, § 2º Decreto n. 2.479/1979). No caso concreto, a lesada comunicou os fatos à Administração em 17 de março de 2004, tendo sido instaurada a sindicância cinco meses depois (fls. 21/22). A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional. Assim, instaurado o processo disciplinar n. 43.216/2004, não há que cogitar de prescrição, qualquer que seja o Diploma Legal invocado.

Nessas circunstâncias, inexiste direito líquido e certo a amparar pelo presente mandamus, manejado pela Impetrante que pretende discutir, ad infinitum, decisão que se encontra coberta pelo manto da coisa julgada administrativa. Aqui, nenhuma lesão é excogitável, nem pois, ofensa aos cânones invocados. *(fls. 24/25)*

A liminar restou indeferida às fls. 126.

O Ministério Público, por sua vez, opinou pela denegação da segurança, como se extrai da ementa de fls. 130, que ora se transcreve:

Administrativo. Mandado de segurança. Delegatária de serviço notarial. Pretensão de ver anulada decisão proferida em processo administrativo disciplinar com base no entendimento de que houve irritualidade no processamento do recurso

> hierárquico. Ausência de previsão normativa de recurso hierárquico. Ausência de previsão normativa de recurso hierárquico para o Corregedor-Geral de Justiça. Arts. 99 e 100 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral do TJ/RJ. Cabimento tão somente de pedido de reconsideração. Os juízes auxiliares da Corregedoria atuam como *longa manus* do Corregedor. Competência do Conselho de Magistratura para apreciar o recurso hierárquico. *O prazo da prescrição da pretensão punitiva é aquele do Decreto n. 20.910/1932, haja vista que a Lei n. 8.935/1994, que regula a atividade notarial e de registro, é omissa com relação ao tema. Interpretação doutrinária que merece acato.* Denegação da segurança.

O *Parquet* posicionou-se no sentido de que "sujeitos os notários e registradores aos cânones da Lei n. 8.935/1994 e sendo esta omissa com relação ao lapso de tempo para a punição dos delegatários dos serviços notariais e de registro, nos parece acertado o ponto de vista que os considera sujeitos aos prazos do Decreto n. 20.910/1932."

O Tribunal de origem, às fls. 140/142 manteve o entendimento de que o prazo prescricional para punição dos delegatários e registradores à vista da omissão da Lei n. 8.935/1994 é o previsto no art. 20.910/1932 - prazo quinqüenal.

No presente recurso ordinário, a impetrante reitera o pedido de extinção da punição disciplinar pela ocorrência da prescrição administrativa, consoante disposto no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Decreto-Lei n. 220/1975), *in verbis:*

> Prescreverá em dois anos a falta sujeitas às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão. O § 2º do mesmo artigo acrescenta: 'O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e interrompe-se pela abertura do processo administrativo disciplinar.

O Estado do Rio de Janeiro em resposta ao recurso ordinário sustentou o que se segue:

> Com o advento da Lei n. 8.935 de 18.11.1994, ficou regulamentado o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. O artigo 3º da referida Lei previu que notário ou tabelião e oficial de registro ou registrador são profissionais do direito dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.
>
> A mesma Lei estabelece que a regra do artigo 48, § 2º do Decreto-Lei n. 220/1975 se aplica apenas aos escreventes e auxiliares de investidura estatutária e no tocante aos titulares de serviços notariais e de registro aplica-se somente a Lei

n. 8.935/1995, que, entretanto, é omissa quanto aos prazos para a punição destes últimos.

Diante de tal lacuna, a doutrina já se consolidou no sentido de que no silêncio de lei, a prescrição administrativa se dá em 5 anos, nos termos do Decreto n. 20.910/1932 e não em dois anos, como sustenta a Impetrante.

Em síntese, não se pode considerar o prazo prescricional previsto no Decreto-Lei n. 220/1975 porque para os titulares notariais e de registro existe lei própria, a Lei n. 8.935/1994. ***Como esta é omissa quanto aos prazos prescricionais, aplica-se o Decreto n. 20.910/1932.***

Caso fosse aplicável a regra geral dos servidores estaduais, tampouco seria possível reconhecer a prescrição, cujo prazo tem início quando a Administração Pública toma ciência da eventual infração disciplinar cometida (artigo 303, § 2º do Decreto n. 2.479/1979). No caso concreto, a lesada comunicou os fatos à Administração em 17 de março de 2004, tendo sido instaurada a sindicância cinco meses após e a instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional. Não há, nesta hipótese, direito líquido e certo ser amparado por *mandamus.*

Instado a se manifestar o Ministério Público Federal opinou pelo *desprovimento do recurso,* nos termos da seguinte ementa:

Administrativo. Mandado de segurança. Ato do conselho de magistratura. Punição de servidor da justiça. Ocorrência de prescrição. Decreto-Lei n. 20.910/1932. Contagem do prazo a partir da ciência do fato pela Administração. (fls.200)

Passo a expor a fundamentação do presente voto-vista após o minucioso Relatório.

Prima facie, a regra exegética de que *lex specialis derrogat lex generalis* impõe a aplicação aos serventuários da justiça punidos com sanções disciplinares o Decreto n. 220/1975 (Estatuto dos funcionários públicos do Estado do Rio de Janeiro), porquanto omissa a norma específica, qual seja, a Lei n. 8.935/1994, no que se refere ao prazo prescricional.

Extrai-se do pedido recursal *o intento de reconhecimento da incidência da prescrição bienal,* prevista no supracitado decreto, no que tange à infração administrativa imposta à tabeliã, porquanto "inegável a lesão provocada no direito líquido e certo da recorrente em ver declarada a extinção da punição disciplinar pela ocorrência da prescrição administrativa. Assim sendo, espera-se o provimento do recurso para que seja reformado o venerando acórdão recorrido e concedida a segurança pleiteada com declaração da extinção da punibilidade da eventual falta disciplinar, com o que se fará a mais lídima justiça."

Segundo Carlos Maximiliano, a lei nova que cria, sobre o mesmo tema anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, elimina o sistema antecedente.

É que afere-se da lição do supracitado professor, *in litteris:*

> A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipótese. Portanto o derroga só nos pontos em que lhe é contrária (1). Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria. (*In* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1991, 11ª edição, p. 360/361).

Ademais, ainda que não se entendesse que a lei estadual seria a norma específica a incidir no caso concreto, admitir-se-ia, *in casu*, a analogia, porquanto possível inferir-se a incidência da prescrição bienal na hipótese, como se passa a expor.

É cediço, segundo o referido autor, que "se entre a hipótese conhecida e a nova a semelhança se encontra em circunstâncias que se deve reconhecer como essencial, isto é, como aquela da qual dependem todas as conseqüências merecedoras de apreço na questão discutida; ou, por outra, se a circunstância comum aos dois casos, com as conseqüências que da mesma decorrem, é a causa principal de todos os efeitos; o argumento adquire a força de uma indução rigorosa" (*in* obra citada, p. 206).

Na presente circunstância, a lei estadual representa a realidade mais próxima àquela descrita nos autos do que a previsão constante do Decreto n. 20.910/1932, o qual adstringe-se à prescrição relativa à Fazenda Pública, como se extrai as razões de recorrer, às fls. 148, *in litteris:*

> A respeitável decisão recorrida deu uma interpretação absolutamente gravosa à aplicabilidade do Decreto n. 20.910, invertendo a parêmia odiosa restringenda favorabilia amplianda, pois a regra que garante a estabilização das relações jurídicas repugna a existência de penalidades imprescritíveis, pelo que determinada doutrina propugna a aplicação da prescrição quinquenal do referido Decreto apenas naquelas situações em que não exista previsão de prazo prescricional, o que não se dá em relação ao regime funcional do Estado do Rio de Janeiro em que a prescrição para a pena de repreensão é expressamente prevista pelo art. 57, I, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Decreto-Lei n. 200/1975), de seguinte teor:
>
> > art. 303, I - Prescreverá em dois anos a falta sujeita às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão. (*omissis*)

> § 2º: O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e interrompe-se pela abertura do processo administrativo disciplinar.

Deveras, as espécies semelhantes devem ser reguladas por normas semelhantes, princípio de verdadeira igualdade jurídica.

Versam os autos caso de incidência da analogia *legis,* a qual consiste em aplicar à uma hipótese não prevista em lei aquela disposição relativa a um caso semelhante.

A idéia essencial da lei estadual (Decreto n. 220/1975) deve ser transposta aos serventuários (notários e registradores) porquanto o preceito nela formulado assemelha-se a este grupo definido por "colaboradores do serviço público", no dizer de Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Mais uma vez, faz-se necessário transcrever lição de Carlos Maximiliano:

> Não podem os repositórios de normas dilatar-se até a exagerada minúncia, prever todos os casos possíveis no presente e no futuro. Sempre haverá lacunas no texto, embora o espírito do mesmo abranja órbita mais vasta, todo o assunto inspirador do Código, a universalidade da doutrina que o mesmo concretiza. Esta se deduz não só da letra expressa, mas também da falta de disposição especial. Até o silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma.
>
> A impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de podrem sobrevir, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador (*In* obra citada, p. 208).

Por isso, assiste razão à recorrente, no que tange à aplicação, in casu, da prescrição bienal.

É que, faz-se atual o conceito de analogia preceituada na Roma antiga, qual seja, Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio (onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida).

No que pertine à responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro, o artigo 22 da Lei n. 8.935/1994, ao regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal previu, *verbis*:

> Os notários e oficiais de registro *responderão* pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, *assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.*

Em verdade, a responsabilidade objetiva incumbe ao Estado em face dos atos praticados por notários e registradores, uma vez que se estabeleceu *uma cadeia de direitos de regresso*, de modo que, condenado o Estado, exsurge a obrigação de exigir do titular da serventia aquilo que o ente pagou.

A responsabilidade do Estado não pode ser excluída, porquanto as atividades notariais e de registro são desenvolvidas por delegação do Poder Público, que sempre será responsável pelos atos praticados por seus delegados, ainda que tenha esse, direito de regresso contra o serventuário.

Por sua vez, os funcionários ou prepostos do cartório submetem-se ao regime privado, assegurando-se ao notário ou registrador o direito de regresso contra o funcionário causador direito do dano a terceiro.

Neste sentido, a ação que vise responsabilidade civil dos notários e oficiais do registro público, ***será proposta contra o Estado*** *(neste caso independente de demonstração de dolo ou culpa)* ***ou em face dos respectivos titulares*** *(responsabilidade subjetiva), que são os responsáveis perante os usuários e os terceiros, eis que esses devem exercer atos de vigilância sobre os seus subordinados, facultado, como supramencionado,* ***o direito de regresso em caso de dolo ou culpa de seu preposto.***

Deveras, *os empregados contratados pelos registradores e notários para prestarem serviços nos cartórios, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, responderão perante o titular deste pelo dano causado, em casos de dolo, em ação ordinária, mesmo porque contratados com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho, sem interferência nenhuma do Poder Judiciário*.

Renato Nalini, em artigo intitulado "A Responsabilidade Civil do Notário", cita pertinente jurisprudência, *verbis*:

> Tabelião civilmente responsável por ato de seu escrevente. Iterativa jurisprudência no sentido de ser responsável civilmente pelo que se passa em seu cartório, cabendo-lhe *culpa in vigilando* ou *in eligendo* sobre os erros de ofício de subordinados. (RT, vols. 127/466, 209/366, 236/101 e 404/702). *Pelos atos e omissões de seus funcionários é duplamente responsável: porque o escolheu e porque deve vigiá-lo*. (*In*, "A Responsabilidade Civil do Notário", Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo", Voluma 130 - ano 25 - 3º Bimestre - maio e junho de 1991 - p. 24) (grifou-se)

Impõe-se ainda destacar não versar o feito acerca de responsabilidade criminal, mas sim administrativa, vez que a penal será sempre atribuída de forma individual, ou seja, cada agente responderá individualizadamente pelas próprias condutas, sem que o ato de um possa interferir na responsabilidade de outro.

Consoante disposto no artigo 24 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, a responsabilidade criminal dos serventuários da justiça será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa *aos crimes contra a administração pública,* prevendo-se no parágrafo único do mencionado artigo, que a individualização prevista no *caput* não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil, sabidamente independentes.

No mesmo sentido extrai-se a seguinte lição do artigo intitulado "Tabeliães e Oficiais de Registros", publicado na Revista dos Tribunais, *verbis*:

> A Lei n. 8.935, de 18.11.1994, vem regulamentar o art. 236 da CF, dispondo sobre os serviços notariais e de registro, estabelecendo, para tanto, que os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos (art. 22); a responsabilidade civil independe da criminal (art. 23); sendo que a responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública (art. 24), especificando no seu parágrafo único que a individualização prevista no caput não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil.
>
> Os tabeliães e registradores públicos, que exercem atribuições delegadas pelo Poder Público, apesar de serem particulares, são considerados servidores públicos *sui generis*, em face da função pública que exercem, da fé pública dos atos praticados pelos mesmo, da exigência e obrigatoriedade da submissão a concurso público, da criação do cargo por lei, da remuneração através de custas e emolumentos fixados pelo Poder Judiciário de cada Estado, além do controle e fiscalização permanente do Poder Judiciário.
>
> A obrigação é de resultado, pois requer a observância rigorosa dos dispositivos legais vigente quando da realização dos atos cartorários, estabelecidos pelo Estado, devendo produzir o resultado desejado para que tenham existência, validade e eficácia no mundo jurídico.
>
> *Quanto aos empregados dos Cartórios, estes são celetistas, escolhidos e contratados conforme critérios dos tabeliães e oficiais dos registros, ficando estes responsáveis pelos atos de seus empregados, em face da realização dos serviços públicos delegados; entretanto, os patrões poderão ajuizar ação contra os seus empregados quando agirem de forma dolosa ou culposa.* (Marli Aparecida da Silva Siqueira e Bruno Luiz Weiler Siqueira RT 779- setembro de 2000 - 89º Ano - p. 748) (grifou-se)

Carlos Roberto Gonçalves, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e mestre em Direito Civil pela PUC-SP, afirma que "justifica plenamente

a inserção dos serventuários da Justiça no rol dos servidores públicos, dos funcionários públicos em sentido lato, a despeito do 'caráter privado' como são exercidos os serviços que lhes são pertinentes, pois ocupam cargos criados por lei, com denominação própria e em número certo, são nomeados pelo Poder Público, mediante concurso público, gozam do direito a férias e licenças; *estão sujeitos a regime disciplinar*, contribuem para o instituto de Previdência do Estado; fazem jus à aposentadoria nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos" (*in* Responsabilidade Civil, Editora Saraiva, 9ª Edição, 2005, p. 484).

Em síntese, a ação de responsabilidade civil pode ser direcionada de duas formas distintas, no caso: *a)* - diretamente contra o Estado, conforme responsabilidade objetiva consagrada pelo art. 37, § 6º, da CF de 1988, portanto independentemente de culpa (*lato sensu*), bastando apenas o dano e o nexo de causalidade entre o ato danoso e o serviço prestado, cabendo ao Estado o direito de ação regressiva contra o agente causador do dano nos casos de culpa ou dolo do mesmo; ou *b)* - diretamente contra o notário ou registrador, *desde que o autor da ação prove a culpa ou dolo* deste, logo será *responsabilidade subjetiva* (CC, artigo 159).

Outrossim, não se olvida que o regime dos serventuários da justiça - tais como os notários e registradores - é híbrido - porquanto a atividade notarial e registral está ligada intrinsecamente aos princípios do serviço público da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade (CF/1988, art. 37).

In casu, versam os autos acerca de punição administrativa em razão de indevida cobrança de emolumentos.

Esclarecem os autores *Marli Aparecida da Silva Siqueira e Bruno Luiz Weiler Siqueira* dantes mencionados, no citado artigo publicado na Revista dos Tribunais, *in litteris:*

> São tidas como infrações disciplinares a inobservância da prescrições legais e normativas; a conduta atentatória às instituições notariais e de registro; a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência; a violação do sigilo profissional e o não cumprimento de quaisquer dos seus deveres.
>
> Pelas infrações praticadas, os notários e os oficiais de registro estão sujeitos às penas de repreensão no caso de falta grave; multa na reincidência ou infração que não configure falta mais grave; suspensão por noventa dias, prorrogáveis por mais trinta em caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave; e perda da delegação. A perda da delegação dependerá: a - de sentença judicial em julgado; b - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

Não se olvida que o registrador deve agir em conformidade com a lei ou ainda adotar todas as diligências possíveis, a fim de afastar sua responsabilidade civil e administrativa pelas condutas, escusada apenas pela inexistência de nexo causal entre a ação e o dano sofrido pelo usuário do serviço, como por exemplo, na hipótese do tabelião, mesmo tendo tomado todas as precauções possíveis, reconhecer firma baseado em identidade falsa, cuja falsidade não era facilmente detectada. Nesta hipótese, o dano existirá, mas não terá decorrido do serviço que, dentro do humanamente possível, foi bem executado, mas sim da falsidade da identidade, devendo ser responsabilizado pelo dano o falsificador e não o notário.

No presente feito, restou assentada a responsabilidade da ora recorrente, cuja pretensão no presente feito não é rediscutir os fatos reconhecidos pela Corte *a quo, mas sim a incidência da prescrição da pena administrativa imposta.*

Ao ver de Celso Antônio Bandeira de Mello tanto o registrador público, como o tabelião são agentes públicos, já que se enquadram na categoria de "particulares em colaboração à Administração", sujeitando-se inclusive ao conceito de "funcionários públicos" para fins de responsabilidade penal. Oportuno citar o ensinamento constante do seu Curso de Direito Administrativo, *verbis*:

> Esta expressão - agentes públicos é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.
>
> Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público, Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço públicos, os delegados de função ou ofício públicos, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.
>
> 2. Dentre os mencionados, alguns integram o aparelho estatal, seja em sua estrutura direta, seja em sua organização indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais). Outros não integram a constelação de pessoas estatais, isto é, são alheios ao aparelho estatal, permanecem exteriores a ele (concessionários, permissionários, delegados, de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviços). Todos eles, entretanto, estão sob um denominador comum

> que os radicaliza: são, ainda que alguns deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes.
>
> Dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela. (*In*, Curso de Direito Administrativo, 14ª Edição, Editora Malheiros, p. 219/220).

Destarte, o Estatuto básico dos notários e registradores - Lei n. 8.935/1994 - diploma legal originariamente concebido para dispor, entre outros temas, sobre a responsabilidade civil e administrativa dos titulares dos cartórios extrajudiciais - *restou omisso no que tange aos prazos prescricionais dos atos irregulares perpetrados por serventuários da justiça.*

Com efeito, como há lei especial versando acerca da prescrição bienal resta inaplicável, subsidiariamente, o Decreto n. 20.910/1932, regra geral adotada no Direito Administrativo para outros fins, quais sejam, as dívidas Passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza.

A título de argumento *obiter dictum*, o supracitado decreto não exclui a incidência de norma mais favorável, como se extrai do seu artigo 10, que ora se transcreve, *verbis*:

> Art. 10 - O disposto nos artigos anteriores *não altera as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos,* as quais ficam subordinadas as mesmas regras.

Deveras, reconhecer a aplicação ao caso vertente da lei estadual é realizar o que doutrinariamente consiste no processo sistemático.

Extrai-se de oportuna lição do mestre Carlos Maximiliano, *verbis*:

> Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. (...).
>
> Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários;

uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

131 - Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles e acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial (1).

Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* - 'é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma. (*In* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1991, 11ª edição, p. 128/129).

O alegado fato lesivo se deu na época da lavratura da escritura (27 de setembro de 2001) e o procedimento administrativo somente foi instaurado por ocasião da protocolização da petição da interessada (17 de março de 2004), ocasião que já havia transcorrido o prazo bienal aplicável à hipótese vertente.

A lavratura da escritura é o termo inicial do prazo prescricional porquanto presume-se sua publicidade a todos, inclusive à Administração, efeito próprio do ato.

Em sentido análogo à premissa ora exposta, já decidiu esta Corte, consoante se extrai do seguinte precedente:

Ação popular. Processual Civil. Prescrição. Termo inicial. Concessão de uso de terreno público. Lei em tese. Efeitos concretos.

- A ação popular visa anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público. Tem como destinatário, ato concreto, ilegal e lesivo ao patrimônio público. Não serve para agredir lei em tese.

- Conta-se o prazo prescricional a partir da lavratura da escritura de concessão de uso sobre terreno público, e não da edição da Lei. (REsp n. 337.447-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 321).

Ex positis, divirjo do Relator do presente Recurso Ordinário, *dar provimento* ao presente *Recurso Ordinário*, para reconhecer a extinção da punibilidade da recorrente ante a ocorrência da prescrição bienal.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 26.451-MS (2008/0045677-1)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: José Ivan de Almeida
Advogado: Ana Karina de Oliveira e Silva
Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul

EMENTA

Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contribuição previdenciária sobre proventos de policial militar inativo. Exação instituída por lei estadual. Lei n. 3.150/2005 do Estado de Mato Grosso do Sul. EC n. 41/2003. Arts. 40 e 42, § 1º, da CF. Validade da cobrança. Recurso ordinário não-provido.

1. O art. 40 da Constituição Federal, com a redação da EC n. 41/2003, estabelece que os servidores ativos e inativos também deverão contribuir à previdência do serviço público, comando extensível aos militares estaduais, consoante teor do art. 42, § 1º, da Constituição Federal.

2. A contribuição previdenciária incidente sobre proventos ou pensões auferidos pelos servidores públicos inativos e pensionistas foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs n. 3.105-DF e 3.128-DF.

3. Autorizada constitucionalmente, a exigibilidade da referida contribuição depende de edição de lei, em conformidade com o art.

150, inciso I, da Constituição Federal. No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, a contribuição previdenciária foi instituída por meio da a Lei Estadual n. 3.150, de 22.12.2005, que determina, expressamente, o recolhimento da exação dos servidores militares inativos.

4. Instituída a exação em conformidade com os preceitos constitucionais, não há falar em violação a direito líquido e certo para amparar a pretensão mandamental. Precedente desta Corte (RMS n. 26.113-MS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 30.04.2008).

5. Recurso ordinário não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, 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), 20 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 03.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por José Ivan de Almeida contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, assim ementado (fl. 46):

> Agravo regimental em Mandado de Segurança. Desconto de 11% destinado ao MS-PREV. Militar. Lei n. 3.150/2005 que fixa o desconto. Norma de caráter específico. Lei n. 2.964/2004 inconstitucionalidade afastada. Possibilidade de duplicidade de sistema de regime de previdência social. Discussão inócua.
>
> Com a edição da Lei n. 3.150/2005 restou suprida a ausência de lei específica a regular o desconto de 11% dos militares estaduais referentes ao MS-PREV. A exigência de lei específica deve-se tão somente a necessidade de que a norma faça expressa menção aos militares, para que sobre estes possa ser aplicada. O fato de que a Lei n. 2.964/2004 não se aplicava aos militares por ausência de

expressa menção, não caracteriza a sua inconstitucionalidade, mas tão somente a sua não aplicação em relação àquela categoria. Discussão acerca da possibilidade de duplicidade de regimes de previdência, torna-se inócua, quando existe lei que instituiu a sua unificação.

Cuidam os autos de mandado de segurança no qual o impetrante, na qualidade de policial militar inativo, busca afastar o desconto de 11% dos seus vencimentos à previdência social do Estado do Mato Grosso do Sul.

O TJMS, em sede de agravo regimental, indeferiu a inicial ao fundamento de que é constitucional a cobrança da contribuição previdenciária em comento nos moldes da Lei estadual n. 3.150/2005, porquanto em conformidade com os arts. 42, §§ 1º e 2º, e 142, § 3º, da Constituição Federal.

Em suas razões recursais, alega que:

(a) A EC n. 41/2003 excluiu da reforma da previdência os militares das forças armadas, reforma essa que, pelos princípios da simetria e da subsidiariedade, também compreenderia os militares estaduais;

(b) A cobrança da contribuição só poderia ser disciplinada por meio de emenda constitucional, sendo insuficiente para tanto a Lei Estadual n. 3.150/2005;

(c) O regime de previdência dos militares estaduais deve decorrer de lei específica, o que afastaria a incidência da Lei Estadual n. 3.150/2005, que, segundo ele, seria de caráter geral para todo o funcionalismo.

Ao final, requer a impetrante o provimento do recurso para que sejam suspensas as contribuições previdenciárias do Regime de Previdência do Estado do Mato Grosso do Sul de 11% sobre a remuneração.

Recurso admitido pelo Tribunal de origem (fl. 77).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 90/98).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Conforme relatado, o presente *mandamus* discute a constitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de policial militar inativo do Estado de Mato Grosso do Sul.

O art. 40 da Constituição Federal, com a redação da EC n. 41/2003, estabelece que os servidores ativos e inativos também deverão contribuir à previdência do serviço público, comando extensível aos militares estaduais, consoante teor do art. 42, § 1º, da Carta política. Confira-se:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> [...]
>
> Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
>
> § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Vale acrescentar que a contribuição previdenciária incidente sobre proventos ou pensões auferidos pelos servidores públicos inativos e pensionistas foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs n. 3.105-DF e 3.128-DF.

A esse respeito:

> Constitucional e Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contribuição previdenciária incidente sobre proventos de inativos. Policial militar do Estado do Rio de Janeiro. Lei Estadual n. 4.725/2004. Emenda Constitucional n. 41/2003.
>
> 1. A Primeira Seção desta Corte tem entendido, a partir do julgamento da Suprema Corte na ADIn n. 3.105-DF, que é devida a contribuição previdenciária incidente sobre proventos de inativos, inclusive servidores militares.
>
> 2. Precedentes (RMS n. 19.956-RJ, 20.242-RJ e 20.293-RJ, dentre outros).
>
> 3. Recurso ordinário improvido (RMS n. 20.294-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.04.2007).

> Tributário. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. Contribuição previdenciária. Servidor público militar inativo. EC n. 41/2003. Constitucionalidade declarada pela Corte suprema.
>
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn n. 3.105-DF, declarou a constitucionalidade da EC n. 41/2003, na parte que estendeu aos servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, a cobrança da contribuição para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal.
>
> 2. A nova redação conferida ao art. 40 da Constituição Federal, pela EC n. 41/2003, tem aplicação tanto aos servidores públicos civis quanto aos militares. Precedentes.
>
> 3. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido (RMS n. 21.223-RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19.10.2006).

Autorizada constitucionalmente, a exigibilidade da referida contribuição depende de edição de lei, em conformidade com o art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

Ponderados esses elementos, observo que a contribuição previdenciária ora impugnada é devida, porquanto a Lei Estadual n. 3.150, de 22.12.2005, que instituiu a exação no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, determina, expressamente, o recolhimento da exação dos servidores militares inativos, *verbis*:

> Art. 3º: O MSPREV tem caráter contributivo e solidário e será mantido por meio de contribuições dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública e dos seus membros, servidores, militares, inativos e pensionistas.

Instituída a exação em conformidade com os preceitos constitucionais acima mencionados, não há falar em violação a direito líquido e certo para amparar a presente pretensão mandamental.

Por fim, cabe registrar que, recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito da validade da contribuição dos militares do Estado de Mato Grosso do Sul. Confira-se:

> Constitucional. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária sobre proventos de inativo. Militar. Lei Sul-Mato-Grossense. EC n. 41/2003. Arts. 40 e 42, § 1º, da Constituição Federal. Princípio da solidariedade social. Precedentes.
>
> 1. Tratam os autos de mandado de segurança objetivando afastar o desconto previdenciário de 11% (onze por cento) sobre os proventos de bombeiro militar estadual inativo determinado pela Lei Estadual Sul-Mato-Grossense n. 3.150/2005,

que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul. Liminar indeferida (fl. 21). O TJMS (fls. 148/160), por maioria, denegou a segurança, por entender que não havia ilegalidade e inconstitucionalidade na Lei n. 3.150/2005 que determinou o desconto previdenciário aos militares estaduais inativos. Parecer do MPF pelo desprovimento do apelo.

2. A contribuição previdenciária tem como fato gerador a percepção de proventos de aposentadorias ou pensões, na forma do art. 4º, parágrafo único, da EC n. 41/2003, devendo ser instituída pelo ente titular de competência para arrecadá-la em seu território, por lei em sentido material, conforme o art. 150, I, da Constituição Federal. No Estado do Rio de Janeiro, a Lei n. 4.275/2004 materializou a determinação constitucional, normatizando a submissão dos servidores militares às contribuições de natureza previdenciária.

3. O texto do art. 40 da Constituição Federal, alterado pela EC n. 41/2003, é claro ao eleger como destinatários de seu comando tanto o funcionalismo civil como o militar; tanto os servidores da ativa como os aposentados. A extensão de tratamento diferenciado e privilegiado aos servidores públicos militares não pode ser permitida, devendo-se consolidar o entendimento de que a 3.150/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul apenas disciplinou a matéria sob os auspícios do texto da Carta Maior, fundando-se na solidariedade social e na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da previdência.

4. Em similar linha de pensar, destaco os seguintes julgados: - A Primeira Seção desta Corte tem entendido, a partir do julgamento da Suprema Corte na ADIn n. 3.105-DF, que é devida a contribuição previdenciária incidente sobre proventos de inativos, inclusive servidores militares. Precedentes (RMS n. 19.956-RJ, 20.242-RJ e 20.293-RJ, dentre outros). (RMS n. 20.294-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 13.04.2007). - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn n. 3.105-DF, declarou a constitucionalidade da EC n. 41/2003, na parte que estendeu aos servidores inativos e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, a cobrança da contribuição para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal. A nova redação conferida ao art. 40 da Constituição Federal, pela EC n. 41/2003, tem aplicação tanto aos servidores públicos civis quanto aos militares. Precedentes. (RMS n. 21.223-RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 19.10.2006).

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não-provido (RMS n. 26.113-MS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 30.04.2008).

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.059.137-SC (2008/0110088-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - Casan
Advogado: Sady Beck Júnior e outro(s)
Recorrido: Município de São João Batista
Procurador: Carlos Simas Rocha e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Extinção do contrato de concessão de serviço público. Reversão dos bens utilizados pela concessionária. Indenização prévia. Art. 35, § 4º, da Lei n. 8.987/1995.

I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou deprecidados.

II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei n. 8.987/1995 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.

III - Recurso especial 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 e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 29.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de Recurso Especial interposto por Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - Casan, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que restou assim ementado, *in verbis*:

> Administrativo. Casan e Município de São João Batista. Extinção do contrato de concessão dos serviços públicos e de abastecimento de água e esgotos sanitários. Reversão e assunção imediata dos serviços pelo município.
>
> A concessão extingue-se pelo advento do termo contratual, implicando isso na sua reversão da concessão e na imediata assunção do serviço pelo poder concedente, com a ocupação das instalações e a utilização de todos os bens reversíveis (art. 35, inciso I e §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995), providências que não estão condicionadas à previa indenização, pois o que a lei de regência determina é a realização antecipada dos "levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária. (fl. 281)

Naquela ocasião o Tribunal *a quo*, em sede de agravo de instrumento, manteve decisão proferida pelo Juízo de Primeiro Grau que concedeu tutela antecipada autorizando o Município a ocupar as instalações vinculadas ao abastecimento de água e saneamento operadas pela Casan.

Foram opostos embargos de declaração que restaram rejeitados.

Sustenta o recorrente que o aresto vergastado ofendeu os artigos 35, § 4º, 36, 42, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.9871995, 301, XI, do Código de Processo Civil, 6º da LICC e artigos 5º, incisos XXXIV e XXIV, da Constituição Federal. Alega que a reversão dos bens da concessionária, pelo Município, só pode ocorrer mediante prévia indenização dos investimentos realizados. Aduz, ainda, que o contrato de concessão permanece válido por três motivos diferentes: a) existência de cláusula no contrato de concessão que determina prévia indenização; b) as disposições do art. 42 da Lei das Concessões e c) o termo aditivo, firmado entre as partes, prevendo a renovação do contrato por mais trinta anos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em relação à infringência tida como ocorrente, do artigo 5º, da *Lex Mater*, verifico que a esta Corte é vedada a apreciação sobre o tema, sendo reservado ao STF este mister.

Com relação aos artigos 301, XI, do CPC e 6º da LICC, estes não foram prequestionados pelo aresto *a quo,* sendo que referido requisito somente resta

satisfeito pelo efetivo debate da matéria, e não pela mera provocação da parte em suas manifestações.

Quanto à alegada violação do art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, ao argumento de que o contrato estaria prorrogado, também carece de prequestionamento. Apesar do acórdão vergastado ter mencionado o artigo 42, ele o fez para questionar a validade do termo aditivo do contrato de concessão, com base no *caput* e no § 1º. Com efeito, consta do referido acórdão:

> A legalidade do termo aditivo que prorrogou a duração do contrato originário por mais trinta anos é altamente questionável em face do art. 42, do mesmo diploma legal, segundo quem: 'as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no caso da outorga, observado o disposto no artigo 43 desta Lei', complementando o § 1º que 'vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a licitação, nos termos desta Lei'.

Já o parágrafo 2º do artigo 42 trata de assunto diverso, prevendo a possibilidade de manutenção da concessão antiga, enquanto não elaborada nova licitação, pelo prazo máximo de 24 meses. Referido dispositivo, contudo, não foi objeto de debate no acórdão objurgado. E, em que pese aos esforços do recorrente, opondo embargos de declaração com o fim de prequestionamento, permaneceu silente aquele sodalício. Caberia ao agravante, em se sentindo prejudicado, interpor recurso especial com fulcro na violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, para ver sanada a omissão e não insistir numa alegação de violação a dispositivo de lei que não foi objeto de discussão no julgamento. Incide, no caso, o óbice contido na Súmula n. 211-STJ.

Ademais, a decisão recorrida, para considerar extinta a concessão, fundamentou-se no art. 35, I, da Lei das Concessões, que dispõe: *Art. 35. Extingue-se a concessão por: I - advento do termo contratual*. E tendo o recorrente deixado de infirmar o fundamento que serviu ao Tribunal *a quo* para afastar a questão que se pretendia impugnar, tem-se aplicável, por analogia, a *Súmula n. 283* do STF.

Os outros argumentos, utilizados pelo recorrente para sustentar a validade da concessão, quais sejam, cláusula do contrato vencido e o novo termo aditivo de concessão, não podem ser analisados em sede de recurso especial. Isso porque na via estreita do recurso especial não cabe análise de cláusulas contratuais, nem revisão do conjunto fático probatório, incidindo, aqui, as Súmulas n. 5 e 7-STJ.

Por fim, resta a análise da alegada contrariedade ao artigo 35, § 4º, da Lei das Concessões. Sustenta o recorrente que a interpretação de referido dispositivo,

conjugado com o art. 36 da mesma lei, permite concluir que a reversão dos bens dos concessionários para o poder concedente só pode ocorrer após a indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. Para melhor compreensão do assunto, transcrevo os referidos dispositivos, *verbis*:

> Art. 35. Extingue-se a concessão por:
>
> I - advento do termo contratual;
>
> II - encampação;
>
> III - caducidade;
>
> IV - rescisão;
>
> V - anulação; e
>
> VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.
>
> § 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.
>
> § 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.
>
> § 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.
>
> § 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.
>
> Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.
>
> Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

O acórdão recorrido entendeu que não procede a interpretação feita pelo ora recorrente. A fundamentação foi a seguinte:

> A lei de regência destaca que 'extinta a concessão haverá a imediata assunção do serviço pelo pode concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários' (art. 35 § 2º) e que a 'assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis' (art. 35, § 3º). O § 4º da mesma norma orienta que, nos casos de reversão pelo advento do termo contratual ou de encampação, o poder concedente deverá proceder antecipadamente 'aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária. Não quer isso dizer que a reversão deve necessariamente ser precedida de indenização.

Correto o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pois a leitura dos dispositivos contestados não permite, mesmo, concluir que a reversão dos bens ao poder concedente só se opera após a indenização de que trata o art. 35, § 4º, até porque, extinta a concessão, os bens aplicados ao serviço pouca ou nenhuma significação econômica tem para o concessionário, apresentando, pelo contrário, profundo interesse para o concedente e para a continuação do serviço. A propósito, a continuidade do serviço é exatamente a principal razão da reversão.

Com efeito, a respeito do tema, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

> dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmissível, por ofensa a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guardião e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é assente na doutrina o princípio da continuidade do serviço público, o qual supõe a reversão como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço (Curso de Direito Administrativo, 20ª Edição, p. 710).

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 858.511-DF (2006/0121245-9)

Relator: Ministro Luiz Fux
Relator para acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Denildo Pereira da Silva e outro

Advogado: Sérgio Roberto Roncador e outro(s)
Recorrido: Distrito Federal
Procurador: Leny Pereira da Silva e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos materiais e morais. Morte decorrente de "bala perdida" disparada por menor evadido há uma semana de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semi-liberdade. Ausência de nexo de causalidade.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., n. 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE n. 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.1992, Ministro Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a *causa direta e imediata* do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido *efeito necessário* da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes de ambas as Turmas do STF em casos análogos.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e José Delgado, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista) os Srs. Ministros Denise Arruda (voto-vista) e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 15.09.2008

RELATÓRIO

O.Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Denildo Pereira da Silva em desfavor do Distrito Federal com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

> Responsabilidade civil. Dano moral e material. Morte em virtude de bala perdida. Disparo efetuado por fugitivo de estabelecimento destinado a menores infratores. Responsabilidade do Estado afastada. Recurso provido.
>
> Constatando-se que a presença do agente homicida nas proximidades da residência da vítima não mantém qualquer pertinência com a sua condição de fugitivo de estabelecimento correcional, na medida em que se assemelha a qualquer pessoa fora da custódia do Estado *em razão do seu regime prisional,* não há como ser reconhecida a responsabilidade do Estado pelos danos morais e materiais advindos do evento morte. (grifou-se - fls. 173)

Consta dos autos que Denildo Pereira da Silva e Andréia Gomes Lima ajuizaram Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, sob o rito ordinário, em desfavor do Distrito Federal, a fim de serem indenizados pelos prejuízos suportados em virtude do falecimento de seu filho, *Pedro Jonathan Gomes da Silva,* à época com 04 (quatro) anos de idade, em decorrência de uma bala perdida que atingiu sua cabeça, disparada por arma de fogo portada pelo menor *Fernando de Oliveira, foragido* da Casa de Detenção de Semiliberdade de Taguatinga-DF, o qual pretendia alvejar dois desafetos para vingar a morte de um colega.

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o ente estatal ao pagamento de danos morais e materiais, consoante a seguinte fundamentação, *verbis*:

(...) Assim, na espécie dos autos, há de ser aplicada a teoria da culpa do serviço público ou *faute du service*.

Na hipótese vertente está plenamente caracterizada a culpa da Administração. A culpa do agente pública está configurada justamente no fato de o menor infrator ter cometido o crime quando estava foragido do estabelecimento prisional em que se encontrava encarcerado. Não há qualquer fundamento fático ou jurídico que possa afastar a culpa da Administração quando, tendo o dever de manter enclausurados os infratores que estão sob sua responsabilidade estes conseguem evadir-se do estabelecimento prisional. *Não há contra-argumento capaz de afastar a culpa in vigilando do Estado no caso em tela. O simples fato de o menor ter logrado êxito em sua fuga já caracteriza plenamente o mau funcionamento da segurança pública do Estado revelando, de modo indene de dúvidas, que a Administração não envidou todos os esforços necessários e eficazes que eram devidos para vigiar aqueles que estão sob sua responsabilidade.*

Nesse passo, oportuno ressaltar que o próprio Coordenador da Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga, em depoimento nos autos, afirma que na referida casa há uma média de *oito a dez* evasões por mês. Vê-se assim, que *as fugas são absolutamente previsíveis, inclusive tem-se a média mensal da desídia na prestação do serviço de segurança pública*.

Também não merece prosperar a alegação de réu de que, em razão de o menor infrator cumprir medida educativa em regime de semi-liberdade, o sinistro ocorreria sendo ele fugitivo ou não. Tal argumento está longe, a toda evidência, de afastar o nexo causal plenamente configurado. *Com efeito, o crime ocorreu quando o menor infrator encontrava-se foragido e ele estava foragido, justamente, por ter os prepostos do réu agido com absoluta negligência.* Não se desincumbiram de maneira eficaz da obrigação que lhe competiam. A culpa *in vigilando* salta aos olhos de tal forma que outra não pode ser a decisão final senão a de acolhimento do pedido inaugural. (fls. 120/127)

Extrai-se do dispositivo da sentença a seguinte condenação do ente federativo, *in litteris*:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar aos autores pensão mensal no valor de 2/3 (*dois terços) do salário mínimo* vigente à data do pagamento, a contar da data em que o filho dos autores completaria 14 anos até a *data em que completaria 25 anos*. A partir dessa data deve o valor da pensão *ser reduzido para 1/3 (um terço) do salário mínimo, a ser pago até a data em que a criança completaria 65 anos* ou em que falecerem os beneficiários, o que vier primeiro. Condeno, ainda, o réu *ao pagamento do valor correspondente*

> *a 300 (trezentos) salários mínimos,* devidos aos autores a título de indenização por danos morais com a incidência de juros de mora a partir da citação. Extingo o processo, com apoio no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Arcará o réu com as custas processuais e honorários do patrono dos autores, que arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil. (fls. 127).

Em suas razões recursais o Distrito Federal sustentou incidir à presente hipótese fática a teoria da responsabilidade estatal subjetiva, alegando que sua responsabilização dependia de comprovação da culpa do Estado para ensejar sua responsabilização, argumentando ainda, inexistir qualquer nexo causal entre o fato e o evento danoso, o que afastaria totalmente o dever de prestar a pleiteada indenização.

Por sua vez, os autores, Denildo Pereira da Silva e Andréia Gomes Lima, recorreram adesivamente, reiterando a responsabilidade objetiva do Estado, bem como a necessidade de majoração da indenização por dano moral para R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por maioria, *deu provimento ao recurso manejado pelo Distrito Federal e à remessa oficial*, consoante se extrai da supracitada ementa e da seguinte fundamentação exarada pela Revisora, Desembargadora Carmelita Brasil, que restou designada Relatora ao fundamento de que o evento danoso não poderia ser creditado à conta do Estado*, verbis*:

> Denildo Pereira da Silva e sua esposa, Andréia Gomes Lima, pais do menor Pedro Jonathan Gomes da Silva, ajuizaram a presente ação de indenização por danos morais e materiais, em virtude da morte do menor, tragicamente ocasionada na Ceilândia, no dia 04 de setembro de 2000.
>
> Relatam os autores que seu filho, *de apenas quatro anos de idade, brincava* na garagem da casa da família, quando foi atingido por *uma bala de revólver,* disparada por Fernando de Oliveira, na época menor de dezesseis anos de idade, *fugitivo da "casa de semiliberdade de Taguatinga*", o qual teria se dirigido à vizinhança para "acertar contas" com desafeto seu e, neste desiderato, efetuou vários disparos, um dos quais ceifou a vida da criança.
>
> Convencidos de que o governo do Distrito Federal é responsável pelo ocorrido, eis que o autor do tiro letal, como já dito, *era menor que havia se evadido, poucos dias antes, do sistema prisional do DF, requereram a condenação do ente federativo em indenizá-los, moral e materialmente, a irreparável perda do filho.*
>
> *A r. sentença a quo lhes foi favorável*, tendo sido o Distrito Federal condenado a pagar aos autores o valor correspondente a 300 (trezentos) salários mínimos,

além de pensão mensal futura de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, a ser paga no período que o autor tivesse de 14 (quatorze) a 25 (vinte e cinco) anos, minorada, posteriormente, a 1/3 (um terço), valendo até o ano em que o menor completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

Contra o decisum recorreu o Distrito Federal e os autores, sendo-nos a matéria devolvida em amplitude.

Em que pese profundamente sensibilizada pela incalculável dor desta família, a meu sentir, a condenação do Distrito Federal não é pertinente na hipótese.

Isto porque consta dos autos que ***o autor do disparo causador da morte da criança se encontrava em regime de semiliberdade, regime o qual, à hora do sinistro (15:00 horas), lhe permitiria não estar no estabelecimento prisional, tivesse ele ou não se evadido do cumprimento de sua pena***. O regime da semiliberdade, como se sabe, *faculta aos menores infratores trabalharem ou estudarem durante o dia, só se recolhendo à casa prisional à noite e/ou finais de semana.*

Ora, como se vê, não se tratou de prisioneiro de regime fechado que, escapando à vigilância do Poder Público responsável pela administração dos presídios, se viu livre para delinqüir – caso em que a conduta omissiva do Estado estaria perfeitamente delineada, emergindo daí o dever de indenizar.

No caso em tela, ao contrário, a culpa do Estado se encontra por demais pulverizada, a ponto de se esvair. As possíveis digressões dos fatos que poderiam levar até à responsabilização do Estado - como, por exemplo, crer que o Estado faliu em aplicar medida sócio-educativa correta ao menor, visto que voltou a delinqüir ou, até mesmo, que o Estado falhou no seu dever genérico de assegurar paz e segurança a todos os cidadãos – não são de aplicação razoável.

Jubilar-nos-íamos se pudéssemos dizer ter o Estado Social Democrático de Direito atingido tal evolução no Brasil que eventos desta natureza, à semelhança de tantos outros tão indesejáveis quanto corriqueiros em nosso país, pudessem ser creditados à conta do Estado.

Assim, responsável também seria o Estado pela falta de vacina, que leva milhares de crianças todos os anos à morte; pelas rodovias em péssima condição de tráfego responsáveis por inúmeros acidentes de trânsito fatais; pelas incontáveis vítimas dos assaltos, latrocínios, seqüestros; dentre outros inúmeros exemplos.

Todavia, no estágio de amadurecimento político-social em que nos encontramos, tal responsabilização beira à fantasia, perigando convolar o Direito em instrumento apartado da realidade, limitado a um ostracismo que, em última análise, lhe tolhe a legitimidade.

No caso em tela, em razão do regime prisional imputado ao agente do homicídio, ***este se assemelhou a qualquer pessoa fora da custódia do Estado****, vez que a sua aparição nos arredores da casa da vítima em nada teve a ver com a sua condição de fugitivo da casa de detenção:* ***estaria ele ali, na mesma hora e nas mesmas circunstâncias, mesmo que em cumprimento de sua pena****.*

Por esta razão, consoante já declinado, não vislumbro a responsabilidade, *in casu*, do Estado, me sendo de mister o provimento do recurso do Distrito Federal para que sobre ele não penda o dever de indenizar os autores.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação do ente federativo para, reformando a r. sentença *a quo*, julgar o pedido exordial improcedente. Assim o sendo, condeno os autores, outrossim, a arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, os quais, atenta aos critérios do §4º, art. 20, CPC, fixo em R$ 200,00 (duzentos reais).

É como voto.

Por sua vez, opostos *Embargos Infringentes* por Denildo Pereira da Silva e sua cônjuge, *restaram os mesmos improvidos*, nos moldes da seguinte ementa, *in verbis:*

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Morte de terceiro em decorrência de bala perdida. Menor foragido de casa de semi-liberdade. Inexistência de nexo causal entre o dano causado e a omissão atribuída ao poder público.

- A adoção da responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, exige apenas a prova da prática do ato do agente, no exercício de suas atribuições, a comprovação do dano e a relação de causalidade, não se mostrando aplicável na hipótese, uma vez que não restou comprovada a prática de qualquer ato lesivo por agente do Poder Público.

- Para que seja configurada a responsabilidade civil subjetiva do Estado, necessária a comprovação de que o alegado ato omissivo se deu por dolo ou culpa.

- Não há como se atribuir ao Estado a responsabilidade civil pela morte de uma pessoa em decorrência de 'bala perdida' disparada por um menor foragido de entidade de atendimento onde vinha cumprindo medida sócio-educativa em regime de semiliberdade, se ***não demonstrado que a fuga do menor foi fator determinante na prática do ato infracional, ou seja, que houve nexo de causalidade entre a omissão atribuída ao poder público, em razão da fuga do menor, e o dano causado a terceiro****.*

- Embargos improvidos. Unânime. (fls. 216)

Irresignados, Denildo Pereira da Silva e outra, interpuseram recurso especial, ao fundamento de que o acórdão recorrido violara os artigos 37, § 6º da CF, 186

do CCB e 112, § único da Lei de Execuções Penais, alegando ainda dissídio jurisprudencial, apontando como acórdão paradigma aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro versando acerca da responsabilidade civil do Estado, no qual os disparos de arma de fogo perpetrados por agentes públicos redundaram em deformidades físicas na vítima atingida pela "bala perdida".

Alega, em síntese, ser inquestionável a circunstância de que o menor Pedro Jonathan Gomes da Silva, à época com 4 anos de idade, fora assassinado por Fernando de Oliveira Carvalho, em *04.09.2000*, quando este se encontrava foragido desde *26.08.2000* da Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga-DF.

Aduz violação à Lei de Execuções Penais, vez que, para o Tribunal *a quo,* "o infrator em regime de semi-liberdade é cidadão comum das 06:00 às 18:00 horas."

Por fim, afirma que, mesmo se adotada a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado subsistiria a condenação do mesmo ante a manifesta *culpa in vigilando* em relação ao fugitivo da Casa de Semi-Liberdade do DF.

Apresentadas as contra-razões ao Recurso Especial, o mesmo restou inadmitido pelo Tribunal de origem, às fls. 270/273, ascendendo os autos à esta instância superior, por força de decisão proferida em sede de agravo de instrumento.

É o Relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator):

> Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Fuga de menor delinqüente. Regime de semi-liberdade. Bala perdida que ocasionou morte de criança. Desídia do Estado. Foragido. Culpa in vigilando. Manifesta ocorrência. Dever de indenização.
>
> 1. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor de ente da federação, *com fulcro nos artigos 37, § 6º da CF, 186 do Código Civil Brasileiro e 112, § 1º da Lei de Execuções Penais Lei n. 7.210/1993 - modificada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003,* ao argumento de que um projétil disparado por arma de fogo de menor foragido (bala perdida), em plena via pública, atingiu de forma fatal criança, à época com *quatro anos* de idade, na frente da sua casa.

2. O acórdão recorrido se lastreia em fundamento único, qual a da responsabilidade estatal, sob duplo enfoque da legislação constitucional e infraconstitucional, desafia recurso especial.

3. *In casu,* restou assentado na sentença *a quo* a manifesta desídia do Estado em impedir fuga de presidiários, porquanto "o próprio Coordenador da Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga, em depoimento nos autos, afirma que na referida casa há uma média de *oito a dez* evasões por mês. Vê-se assim, que *as fugas são absolutamente previsíveis, inclusive tem-se a média mensal da desídia na prestação do serviço de segurança pública".* (fls. 123).

4. A teoria da *faute du service public* caracteriza-se como o 'não funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento do serviço que o Poder Público deve prestar,' sendo plenamente aplicável à hipótese dos autos, porquanto indubitavelmente demonstrada a falha do Poder Público em proteger o cidadão comum de violência praticada por criminoso sob a custódia estatal.

5. Deveras, o crime ocorreu em horário destinado ao cumprimento de regime de semi-liberdade, como consta dos autos.

6. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em março de 2006, assentou a tese de que "impõe-se a responsabilidade do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, *sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie,* o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.

Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro." (Recurso Extraordinário n. 409.203-4-RS, Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, DJ 20.04.2007).

7. Deveras, impõe-se a responsabilização estatal ante a omissão em impedir que apenado condenado ao regime semi-aberto lograsse êxito em prosseguir na criminalidade, máxime quando a promoção

da segurança pública constitui seu dever constitucional, bem como direito de todos, a fim de preservar a ordem pública, bem como a incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144, *caput*, Constituição Federal).

8. "Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fugitivos ou com saídas temporárias autorizadas venham a cometer crimes." (Yussef Said Cahali in Responsabilidade Civil do Estado, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 426)

9. Segundo Rui Stocco, "a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. *Não tomou providências quando estas eram exigidas*. Omitiu-se, danosamente, quanto exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público." (*In*, "A Responsabilidade Subjetiva do Estado por Comportamentos Omissivos", Revista Jurídica 332 - Junho/2005 - Doutrina Cível - páginas 9 a 16)

10. O nexo causal extrai-se da omissão estatal em aplicar corretamente a execução da pena imposta e o conseqüente dano (evento morte), que jamais ocorreria, se não fosse a inércia do Estado em vigiar o detento, que portava, inclusive, arma de fogo.

11. Recurso especial provido, para restaurar a condenação fixada pelo juízo *a quo*.

Prima facie, não conheço do recurso especial no que pertine à alegada divergência jurisprudencial, que não restou demonstrada nos moldes do artigo 255 do RISTJ, descumprindo as condições de admissibilidade recursal.

Visando a demonstração do dissídio jurisprudencial, impõe-se indispensável avaliar se as soluções encontradas pelo *decisum* recorrido e paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias.

In casu, o aresto paradigma versa acerca de hipótese diversa à engendrada nos autos, vez que narra situação na qual houve "*troca de disparo de arma de fogo em via pública por* ***agentes públicos*** *em perseguição a bandidos*", os quais *perseguiam meliantes, inclusive com disparos de arma de fogo, causando à autora*

deformidades físicas por projétil que a atingiu. Por sua vez, no caso *a quo,* não restou caracterizada qualquer ação de agentes públicos, mas ao contrário, o disparo que ensejou o evento delituoso partiu de arma usada por menor delinqüente, foragido do regime semi-aberto, há dez dias, situação fática diversa do aresto paradigmático.

Por sua vez, conheço do recurso especial no que tange à violação à matéria federal apontada por violada, a saber *artigos 186 do Código Civil Brasileiro e 112, § 1º da Lei de Execuções Penais Lei n. 7.210/1993 - modificada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003,* porquanto devidamente prequestionada.

Ademais, o acórdão recorrido se lastreia em fundamento único, qual a da responsabilidade estatal, sob duplo enfoque da legislação constitucional e infraconstitucional, desafiando recurso especial.

No mérito, assiste razão aos recorrentes.

A análise do nexo causal entre a conduta do menor infrator e o trágico evento, que acarretou a morte da vítima *Pedro Jonathan Gomes da Silva,* à época com 4 (quatro) anos de idade, ocasionada na Ceilândia-DF, no dia 04 de setembro de 2000, quando atingido por *uma bala de revólver* na garagem da casa da sua família, restou enfrentado pelo juízo *a quo,* que assentou, *in verbis:*

> (...) Assim, na espécie dos autos, *há de ser aplicada a teoria da culpa do serviço público ou faute du service.*
>
> Na hipótese vertente está plenamente caracterizada a culpa da Administração. A culpa do agente público está configurada justamente no fato de o menor infrator ter cometido o crime quando *estava foragido* do estabelecimento prisional em que se encontrava encarcerado. Não há qualquer fundamento fático ou jurídico que possa afastar a culpa da Administração quando, tendo o dever de manter enclausurados os infratores que estão sob sua responsabilidade estes conseguem evadir-se do estabelecimento prisional. *Não há contra-argumento capaz de afastar a culpa in vigilando do Estado no caso em tela. O simples fato de o menor ter logrado êxito em sua fuga já caracteriza plenamente o mau funcionamento da segurança pública do Estado revelando, de modo indene de dúvidas, que a Administração não envidou todos os esforços necessários e eficazes que eram devidos para vigiar aqueles que estão sob sua responsabilidade.*
>
> Nesse passo, oportuno ressaltar que o próprio Coordenador da Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga, em depoimento nos autos, afirma que na referida casa há uma média de *oito a dez* evasões por mês. Vê-se assim, que *as fugas são absolutamente previsíveis, inclusive tem-se a média mensal da desídia na prestação do serviço de segurança pública.*

> Também não merece prosperar a alegação do réu de que, em razão de o menor infrator cumprir medida educativa em regime de semi-liberdade, o sinistro ocorreria sendo ele fugitivo ou não. Tal argumento está longe, a toda evidência, de afastar o nexo causal plenamente configurado. *Com efeito, o crime ocorreu quando o menor infrator encontrava-se foragido e ele estava foragido, justamente, por ter os prepostos do réu agido com absoluta negligência*. Não se desincumbiram de maneira eficaz da obrigação que lhe competiam. A culpa *in vigilando* salta aos olhos de tal forma que outra não pode ser a decisão final senão a de acolhimento do pedido inaugural. (fls. 120/127)

A controvérsia restou dirimida pelo Tribunal de origem, tanto em sede de apelação, como de embargos infringentes, com base em argumentos não merecedores de chancela, que ora se sintetizam:

1) No horário do fato delituoso o Estado estaria isento de fiscalizar a conduta do menor, que se encontrava *foragido,* autor do homicídio, o qual cumpria medida sócio-educativa sob o regime semi-aberto, *porquanto poderia estar em qualquer lugar do Distrito Federal,* sem que o Estado pudesse impedir o cometimento de crime de qualquer natureza, como se extrai do acórdão de fls. 216/224: "Isto porque consta dos autos que *o autor do disparo causador da morte da criança se encontrava em regime de semiliberdade, regime o qual, à hora do sinistro (15:00 horas), lhe permitiria não estar no estabelecimento prisional, tivesse ele ou não se evadido do cumprimento de sua pena*. O regime da semiliberdade, como se sabe, *faculta aos menores infratores trabalharem ou estudarem durante o dia, só se recolhendo à casa prisional à noite e/ou finais de semana*."(fls. 219) (...) "O menor evadido, muitos dias após a fuga, estava em local absolutamente diverso daquele em que cumpria a medida sócio-educativa. Rompeu-se, inexoravelmente, o nexo de causalidade ou como ressaltou a Desembargadora Carmelita Brasil, *pulverizou-se a culpa*. Inexistente a relação de causalidade entre a omissão atribuída ao Estado e os danos causados a terceiro, porque no máximo poder-se-ia falar em concausas absolutamente independentes, não incide a responsabilidade. Não obstante o dever do Estado em zelar pela segurança pública, não pode ser compelido a indenizar todo e qualquer caso em que o particular sofre danos, resultante de ato ilícito, até porque, o Poder Público não detém o controle absoluto sobre a criminalidade, estando, isso sim, obrigado a empreender todos *os esforços possíveis para combatê-la, dentro dos recursos disponíveis*."*(fls. 223)*

2) Impossibilidade de responsabilização do Estado por ato praticado por particular, e não por agente público, *in litteris*: "No caso vertente, não restando comprovado o cometimento de qualquer ato por agente do Poder Público e,

consequentemente, o nexo de causalidade com o dano originado pelo falecimento do menor, não há como se imputar a responsabilidade civil ao embargado pelo resultado ocorrido em face da conduta perpetrada pelo agente causador do dano." (fls. 219)

3) O Estado não é um garantidor universal, vez que não se pode imputar sua responsabilidade por fatos genéricos, tais como "o dever de assegurar a todos a paz e a segurança de todos os cidadãos", no seguintes termos: "Jubilar-nos-íamos se pudéssemos dizer ter o Estado Social Democrático de Direito atingido tal evolução no Brasil que eventos desta natureza, à semelhança de tantos outros tão indesejáveis quanto corriqueiros em nosso país, pudessem ser creditados à conta do Estado. *Assim, responsável também seria o Estado pela falta de vacina, que leva milhares de crianças todos os anos à morte; pelas rodovias em péssima condição de tráfego responsáveis por inúmeros acidentes de trânsito fatais; pelas incontáveis vítimas dos assaltos, latrocínios, seqüestros; dentre outros inúmeros exemplos.* Todavia, no estágio de amadurecimento político-social em que nos encontramos, tal responsabilização beira à fantasia, perigando convolar o Direito em instrumento apartado da realidade, limitado a um ostracismo que, em última análise, lhe tolhe a legitimidade." (fls. 220)

4) Ausência de comprovação de culpa ou dolo do Estado: "Com efeito, para que seja configurada a responsabilidade civil subjetiva do Estado, mister se faz a comprovação de que o alegado ato omissivo se deu por dolo ou culpa, o que, na hipótese não restou demonstrado." (fls. 221)

Não prospera a fundamentação do aresto ora objurgado, porquanto incidente à hipótese fática descrita no feito a teoria da *faute du service public,* que se caracteriza pelo 'não funcionamento ou funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento do serviço que o Poder Público deve prestar,' porquanto indubitavelmente demonstrada a falha do Poder Público em proteger o cidadão comum de violência praticada por criminoso sob a custódia estatal.

Segundo Rui Stocco, "a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quanto exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público." (*In*, "A Responsabilidade Subjetiva do Estado por Comportamentos Omissivos", Revista Jurídica 332 - junho/2005 - Doutrina Cível - páginas 9 a 16)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, em julgamento proferido em março de 2006, no *Recurso Extraordinário n. 409.203-4-RS,* de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJ 20.04.2007, assentou a tese

de que "*impõe-se a responsabilidade do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro.*"

Saliente-se mais uma vez, que restou afirmado, pelo próprio Coordenador da Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga, em depoimento nos autos, que na referida casa há uma média de *oito a dez* evasões por mês, como se afere da sentença de fls. 123.

Consectariamente, não se olvida que *as fugas* daquela Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga-DF *eram absolutamente previsíveis, razão pela qual configurada a desídia na prestação do serviço de segurança pública* e, conseqüente, culpa *in vigilando* do Estado.

Deveras, impõe-se a responsabilização estatal ante a omissão em impedir que apenado condenado ao regime semi-aberto lograsse êxito em prosseguir na criminalidade, máxime quando a promoção da segurança pública constitui seu dever constitucional, bem como direito de todos, a fim de preservar a ordem pública, bem como a incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144, *caput*, Constituição Federal).

Ademais, o crime ocorreu em horário destinado *ao cumprimento de regime de semi-liberdade*, como consta dos autos, razão pela qual inócua a argumentação no sentido de que neste horário estaria "fora do alcance estatal".

Ao contrário do disposto no acórdão recorrido, o Estado falhou no dever de ressocializar o criminoso, que, foragido, mata criança em tenra idade, por bala perdida - situação que sequer admite-se como aceitável - muito embora cotidiana no Brasil.

Afere-se dos autos direta violação aos artigos 186 do Código Civil Brasileiro, bem como ao artigo 112, § 1º da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1993 - modificada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003), os quais prelecionam o que se segue, respectivamente:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003)
>
> *§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003)*
>
> § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003)

O nexo causal extrai-se da omissão estatal em aplicar corretamente a execução da pena imposta e o conseqüente dano (evento morte), que jamais ocorreria, se não fosse a inércia do Estado em vigiar o detento, que portava, inclusive, arma de fogo.

Cite-se oportuna lição de Yussef Said Cahali reconhecendo a responsabilidade do Estado por omissão na circunstância em análise, *litteris*:

> Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fugitivos ou com saídas temporárias autorizadas venham a cometer crimes.
>
> Nas instâncias ordinárias tem-se proclamado a responsabilidade civil do Estado por esses danos causados pelos presidiários fugitivos, no pressuposto de que a fuga resultaria de falha do serviço no sistema penitenciário.
>
> Assim, do TJRS, em acórdão relatado pelo Des. Celeste Vicente Rovani:
>
> Por certo, não se ignora que o Estado tem responsabilidade objetiva, mas que não é absoluta. Sua responsabilidade define-se pelo risco administrativo, cumprindo ver se há alguma ação ou omissão do Estado que corresponda à 'falha do serviço'. E, no caso, é exuberante a falha administrativa. Não é possível deslocar a questão para o debate em torno do erro judiciário. Na verdade, o autor do dano tinha movimentadíssima folha de antecedentes, com prévias condenações. Havia fugido a 27.03.1989, sendo recapturado em 23 de abril do mesmo ano. *Ora, o lastimável evento se deu em 10 de abril. Portanto, durante lapso temporal em que o assassino esteve fugado. E a fuga de presídio, lançando-se à rua perigoso delinqüente, corresponde à inequívoca falta o serviço. Mas, mesmo que se queira colocar que o assassino estava sob regime semi-aberto e que não estaria em situação de fuga quando se deu o evento, coisa difícil de se aceitar até diante dos documentos trazidos pelo Estado*. Percebe-se

que, até a demora na comunicação da fuga, é exato que o regime semi-aberto não permitiria ao condenado a liberdade de que desfrutava. Máxime a falta ao pernoite, ou pelo menos, faltou controle, sendo responsável, novamente, o Estado. É tranqüila a jurisprudência a respeito da desvigilância sobre presos, com conseqüente fuga destes, e a responsabilidade do Estado. Os fatos evitam o argumento genérico de um mero dever de dar segurança, como se o Estado fosse responsável por algum tipo de seguro de vida ou patrimônio. *No caso, é evidente a falta do serviço, em que perigosíssimo delinqüente conseguiu fugir ou não teve o menor acompanhamento, quanto ao regime prisional que cumpria.*

Também assim decidiu o TJMG: 'Responsabilidade civil do Estado- Homicídio cometido por foragido de presídio contra terceiro - Falha do serviço na vigilância de criminoso de alta periculosidade - Nexo causal caracterizado. *Provado que o assassino era foragido da Penitenciária de Linhares; inegável o nexo entre a violência por ele praticada e a falha objetiva do serviço carcerário, como causa do dano. A insuficiente vigilância de facínoras perigosos, como no caso, é falha objetiva do serviço público, atribuível aos respectivos agentes, donde a responsabilidade do Estado, à luz da Constituição*.

Na mesma linha, acórdão do TJPR, relatado pelo Des. Renato Pedroso: Na espécie em exame, o evento danoso está representado elo prejuízo sofrido pelos autores embargados em conseqüência de roubo de jóias praticado por bando armado contra a joalheira daqueles. Trata-se de fato incontroverso, No que concerne ao nexo de causalidade, verifica-se que um dos componentes do bando, Nicolau, na qualidade de preso-condenado, fugiu, em 13.09.1993, do Hospital, para onde fora provisoriamente removido para suposto tratamento de saúde, tendo, cerca de vinte e um meses depois, participado da referida atividade criminosa. *Sua fuga decorreu de defeito do sistema penitenciário, configurado pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso.* O fato de este encontrar-se recolhido temporariamente a uma casa de saúde não importava a redução da vigilância, sabido que se tratava de preso perigoso. O prejuízo sofrido pelos lesados representa conseqüência direta da conduta desses funcionários, que, ao se descuidarem do seu dever de vigilância, deram causa a que o preso, tempos depois da fuga, se associasse a outros elementos igualmente perigosos e, na qualidade de mentor, líder ou chefe do bando, organizasse o roubo.

(...)

A questão desloca-se, assim, do eventual reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, para o âmbito de verificação do nexo de causalidade entre o ato danoso praticado pelo criminoso foragido e as circunstâncias de sua fuga do presídio.

Como se sabe, a questão do nexo de causalidade apresenta-se eivada de dificuldades no direito privado, agravadas quando se busca definir o nexo de causalidade em sede de direito público.

Em condições tais, não é de se excluir eventual responsabilidade civil do Estado se as circunstâncias de fato permitem o reconhecimento de nexo de causalidade entre a fuga e o dano - assim, por exemplo, se, ao empreender a fuga, facilitada pelas deficiências ou falhas do serviço prisional, o detento vem a causar danos ao particular, visando assegurar o êxito da fuga empreendida.

Quanto aos atos ilícitos praticados pelo recluso por ocasião e suas saídas temporárias do presídio, as soluções jurisprudenciais orientam-se no sentido de se verificar, antes, se a autorização para as saídas dos presidiários teria sido regular ou não.(...) (*In* Responsabilidade Civil do Estado, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, páginas 426/429).

No que tange ao *quantum* referente à indenização material e moral, posiciona-se a jurisprudência desta Corte, nos termos dos seguintes arestos:

Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos profissionais da entidade hospitalar municipal. O*nus probandi*.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. 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.

2. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Hospital Municipal, em decorrência de falecimento de filha, menor, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).

3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.

4. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal),

posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

5. *In casu*, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, não se aplica o art. 159 do Código Civil, mas o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

6. A 2ª Turma desta Corte no julgamento de hipótese análoga - responsabilidade civil do estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos - em sede de Recurso Especial n. 433.514-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 21.02.2005, decidiu*, verbis:*

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do estado.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

5. Incidência de indenização por danos morais.

6. Recurso especial provido.

7. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)", sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexo causal:

também denominado nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consectariamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despiciendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

8. Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do estado, impõe-se ao lesado demonstrar a ocorrência do fato administrativo (diagnóstico errôneo), do dano (morte da filha da autora) e nexo causal (que a morte da criança decorreu de errôneo diagnóstico realizado por médico de hospital municipal).

9. Consectariamente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexo de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

10. Deveras, na hipótese vertente, o acórdão deixou entrever que o Hospital Municipal São José não produziu prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, consoante se infere do voto de fls. 280/287, o que revela o provimento do recurso especial.

11. A indenização devida a título de danos materiais, segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula n. 491, implica no reconhecimento do direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos. Precedente do STJ: REsp n. 514.384-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 10.05.2004.

12. No que pertine aos danos morais, esta Corte, aplicando o princípio da razoabilidade, tem reconhecido o direito à referida indenização, nestes termos:

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.

2. Razoabilidade na fixação dos danos morais em 300 (trezentos) salários mínimos.

3. Recurso parcialmente provido.(REsp n. 507.120-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10.11.2003).

13. *Recurso especial provido para: a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que*

completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.(REsp n. 674.586-SC Relator Ministro Luiz Fux, DJ 02.05.2006).

Civil e Processual. Ação indenizatória. Queda de composição ferroviária. Morte de passageiro menor de idade. Danos morais. Valor irrisório. Majoração. Danos materiais devidos. Atividade remunerada. Não-comprovação. Família humilde. Pensão devida.

I. Responsabilidade da ré reconhecida à luz dos fatos (Súmula n. 7) e por fundamento constitucional, de impossível revisão pelo STJ.

II. Possível a excepcional intervenção do STJ quando o valor do dano moral foi arbitrado em patamar que muito inferior àquele admitido em casos análogos.

III. Devido o ressarcimento a título de danos materiais, também no pressuposto de que, em se tratando de família humilde, o filho falecido iria colaborar com a manutenção do lar onde residia com sua genitora.

IV. *Pensão fixada em dois terços (2/3) do salário mínimo, reduzida a 1/3 (um terço) a partir da data em que a vítima atingiria 25 anos, quando, pela presunção, constituiria nova família, até a longevidade provável prevista em tabela expedida pela Previdência Social, se até lá viva estiver a mãe.*

V. Recurso conhecido em parte e provido. (REsp n. 740.059-RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 06.08.2007).

Sob esse prisma, restauro a sentença de primeira instância, para *condenar o réu a pagar aos autores pensão mensal no valor de 2/3* ***(dois terços) do salário mínimo*** *vigente à data do pagamento, a contar da data em que o filho dos autores completaria 14 anos até a* ***data em que completaria 25 anos****. A partir dessa data deve o valor da pensão ser* ***reduzido para 1/3 (um terço) do salário mínimo, a ser pago até a data em que a criança completaria 65 anos*** *ou em que falecerem os beneficiários, o que vier primeiro.*

No que tange à indenização moral, condeno Distrito Federal ***ao pagamento do valor correspondente a 300 (trezentos) salários mínimos****, devidos aos autores a título de indenização por danos morais.*

Por fim, determino, para fins de fixação do percentual dos juros moratórios, a aplicação do índice de 6% ao ano (CC/1916, art. 1.062), *da data do evento lesivo (e não da citação*) até a entrada em vigor do CC/2002 e, a partir desta data, a incidência da taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento

de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC/2002, art. 406), nos termos dos seguintes precedentes:

> Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Acidente de trânsito. Morte. Alegada ofensa ao art. 1.357, II, do CC/1916. Falta de prequestionamento. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Suposta violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Não-ocorrência de decisão ultra petita. Juros moratórios legais. Índices (arts. 1.062 do CC/1916 e 406 do CC/2002). Mérito. Reapreciação de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Contrariedade ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Precedentes.
>
> 1. Não se conhece da suposta ofensa ao art. 1.357, II, do CC/1916, por falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.
>
> 2. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada e comprovada (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, 255), sob pena de não-conhecimento.
>
> 3. A recorrida formulou pedido genérico de condenação, remetendo ao juízo a fixação do valor e da forma de pagamento. Logo, o arbitramento de indenização total no valor de R$ 108.000,00, em parcela única, não configura vício *ultra petita*, pois a prestação jurisdicional deu-se nos exatos limites objetivos do pedido, com observância do princípio processual da congruência (CPC, arts. 2º, 128 e 460).
>
> 4. Aplica-se o índice de 6% ao ano (CC/1916, art. 1.062), da data do evento lesivo até a entrada em vigor do CC/2002; a partir dessa data, incide a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC/2002, art. 406).
>
> 5. O Tribunal de Justiça, com base no exame de fatos e provas, concluiu que: (I) foram comprovados o ato lesivo, o dano e o nexo de causalidade; (II) a indenização arbitrada é razoável e proporcional à lesão. Desse modo, o julgamento da pretensão recursal, para fins de se afastar a condenação ou reconhecer a excludente de responsabilidade civil, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula n. 7-STJ).
>
> 6. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.
>
> 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.(REsp n. 688.536-PA Relator Ministra Denise Arruda, DJ 18.12.2006)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil extracontratual. Indenização. Danos morais e materiais. Alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Juros moratórios. Índice. Violação do art. 406 do CC/2002. Precedentes. Parcial provimento.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pela parte, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

2. Aplica-se o índice de 6% ao ano (CC/1916, art. 1.062), da data do ato lesivo até a entrada em vigor do CC/2002; a partir dessa data, incide a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC/2002, art. 406).

3. A interpretação do art. 406 do CC/2002, c.c. o 161, § 1º, do CTN, recomenda a aplicação de juros moratórios de 12% ao ano, a partir da vigência do CC/2002 (11.01.2003).

4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 830189-PR Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 07.12.2006)

Recurso especial. Dano moral. Inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Revisão do valor. Violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Juros de mora. Data da citação. Art. 406 do Código Civil de 2002. Aplicabilidade. Recurso provido.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação.

2. Esta Corte de Justiça já firmou entendimento que devem ser fixados os juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, até o advento do Novo Código Civil, quando serão calculados nos termos de seu art. 406.

3. Recurso provido. (REsp n. 856.296-SP Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 04.12.2006).

Processual Civil. Prequestionamento. Súmula n. 211. Litigância de má-fé. Reexame de provas. Súmula n. 7. Juros de mora. Arts. 406 do CC/2002 e 1.062 do CC/1916. Divergência não configurada.

- Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

- Os juros moratórios devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo artigo 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo artigo 406 do atual Código Civil, na razão de 1 % ao mês.

- Nega-se provimento a agravo que visa a subida de Recurso Especial *interposto pela alínea* **c**, *sem demonstração de divergência, nos moldes exigidos pelo Art. 541, parágrafo único, do CPC. (AgRg no Ag n. 766.853-MG Relator Ministro Humberto Gomes de Barros DJ 16.10.2006)*.

Ex positis, *dou provimento* ao recurso especial, para restaurar a condenação fixada na sentença proferida pelo juízo *a quo*, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de Recurso Especial (fls. 226/242) interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais decorrente da morte de menor, atingido por "bala perdida", disparada por menor que uma semana antes havia foragido de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semi-liberdade. O aresto foi assim ementado:

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Morte de terceiro em decorrência de “bala perdida”. Menor foragido de casa de semi-liberdade. Inexistência de nexo causal entre o dano causado e a omissão atribuída ao poder público.

- A adoção da responsabilidade objetiva do Estado, com base na teoria do risco administrativo, exige apenas a prova da prática do ato do agente, no exercício de suas atribuições, a comprovação do dano e a relação de causalidade, não se mostrando aplicável na hipótese, uma vez que não restou comprovada a prática de qualquer ato lesivo por agente do Poder Público.

- Para que seja configurada a responsabilidade civil subjetiva do Estado, necessária a comprovação de que o alegado ato omissivo se deu por dolo ou culpa.

- Não há como se atribuir ao Estado a responsabilidade civil pela morte de uma pessoa em decorrência de “bala perdida” disparada por um menor foragido de entidade de atendimento onde vinha cumprindo medida sócio-educativa em regime de semiliberdade, se não demonstrado que a fuga do menor foi fator determinante na prática do ato infracional, ou seja, que houve nexo de causalidade entre a

omissão atribuída ao poder público, em razão da fuga do menor, e o dano causado a terceiro.

- Embargos improvidos. Unânime.

Nas razões do recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, os recorrentes apontam ofensa ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, ao art. 186 do Código Civil e ao art. 112, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.210/1984, pois (a) "acaso adotada a responsabilidade objetiva (...), não restará nenhuma dúvida pela configuração da responsabilidade", porquanto "o dano foi evidente e incontroverso, ou seja, a morte do menor (...) é fato, por óbvio, inquestionável, tendo o nexo causal sido enfaticamente demonstrado em razão de o assassino confesso do referido menor ser fugitivo do sistema carcerário do DF" (fl. 239); (b) "acaso seja adotada a tese da responsabilidade subjetiva, mesmo assim persiste a responsabilidade do DF" (fl. 239), porque "o dano decorreu diretamente da omissão do Estado" (fl. 241).

O relator, Min. Luiz Fux, deu provimento ao recurso especial, em voto assim ementado:

Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Fuga de menor delinqüente. Regime de semi-liberdade. Bala perdida que ocasionou morte de criança. Desídia do Estado. Foragido. Culpa *in vigilando.* Manifesta ocorrência. Dever de indenização.

1. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor de ente da federação, *com fulcro nos artigos 37, § 6º da CF, 186 do Código Civil Brasileiro e 112, § 1º da Lei de Execuções Penais Lei n. 7.210/1993 - modificada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003*, ao argumento de que um projétil disparado por arma de fogo de menor foragido (bala perdida), em plena via pública, atingiu de forma fatal criança, à época com *quatro anos* de idade, na frente da sua casa.

2. O acórdão recorrido se lastreia em fundamento único, qual a da responsabilidade estatal, sob duplo enfoque da legislação constitucional e infraconstitucional, desafia recurso especial.

3. *In casu,* restou assentado na sentença *a quo* a manifesta desídia do Estado em impedir fuga de presidiários, porquanto *o próprio Coordenador da Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga, em depoimento nos autos, afirma que na referida casa há uma média de* ***oito a dez*** *evasões por mês. Vê-se assim, que* ***as fugas são absolutamente previsíveis, inclusive tem-se a média mensal da desídia na prestação do serviço de segurança pública.*** *(fls. 123).*

4. A teoria da *faute du service public* caracteriza-se como o 'não funcionamento ou funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento do serviço que o Poder

Público deve prestar', sendo plenamente aplicável à hipótese dos autos, porquanto indubitavelmente demonstrada a falha do Poder Público em proteger o cidadão comum de violência praticada por criminoso sob a custódia estatal.

5. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em março de 2006, assentou a tese de que *impõe-se a responsabilidade do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão,* ***sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie****, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.*

Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro." (Recurso Extraordinário n. 409.203-4-RS, Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, DJ 20.04.2007.

6. Deveras, impõe-se a responsabilização estatal ante a omissão em impedir que apenado condenado ao regime semi-aberto lograsse êxito em prosseguir na criminalidade, máxime quando a promoção da segurança pública constitui seu dever constitucional, bem como direito de todos, a fim de preservar a ordem pública, bem como a incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144, *caput*, Constituição Federal).

7. *Ao dever do Estado de zelar pela integridade física do recluso corresponde também, o dever de fiscalizar e preservar sua segregação carcerária, podendo resultar que, da falha administrativa na execução desse serviço, os presidiários fugitivos ou com saídas temporárias autorizadas venham a cometer crimes.* (*Yussef Said Cahali* in Responsabilidade Civil do Estado, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 426).

8. Segundo Rui Stocco, "a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. *Não tomou providências quando estas eram exigidas*. Omitiu-se, danosamente, quanto exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público."(*In*, "A Responsabilidade Subjetiva do Estado por Comportamentos Omissivos", Revista Jurídica 332 - Junho/2005 - Doutrina Cível - páginas 9 a 16)

9. O nexo causal extrai-se da omissão estatal em aplicar corretamente a execução da pena imposta e o conseqüente dano (evento morte), que jamais ocorreria, se não fosse a inércia do Estado em vigiar o detento, que portava, inclusive, arma de fogo.

10. Recurso especial provido, para restaurar a condenação fixada pelo juízo *a quo*.

Pedi vista.

2. Há dificuldade em ver atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso, uma vez que o acórdão recorrido decidiu a causa invocando unicamente o art. 37, § 6º da Constituição Federal. Por ofensa a norma constitucional, o recurso adequado é o extraordinário e não o especial. Os recorrentes invocam, outrossim, ofensa ao art. 186 do Código Civil e ao art. 112, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). O primeiro trata da responsabilidade civil por atos ilícitos de natureza culposa (negligência, imprudência ou imperícia) e não da responsabilidade por atos de agentes estatais, que, no Código Civil, está prevista no art. 43, dispositivo que a doutrina especializada considera ultrapassado à luz do que estabelece a Constituição (v.g.: Bacellar Filho, Romeu Felipe, Direito Administrativo e o novo Código Civil, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2007, p. 224). Já o art. 112 e seus dois parágrafos da Lei n. 7.210/1984 tratam do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, matéria absolutamente estranha e sequer aventada no julgamento do caso. O relator, mesmo assim, conheceu do recurso com base nessa legislação ordinária. A rigor, apenas a matéria do art. 112 do Código Civil pode ser considerada prequestionada implicitamente, e nesses limites é que o recurso pode ser conhecido.

3. No mérito, a controvérsia tem eixo específico: o do nexo causal. Persiste a divergência doutrinária ou jurisprudencial a respeito da natureza da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, inclinando-se a corrente majoritária no sentido de considerá-la de natureza subjetiva e não objetiva. Resenha dessa polêmica e das várias correntes a respeito estão referidas por Luciano Ferraz em "Responsabilidade do Estado por omissão legislativa", *apud* "Responsabilidade Civil do Estado", obra coletiva, org. Juarez Freitas, Malheiros, 2006, p. 215. Seja objetiva, seja subjetiva a responsabilidade em tais casos, o que ninguém questiona é a indispensabilidade, em qualquer das hipóteses, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão estatal é o evento danoso. Ora, é justamente essa a questão central a ser enfrentada no presente caso.

4. Por nexo causal entende-se a relação – de natureza lógico-normativa, e não fática – entre dois fatos (ou dois conjuntos de fato): a conduta do agente e o resultado danoso. Fazer juízo sobre nexo causal não é, portanto, revolver prova, e sim estabelecer, a partir de fatos dados como provados, a relação lógica (de causa e efeito) que entre eles existe (ou não existe). Trata-se, em outras palavras, de pura atividade interpretativa, exercida por raciocínio lógico e à luz do sistema

normativo. Daí não haver qualquer óbice de enfrentar, se for o caso, mesmo nas instâncias extraordinárias (recurso especial ou recurso extraordinário), as questões a ele relativas. Nesse ponto, é pacífica a jurisprudência assentada no STF (especialmente ao tratar da responsabilidade civil do Estado), no sentido de que o exame do nexo causal, estabelecido a partir de fatos tidos como certos, constitui típica atividade de qualificação jurídica desses fatos e não de exame de prova. Paradigmático, nesse sentido, o precedente do RE n. 130.764, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.1992.

5. Sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, um princípio (denominado, por alguns, de princípio de causalidade adequada e, por outros, princípio do dano direto e imediato) cujo enunciado pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, a *contrario sensu*, do art. 159 do CC/1916 e do art 927 do CC/2002, – Caio Mario da Silva Pereira, "Responsabilidade Civil", 7ª ed., Forense, p. 76 – e que fixa a indispensabilidade do nexo causal), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a outra (que decorre do art. 1.060 do CC/1916 e do art. 403 do CC/2002 e que fixa o conteúdo e os limites do nexo causal) segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso. A doutrina ilustra melhor o que se afirmou. Sobre a primeira parte do enunciado, esclarece didaticamente Sérgio Cavalieri Filho que "não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito" ("Programa de Responsabilidade Civil", Malheiros, 5ª ed., p. 65; no mesmo sentido: Luiz da Cunha Gonçalves, "Tratado de Direito Civil", vol. XII, T. II, 1957, p. 560). E prossegue, mais adiante: "A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi a causa do dano. Determina se o resultado surge como conseqüência natural da voluntária conduta do agente. Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado (...). Pode-se afirmar que o nexo causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...) mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal" (p. 66). E sobre a segunda parte, invocando lição de consagrados doutrinadores em tema de responsabilidade civil (Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Agostinho Alvim) Sérgio Cavalieri Filho esclarece que, no sistema brasileiro, "... enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo,

em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (...), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva" (*op. cit*., p. 68/9). Reproduz, mais adiante, a doutrina de Caio Mario a respeito da causalidade adequada: "Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar os fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza. Em conseqüência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da causalidade adequada, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquela que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade' (Responsabilidade Civil, 9ª ed., Forense, p. 79)".

É essa também a orientação da jurisprudência. No RE n. 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.1992, o Ministro Moreira Alves, com sua reconhecida autoridade, sumariou a questão nos seguintes termos: "Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., n. 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa ...".

A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente).

6. Com base nesses pressupostos, examine-se o caso concreto. Os elementos de fato são incontroversos. Um menor, que estava cumprindo medida sócio-educativa em regime de semi-liberdade (podendo ausentar-se durante o dia, desde que autorizado, devendo retornar no período noturno), evadiu-se do estabelecimento em que estava custodiado (Casa de Semi-liberdade de Taguatinga). Esse o primeiro fato. O outro fato é o que produziu o dano: oito dias após a evasão, o mesmo menor envolveu-se em tiroteio com um desafeto, sendo que um disparo por ele desferido atingiu uma criança de quatro anos, filho dos recorrentes, causando-lhe a morte (e, portanto, os danos aqui reclamados). Pergunta-se: o primeiro fato pode ser tido como causa direta e imediata do segundo? Ou, visto pelo outro ângulo: o segundo fato pode ser tido como efeito necessário do primeiro?

A resposta, induvidosamente, é negativa. É inequívoca a ausência de nexo causal. O evento danoso descrito na petição inicial não decorreu direta e imediatamente da deficiência atribuída ao serviço público em relação à vigilância do infrator sob sua custódia. O evadido estava em regime de semi-liberdade, o evento danoso ocorreu oito dias após a evasão, em horário que, mesmo que não se evadisse, estaria fora da custódia do Estado (o recolhimento ao estabelecimento estatal se dava apenas no horário noturno). Ademais, o tiroteio não foi provocado nem teve a participação de nenhum agente estatal. Conforme refere a própria petição inicial, houve "tiros disparados por dois jovens. Um deles em uma bicicleta ativada contra um segundo que corria à sua frente" (fls. 04). Assim, até pela distância temporal, não há como estabelecer relação alguma entre a falta do dever de vigilância do Estado, que propiciou a fuga, e o tiroteio entre o foragido e seu desafeto, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima. Nem a negligência do serviço foi causa direta e imediata do evento danoso (o tiroteio e a "bala perdida"), nem o dano foi efeito necessário daquela deficiência. Estabelecer nexo causal entre tais fatos significaria, na prática, atribuir ao Estado a responsabilidade civil objetiva por qualquer ato danoso praticado por quem deveria estar sob custódia carcerária e não está, seja porque se evadiu, seja porque não foi capturado pelos agentes estatais. Seria a consagração do seguro estatal universal em relação a atos danosos praticados por foragidos. Ademais, conforme salientou o acórdão recorrido, "(...) naquele momento fatídico, o menor, que vinha cumprindo medida sócio-educativa em regime de semi-liberdade, tanto poderia estar na Casa de Semi-liberdade como também exercendo atividades externas, como estudar ou trabalhar e, nesse caso, não haveria como determinar se o menor voltaria ou não a delinqüir quando estivesse ausente. Sendo assim, não se pode inferir que a fuga do menor foi fator determinante na prática do ato infracional, ou seja, que houve liame causal entre

a fuga e o dano verificado, não estando, pois, comprovado o dolo ou culpa do Distrito Federal" (fl. 221).

7. A hipótese guarda semelhante, em vários aspectos, com os seguintes precedentes do STF:

> Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.
>
> - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/1969 (e, atualmente, no § 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.
>
> - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.
>
> - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexiste, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/1969, a que corresponde o § 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.
>
> Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE n. 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.1992).

> Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil das pessoas públicas. Ato omissivo do poder público: latrocínio praticado por apenado fugitivo. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. CF., art. 37, § 6º.
>
> I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes,

a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE n. 172.025-RJ, Ministro Ilmar Galvão, D.J. de 19.12.1996; RE n. 130.764-PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ n. 143/270.

IV. - RE conhecido e provido. (RE n. 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004).

Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Latrocínio praticado por preso foragido, meses depois da fuga.

Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos.

Precedente da Primeira Turma: RE n. 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 172.025-5, 2ª T., Min. Ilmar Galvão, DJ de 19.12.1996).

Recurso extraordinário. 1. Responsabilidade civil do Estado. 2. Morte. Vítima que exercia atividade policial irregular, desvinculada do serviço público. 3. Nexo de causalidade não configurado. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE n. 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007).

8. Pelas considerações expostas, nego provimento, divergindo do relator. É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Denise Arruda:

> Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Morte decorrente de "bala perdida". Menor infrator que fugiu de estabelecimento prisional. Nexo de causalidade. Inexistência. Teoria do dano direto e imediato. Precedentes.

1. A responsabilidade do Estado por omissão não dispensa, entre outros, o requisito do nexo de causalidade entre o dano causado a terceiros e a conduta omissiva atribuída a seus agentes.

2. Adotando a teoria do dano direito e imediato, o Supremo Tribunal Federal, consagrou entendimento no sentido de que, em regra, inexiste nexo de causalidade entre a suposta falha do sistema penitenciário local e o ato ilícito, consubstanciado nas infrações cometidas pelo foragido posteriormente à fuga, quando o evento danoso não tiver como causa necessária e determinante a evasão do preso. Em outras palavras, se, para fugir, o sujeito pratica crimes e causa danos a terceiros, por óbvio, o Estado deve ser responsabilizado, uma vez que está claramente configurado o nexo de causalidade entre a omissão do Estado que ensejou a fuga e os danos causados a terceiros. No entanto, se, após decorrido certo lapso temporal, o foragido pratica algum ato ilícito, o ente estatal somente poderá ser responsabilizado se for comprovado o liame causal entre sua evasão do sistema prisional e o dano causado a terceiro, no sentido de que aquela direta e imediatamente acabou ensejando este. Precedentes.

3. É certo que, em determinadas circunstâncias, aquela Corte Suprema tem admitido que, excepcionalmente, se configura o nexo de causalidade entre o ato omissivo do Estado, consubstanciado na fuga do preso, e o dano causado à vítima do ato delituoso, sob o fundamento de que há casos em que a peculiaridade dos fatos permite concluir que *o dano está direta e imediatamente ligado à evasão do infrator do sistema prisional*. Nesse sentido: RE n. 136.247-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18.08.2000; RE n. 409.203-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 20.04.2007. Nesses casos, o Estado somente pode ser responsabilizado se for demonstrada a existência de nexo causal entre a omissão do ente estatal ensejadora da fuga do preso e os danos causados às vítimas das infrações posteriormente ocorridas, ou seja, apenas se houver comprovação de que a evasão do sistema prisional é causa direta e imediata dos eventos danosos.

4. Cumpre registrar que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 669.258-RJ, de relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em 27 de fevereiro de 2007, analisou questão similar à dos presentes autos, entendendo, na oportunidade, que não se configurou o nexo causal entre a omissão do

Estado e o dano causado a terceiro por apenado, o qual não estava sob a custódia estatal no momento do evento danoso, conforme noticiado no Informativo n. 311-STJ, *in verbis*:

> Responsabilidade civil. Estado. Acidente de trânsito.
>
> Trata-se de ação indenizatória na qual se busca a responsabilidade civil do Estado em razão do dano causado por pessoa que, no momento do acidente de trânsito, deveria estar reclusa, sob custódia do Estado. No caso, um apenado dirigia na contramão quando atingiu uma motocicleta, ferindo, gravemente, o motociclista e seu carona. O condutor do veículo deveria estar recluso naquele momento, pois cumpria pena em prisão albergue, em progressão de pena privativa de liberdade e só não estava recolhido em razão de os agentes estatais possibilitarem que dormisse fora. A Turma, por maioria, entendeu que o Estado não pode ser responsabilizado, pois, na espécie, o ato estatal que permitiu ao albergado sair de sua custódia, por si só, não é causa adequada para a ocorrência do dano, inexistindo, então, nexo de causalidade entre a omissão dos agentes públicos e o dano causado ao ora recorrente. Logo, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento.

5. Na hipótese dos autos, efetivamente houve falha no serviço do Estado quando da fuga do menor infrator, mas isso não é suficiente para responsabilizá-lo pelos delitos praticados posteriormente pelo indivíduo.

6. As circunstâncias apresentadas pelas instâncias de origem evidenciam que o nexo de causalidade não está configurado, na medida em que *o evento danoso não está imediatamente ligado à fuga* - há um lapso temporal razoável entre a ocorrência do ato ilícito e a evasão do infrator do sistema prisional -, bem como que há *fatos que descaracterizam a relação direta entre ambos os eventos*. A omissão atribuída ao Estado não está diretamente ligada com o dano causado a terceiros, na medida em que outras causas independentes contribuíram para a ocorrência do evento delituoso: a morte do amigo do infrator por outros delinqüentes, o conluio daquele com seu comparsa para matar os responsáveis, a rivalidade entre as gangues locais, entre outros fatos narrados pelas instâncias ordinárias. A fuga da Casa de Semiliberdade de Taguatinga não foi causa eficiente e definitiva para a ocorrência do dano, considerando que o regime de cumprimento da medida socioeducativa era o semi-aberto - no qual

o menor estava autorizado a sair no período diurno, *sem vigilância direta,* para estudar, nos termos do art. 122 da Lei de Execuções Penais -, de maneira que, ainda que ele estivesse cumprindo a pena imposta, teria tempo suficiente em liberdade, durante o período do dia - horário em que ocorreu o evento (15h) -, para cometer o lamentável delito. E, como bem salientou o Ministro Teori Albino Zavascki, "o tiroteio não foi provocado nem teve a participação de nenhum agente estatal".

7. Por fim, cabe salientar que a responsabilidade do Estado por omissão não pode esquivar-se à aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do princípio da reserva do possível, sob pena de se passar a conceber o Estado como uma espécie de *segurador universal*. Assim, para se responsabilizar o ente estatal, além da configuração do nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão imputável ao agente público, deve ser analisado se a conduta do Estado pautou-se dentro da esfera do possível - do razoavelmente esperado, portanto, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Hipótese devidamente configurada nos autos.

8. Diante do exposto, peço vênia ao eminente Ministro Relator, para acompanhar a divergência, negando provimento ao recurso especial.

1. O presente recurso especial foi interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no qual se entendeu que não haveria "como se atribuir ao Estado a responsabilidade civil pela morte de uma pessoa em decorrência de 'bala perdida' disparada por um menor foragido de entidade de atendimento onde vinha cumprindo medida sócio-educativa em regime de semiliberdade, se não demonstrado que a fuga do menor foi fator determinante na prática do ato infracional, ou seja, que houve nexo de causalidade entre a omissão atribuída ao poder público, em razão da fuga do menor, e o dano causado a terceiro" (fl. 216).

Em suas razões recursais, os recorrentes sustentam, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 37, § 6º, da Constituição Federal, 186, do Código Civil, e 112, caput e parágrafo único, da Lei de Execuções Penais. Alegam, em síntese, que: (a) está devidamente configurado o nexo causal entre a conduta do foragido do sistema prisional local e a morte da criança, na medida em que a omissão dos agentes públicos, deixando de manter o

infrator sob a custódia penal, foi decisiva para o resultado alcançado; (b) o "Egrégio TJDFT entendeu, *permissa venia*, com absoluta ausência de percepção de Justiça, que o fato de o infrator ser foragido de casa aonde cumpria medida em regime de semiliberdade, e pelo fato de o crime ter acontecido às 15h, não há que se falar em responsabilidade do Estado. Ora, *concessa venia,* o regime estipulado na sentença condenatória decorre de aferição realizada pelo Estado, no sentido de melhor solucionar e envidar à ressocialização do infrator. Ou seja, é o próprio Estado, dentro de suas responsabilidades e competências, agindo e determinando a vida do infrator dali em diante. Não se podendo imaginar tal situação como ausência de responsabilidade do Estado" (fls. 237/238); (c) ainda que não se entenda configurada a responsabilidade objetiva do ente estatal, deve ele ser responsabilizado subjetivamente, tendo em vista a existência de culpa in vigilando. Isso, porque se o menor infrator não estivesse foragido, mas cumprindo a pena imposta, ainda que em regime de semiliberdade, o evento não teria ocorrido, porquanto o agente estaria, na hora de ocorrência do delito, em curso profissionalizante em instituição do próprio Distrito Federal, portanto, sob a custódia do Estado.

Levado o feito a julgamento, o Ministro Relator, Luiz Fux, proferiu seu voto, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento, sob o fundamento de que foi "indubitavelmente demonstrada a falha do Poder Público em proteger o cidadão comum de violência praticada por criminoso sob a custódia estatal". Afirma, ademais, que "as fugas daquela Casa de Semi-Liberdade de Taguatinga-DF eram absolutamente previsíveis, razão pela qual configurada a desídia na prestação do serviço de segurança pública e, conseqüente, culpa *in vigilando* do Estado", impondo-se, assim, a "responsabilização estatal ante a omissão em impedir que apenado condenado ao regime semi-aberto lograsse êxito em prosseguir na criminalidade, máxime quando a promoção da segurança pública constitui seu dever constitucional, bem como direito de todos, a fim de preservar a ordem pública, bem como a incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144, caput, Constituição Federal)".

Após, o Ministro Teori Albino Zavascki pediu vista dos autos. Proferiu seu voto, na sessão de 18 de março de 2008, no sentido, contudo, de negar provimento ao recurso especial, por entender que não se encontrava presente o nexo causal a caracterizar a responsabilidade do ente estatal. Isso, porque, segundo o princípio da causalidade adequada, somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso; no entanto, na hipótese dos autos, "não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado

(que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a 'bala perdida' que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado".

Antecipando seu voto, o Ministro José Delgado acompanhou o Ministro Luiz Fux, esclarecendo que tanto a falta do serviço como a *culpa in vigilando* do Estado ensejaram o evento danoso, devendo, portanto, ser ele responsabilizado pelos danos morais e materiais causados.

Posteriormente, pedi vista dos autos.

É o relatório.

2. *Inicialmente*, o recurso especial não merece ser conhecido em relação à alegada: (a) ofensa ao art. 37, § 6º, da CF/1988, tendo em vista que o exame de suposta violação de dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Federal, pela via do recurso extraordinário, de modo que é vedado a esta Corte Superior realizá-lo, em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento (REsp n. 396.543-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.11.2003; AgRg no Ag n. 454.300-DF, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.10.2002; AgRg no REsp n. 410.790-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.06.2002); (b) divergência jurisprudencial, na medida em que não há similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma. Enquanto no primeiro a controvérsia cinge-se à análise da responsabilidade do Estado por dano decorrente de infração cometida por menor foragido do sistema prisional - o qual disparou arma de fogo, em meio a uma discussão com terceiros, e acabou ocasionando a morte de uma criança -, no segundo o evento danoso decorreu de troca de disparos de arma de fogo, em via pública, entre agentes públicos e terceiros (Resp n. 230.487-SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.06.2005; AgRg no REsp n. 533.801-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16.05.2005; REsp n. 442.339-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 06.09.2004).

Desse modo, o pleito recursal deve ser conhecido apenas no tocante às ditas violações dos arts. 186, do Código Civil, e 112 da Lei n. 7.210/1993 - Lei de Execuções Penais.

Nesse ponto, portanto, acompanho o voto do Ministro Relator.

3. *No mérito*, a controvérsia cinge-se à análise da possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao Estado, com sua conseqüente condenação

à indenização por danos morais e materiais, tendo em vista a morte de menor provocada por fugitivo de sistema prisional, o qual, disparando arma de fogo contra desafeto, acabou atingindo a vítima.

A respeito do tema, é importante salientar que, embora haja divergência de entendimento, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, quanto à natureza da responsabilidade do Estado em caso de omissão - se subjetiva ou objetiva -, isso não afeta diretamente a análise da questão. Isso, porque, em ambas as hipóteses, a responsabilização do ente estatal está condicionada ao preenchimento dos mesmos *requisitos gerais* para sua configuração, quais sejam: (a) a existência do dano e da omissão estatal; (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento negativo do agente público; (c) a oficialidade da atividade imputável ao agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta omissiva; (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade do Estado.

Desse modo, ausente qualquer um desses elementos, fica afastada a responsabilidade do ente estatal pelos danos eventualmente causados a terceiro.

Nesse contexto, pode-se inferir que a responsabilidade do Estado por omissão não dispensa, entre outros, o requisito do nexo de causalidade entre o dano causado a terceiros e a conduta omissiva atribuída a seus agentes. Como bem ressaltou o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto-vista, para se concluir pela responsabilização civil do Estado, deve-se antes aferir a efetiva ocorrência do nexo causal, adotando-se, para tanto, a teoria do dano direto e imediato, ou seja, somente se considera existente o nexo de causalidade quando "*o dano é efeito necessário de uma causa*".

Na lição de Hely Lopes Meirelles, na hipótese de omissão estatal, "a falta do nexo de causalidade também acaba por excluir a responsabilidade. A *faute du service* não dispensa a prova desse requisito, e na sua aferição a teoria adotada pela ordem jurídica é a do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção no nexo causal, que só o admite quando o dano é o efeito necessário da causa (ação ou omissão). Assim, ensina Agostinho Alvim, os danos, 'em regra, não são indenizáveis porque deixam de ser o efeito necessário pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis'." (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 651).

Adotando a teoria do dano direto e imediato, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 130.764-PR (1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 07.08.1992), reconheceu que o nexo de causalidade é indispensável para

a configuração da responsabilidade civil em caso de omissão estatal. Na hipótese, entendeu aquele Tribunal que não estava caracterizado o nexo causal, porquanto "o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão *não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública* que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão".

Seguindo essa orientação, podem ser citados os seguintes precedentes daquela Corte:

> Ação Rescisória. 2. Ação de Reparação de Danos. Assalto cometido por fugitivo de prisão estadual. Responsabilidade objetiva do Estado. 3. Recurso extraordinário do Estado provido. *Inexistência de nexo de causalidade entre o assalto e a omissão da autoridade pública que teria possibilitado a fuga de presidiário, o qual, mais tarde, veio a integrar a quadrilha que praticou o delito, cerca de vinte e um meses após a evasão. 4*. Inocorrência de erro de fato. Interpretação diversa quanto aos fatos e provas da causa. 5. Ação rescisória improcedente. (AR n. 1.376-PR, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Revisor Min. Cezar Peluso, DJ de 22.09.2006, grifou-se)
>
> Agravo regimental no recurso extraordinário. Homicídio cometido por fugitivo de prisão estadual. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º da CF. Nexo de causalidade. Inexistência. 1. *Inexistência de nexo de causalidade entre o fato danoso e o ato omissivo atribuído a autoridade pública. Ausência de relação entre a suposta falha do sistema penitenciário estadual e o ato ilícito*. 2. Agravo regimental a que se dá provimento. (AgRg no RE n. 460.812-MG, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 25.05.2007, grifou-se)
>
> Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Latrocínio praticado por preso foragido, meses depois da fuga. *Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos.* Precedente da Primeira Turma: RE n. 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido.(RE n. 172.025-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19.12.1996, grifou-se)
>
> Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil das pessoas públicas. Ato omissivo do poder público: latrocínio praticado por apenado fugitivo. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. C.F., art. 37, § 6º. (...) II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - *Latrocínio praticado por quadrilha*

> *da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio.* Precedentes do STF: RE n. 172.025-RJ, Ministro Ilmar Galvão, D.J. de 19.12.1996; RE n. 130.764-PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ n. 143/270. IV. - RE n. conhecido e provido. (RE n. 369.820-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004, grifou-se)
>
> Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição. Homicídio praticado por preso, em regime semi-aberto, que, há meses, deixara de responder à conferência. Hipótese de responsabilidade subjetiva, que não pode ser reconhecida sem a prova, não produzida, de culpa da Administração, e, conseqüentemente, do nexo de causalidade entre o evento danoso e a falha do sistema de vigilância. Precedentes do STF (RREE n. 130.764, Ministro Moreira Alves e 172.025, Min. Ilmar Galvão). Recurso conhecido e provido. (RE n. 184.118-RS, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 18.09.1998)

Citam-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas: RE n. 501.583-RO, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 22.11.2006; RE n. 458.748-PR, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 30.11.2005; RE n. 435.794-CE, Relator Ministro Ellen Gracie, DJ de 29.11.2004; RE n. 204.481-RS, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 27.09.2001; AI n. 584.240-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 15.05.2006.

Destarte, o entendimento jurisprudencial firmado na Excelsa Corte é no sentido de que, em regra, inexiste nexo de causalidade entre a suposta falha do sistema penitenciário local e o ato ilícito, consubstanciado nas infrações cometidas pelo foragido posteriormente à fuga, quando o evento danoso não tiver como causa necessária e determinante a evasão do preso. Em outras palavras, se para fugir o sujeito pratica crimes e causa danos a terceiros, por óbvio, o Estado deve ser responsabilizado, uma vez que está claramente configurado o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o evento danoso. No entanto, se após decorrido certo lapso temporal, o foragido pratica algum ato ilícito, o ente estatal somente poderá ser responsabilizado se for comprovado o liame causal entre sua evasão do sistema prisional e o dano causado a terceiro, no sentido de que aquela direta e imediatamente acabou ensejando este.

É certo que, em determinadas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que, excepcionalmente, se configura o nexo de causalidade entre o ato omissivo do Estado, consubstanciado na fuga do preso, e o dano causado à vítima do ato delituoso, sob o fundamento de que há casos em que a peculiaridade dos fatos permite concluir *que o dano está direta e imediatamente ligado à evasão do infrator do sistema prisional*.

Nesse sentido, cabe mencionar o *RE n. 136.247-RJ*, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 18.08.2000, e o *RE n. 409.203-RS*, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 20.04.2007, os quais estão assim ementados, respectivamente:

> Responsabilidade civil do Estado: *fuga de preso - atribuída à incúria da guarda* que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão - *preordenada ao assassínio de desafetos* a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição.

> Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º da Constituição Federal. *Faute du service public* caracterizada. Estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei. Configuração do nexo de causalidade. Recurso extraordinário desprovido. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, *em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro* contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido.

Na primeira hipótese, a responsabilidade do Estado foi reconhecida em virtude da omissão do agente penitenciário, que não tomou as medidas necessárias para impedir a evasão do preso, o qual, de forma preordenada, visava à fuga, no intuito de vingar-se das pessoas responsáveis por sua prisão. Assim, havia uma *seqüência lógica e imediata* entre a fuga e os homicídios perpetrados pelo foragido, o que ensejou a configuração do nexo causal entre a omissão estatal e os danos causados às vítimas. *Na segunda hipótese*, entendeu-se que *a omissão do Estado* - ao deixar de executar efetivamente a pena e de aplicar medida de regressão, considerando que o condenado já havia fugido por mais de sete vezes, cometendo, pois, falta grave a ensejar a revisão do regime prisional - *teve relação direta e imediata* com o crime de estupro praticado pelo foragido, impondo-se, por conseguinte, a responsabilização do ente estatal.

Nota-se, pois, que, nos termos da jurisprudência firmada naquele Tribunal, o Estado somente pode ser responsabilizado se for demonstrada a existência de nexo causal entre sua omissão, ensejadora da fuga do preso e os danos causados às vítimas das infrações posteriormente ocorridas, ou seja, apenas se houver comprovação de que a evasão do sistema prisional é causa direta e imediata dos eventos danosos. Desse modo, se a fuga do infrator não for um fator determinante para a ocorrência do dano, não há falar em responsabilidade civil do Estado.

Ademais, cumpre registrar que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 669.258-RJ, de relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em 27 de fevereiro de 2007, analisou questão similar à dos presentes autos, entendendo, na oportunidade, que não se configurou o nexo causal entre a omissão do Estado e o dano causado a terceiro por apenado, o qual não estava sob a custódia estatal no momento do evento danoso, conforme noticiado no Informativo n. 311-STJ, *in verbis*:

> Responsabilidade civil. Estado. Acidente de trânsito.
>
> Trata-se de ação indenizatória na qual se busca a responsabilidade civil do Estado em razão do dano causado por pessoa que*, no momento do acidente de trânsito, deveria estar reclusa, sob custódia do Estado.* No caso, um apenado dirigia na contramão quando atingiu uma motocicleta, ferindo, gravemente, o motociclista e seu carona. *O condutor do veículo deveria estar recluso naquele momento, pois cumpria pena em prisão albergue, em progressão de pena privativa de liberdade e só não estava recolhido em razão de os agentes estatais possibilitarem que dormisse fora.* A Turma, por maioria, entendeu que *o Estado não pode ser responsabilizado, pois, na espécie, o ato estatal que permitiu ao albergado sair de sua custódia, por si só, não é causa adequada para a ocorrência do dano, inexistindo, então, nexo de causalidade entre a omissão dos agentes públicos e o dano causado ao ora recorrente.* Logo, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. (grifou-se)

Na hipótese dos autos, conforme consta do suporte fático, soberanamente reconhecido pelas instâncias ordinárias, o menor infrator que se encontrava, inicialmente, sob a custódia do Estado, na Casa de Semiliberdade de Taguatinga-DF, cumprindo medida socioeducativa, em regime semi-aberto - evadiu-se do local, em 26 de agosto de 2000. Após, em 4 de setembro daquele ano, na Ceilândia, o foragido, em discussão com desafeto, disparou arma de fogo e acabou atingindo uma criança de quatro anos de idade - filho dos ora recorrentes -, ocasionando seu falecimento. Vítima, pois, da popularmente chamada "bala perdida".

Verifica-se, pois, que houve falha no serviço do Estado quando da fuga do menor infrator, mas isso não é suficiente para responsabilizá-lo pelos delitos praticados posteriormente pelo indivíduo. Assim, deve ser analisado se os danos por ele causados tiveram como *causa direta e imediata* sua evasão da casa de custódia, em decorrência de falha no sistema penitenciário local.

No caso vertente, as circunstâncias apresentadas pelas instâncias ordinárias evidenciam que o nexo de causalidade não está configurado, na medida em que *o evento danoso não está imediatamente ligado à fuga* - há um lapso temporal razoável entre a ocorrência do ato ilícito e a evasão do infrator do sistema prisional -, bem como que há *fatos que descaraterizam a relação direta entre ambos os eventos*. A omissão atribuída ao Estado não está diretamente ligada com o dano causado a terceiros, na medida em que outras causas independentes contribuíram para a ocorrência do evento delituoso: a morte do amigo do infrator por outros delinqüentes, o conluio daquele com seu comparsa para matar os responsáveis, entre outros fatos narrados pelas instâncias ordinárias. A fuga da Casa de Semiliberdade de Taguatinga não foi causa eficiente e definitiva para a ocorrência do dano, considerando que o regime de cumprimento da medida socioeducativa era o semi-aberto - no qual o menor estava autorizado a sair no período diurno, *sem vigilância direta*, para estudar -, de maneira que, ainda que ele estivesse cumprindo a pena imposta, teria tempo suficiente em liberdade, durante o período do dia - horário em que ocorreu o evento (15h) -, para cometer o lamentável delito. Isso, porque, nos termos do art. 122 da Lei de Execuções Penais, "os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta", para freqüentar cursos profissionalizantes ou de instrução. Finalmente, como bem salientou o Ministro Teori Albino Zavascki, "o tiroteio não foi provocado nem teve a participação de nenhum agente estatal".

Destarte, como os eventos danosos não tiveram como causa direta e imediata a fuga do menor infrator da Casa de Semiliberdade de Taguatinga, não se configura o nexo de causalidade e, portanto, a responsabilidade civil do Estado.

Por fim, cabe salientar que a responsabilidade do Estado por omissão não pode esquivar-se à aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como do princípio da reserva do possível, sob pena de se passar a conceber o Estado como uma espécie de "segurador universal", conforme ressaltado pelo Ministro Teori Albino Zavascki. Assim, para se responsabilizar o ente estatal, além da configuração do nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão imputável ao agente público, deve ser analisado se a conduta do Estado pautou-

se dentro da esfera do possível - do razoavelmente esperado, portanto, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

A propósito:

> A doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reenquadrada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas. Trata-se de duplo movimento, que pressupõe assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e inoperância.
>
> (...)
>
> (...), os requisitos da responsabilidade estatal objetiva são, em grandes trações, os seguintes: (a) a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto ou desproporcional; (b) o nexo causal direto; e (c) a conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, nessa qualidade.
>
> O nexo causal há de ser direto: não se perfectibiliza o dano juridicamente injusto se a vítima houver dado causa exclusiva, nem na hipótese de força maior (irresistível por definição, diversamente do caso fortuito, que pode resultar de causa interna), tampouco por fato de terceiro alheio à prestação do serviço público. *E não se estabelece o nexo se inviável o cumprimento do dever ('reserva do possível'). Deveras, não seria razoável admitir o liame causal - eis aspecto significativo da presente abordagem - no caso de inviabilidade motivada do cumprimento das diligências públicas, afastada a erronia dos que enveredam para a teoria do risco integral.* (FREITAS, Juarez (org.): *In* Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 170/178).

Com essas últimas observações, e considerando as circunstâncias do caso em exame, não seria razoável, bem assim não estaria dentro da reserva do possível, exigir que o Estado impedisse a ocorrência do evento danoso. Mais uma razão para se afastar, na hipótese, a responsabilidade civil do ente estatal.

4. Diante do exposto, peço vênia ao eminente Ministro Relator para, no mérito, acompanhar a divergência, negando provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 910.794-RJ (2006/0273335-8)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: J P G B - Menor impúbere e outro
Repr. por: Ney Reis Bustamante Filho e outro
Advogado: João Tancredo e outro
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Procurador: Maria Luíza Alkimim e outro(s)
Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso Especial de JPGB e outros. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Hospital municipal. Amputação de braço de recém-nascido. Danos morais e estéticos. Cumulação. Possibilidade. *Quantum* indenizatório fixado em favor dos pais e irmão. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.

1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior.

3. Ainda que derivada de um mesmo fato - erro médico de profissionais da rede municipal de saúde -, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.

4. Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectiva para avaliá-lo e sofrer os prejuízos

psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.

5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica (Cavalieri Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78).

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 447.584-RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.03.2007), acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira "tutela constitucional da dignidade humana", considerando-a "um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos".

7. O Ministro Luix Fux, no julgamento do REsp n. 612.108-PR (1ª Turma, DJ de 03.11.2004), bem delineou que "deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o *quantum* indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.

9. Quanto ao pedido de majoração da condenação em danos morais em favor dos pais e do irmão da vítima, ressalte-se que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada. Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque o valor da indenização por danos morais - fixado em R$ 20.000,00, para cada um dos pais, e em R$ 5.000,00, para o irmão de onze (11) anos, totalizando, assim, R$ 45.000,00 -, nem é irrisório nem desproporcional aos danos morais sofridos por esses recorrentes. Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

10. Recurso especial parcialmente provido, apenas para determinar a cumulação dos danos moral e estético, nos termos em que fixados na r. sentença, totalizando-se, assim, trezentos mil reais (R$ 300.000,00).

Recurso Especial adesivo do Município do Rio de Janeiro. Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil. Revisão do valor da indenização. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Recurso não-conhecido.

1. O recurso especial adesivo fica prejudicado quanto ao valor da indenização da vítima, tendo em vista o exame do tema por ocasião do provimento parcial do recurso especial dos autores.

2. O *quantum* indenizatório dos danos morais fixados em favor dos pais e do irmão da vítima, ao contrário do alegado pelo Município, não é exorbitante (total de R$ 45.000,00). Conforme anteriormente ressaltado, esses valores foram fixados em patamares razoáveis e dentro dos limites da proporcionalidade, de maneira que é indevida sua revisão em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

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 maioria, deu parcial provimento ao recurso especial dos autores, vencido o Sr. Ministro Luiz Fux, que lhe dava provimento integral, e, por unanimidade, não conheceu do recurso

adesivo do Município do Rio de Janeiro, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentou oralmente o Dr. João Tancredo, pela parte recorrente: J. P. G .B - Menor Impúbere e Outro. Manifestou-se pelo Ministério Público Federal a Exma. Sra. Dra. Célia Regina Souza Delgado, Subprocuradora-Geral da República.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 04.12.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto por JPGB (João Pedro Galvão Bustamante) - *menor impúbere* - e outros, representados por Ney Reis Bustamante Filho e outro, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sintetizado na seguinte ementa:

> Serviço público municipal. Atendimento recém-nascido. Lesão da artéria umeral. Amputação de braço. Ordinária de indenização. Sentença de procedência. Agravo retido reeditado condicionalmente, que se dá por prejudicado, ante à não acolhida da tese principal do réu, cuja responsabilidade, de índole objetiva, não logrou infirmar, com a imputação exclusiva do fato a terceiros, ou à força maior ou ao casus.
>
> Verbas indenizatórias excessivas e que se reduz a patamares que consultam aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cumuladas em verba única, as referidas aos danos moral e estético.
>
> Pensionamento mensal e vitalício, na ordem de 70% de um salário mínimo, devido à vítima, a partir de quando complete 18 anos de idade, inaplicável à família dos autores, a presunção, reservada às camadas mais desfavorecidas da população, de que aos 14 anos de idade começaria a trabalhar, para ajudar nas 'despesas da casa'.
>
> Próteses que não devem se limitar às mecânicas, mas se estender às mioelétricas, mais aptas à recomposição do dano suportado. Verbas devidas aos irmãos menores que, por igual reduzidas, devem ficar sob a administração de seus pais, prestadas, oportunamente as contas, e não apenas perante a justiça dos homens.
>
> Necessidade de tratamento psicológico não demonstrada.

> Verba honorária, fixada em 10% da condenação, que não cobra reparos quaisquer, sobremodo quando substancialmente reduzidas as condenação.
>
> Provimento parcial de ambos os recursos, prejudicado o agravo retido. (fl. 352)

Nas razões de *Recurso Especial*, os ora recorrentes alegam, em síntese, que o aresto recorrido incorreu em divergência jurisprudencial e em ofensa ao art. 1.538 do Código Civil de 1916, sob o argumento de que: (a) é possível a cumulação das verbas de dano estético e de dano moral em uma mesma condenação, ainda quando decorrentes de um único fato; (b) não prospera a tese de que "uma criança pequena não teria condições intelectivas para compreender a falta que um braço lhe faz, e que por isso a verba relativa aos danos morais deveria englobar a de dano estético, sem qualquer prejuízo" (fl. 372); (c) houve indevida redução do *quantum* indenizatório a título de danos morais, de R$ 300.000,00 para 80.000,00, em relação ao menor impúbere, de R$ 50.000,00 para R$ 5.000,00, a seu irmão, e de R$ 50.000,00 para R$ 20.000,00, a seus pais, deixando-se de levar em consideração a gravidade do evento danoso, consubstanciado em erro médico que resultou na amputação de membro do recém-nascido. Requer, assim, "a inclusão na condenação de uma verba autônoma de dano estético, com aplicação do critério anunciado na peça vestibular, em valor nunca inferior a 1.000 salários mínimos, com a majoração das verbas relativas ao dano moral sofrido pelos autores-recorrentes" (fl. 373).

Em face desse recurso foram apresentadas contra-razões às fls. 404/412.

Por seu turno, o Município do Rio de Janeiro apresentou *recurso especial adesivo*, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, sustentando que o valor da condenação por danos morais foi fixado de modo exorbitante, devendo, portanto, ser reduzido, sob pena de afronta ao art. 159 do Código Civil.

Contra-razões apresentadas às fls. 431/434.

Não tendo sido admitidos os recursos na origem, subiram os autos por força do provimento de agravo de instrumento.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, a fim de que "seja incluída na condenação uma verba autônoma de dano estético, bem como a majoração das verbas relativas ao dano moral sofrido pelos autores-recorrentes, restando prejudicado o recurso adesivo do Município recorrido" (fl. 484).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): 1. Recurso Especial de JPGB - menor impúbere - e outros:

Assiste razão aos recorrentes.

(a) Inicialmente, saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que é possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, mas desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado.

A respeito do tema, podem ser citados os seguintes precedentes:

> Processual Civil. Ação de indenização. Acidente de trabalho. Dano moral. Arbitramento moderado. Cumulação com danos estéticos. Cabimento. Pensão mensal. Termo inicial. Data do evento danoso. Juros moratórios. Honorários. Sucumbência recíproca. Incidência da Súmula n. 7-STJ.
>
> (...)
>
> 2. É cabível a cumulação de danos morais com danos estéticos quando, ainda que decorrentes do mesmo fato, são passíveis de identificação em separado.
>
> (...)
>
> 6. Recurso especial de Francisco Francelino de Souza conhecido parcialmente e parcialmente provido. Recurso Especial de Volkswagen do Brasil Ltda. não-conhecido. (REsp n. 717.425-SP, 4ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 31.03.2008)
>
> Civil. Danos estéticos e morais. Cumulação. Os danos estéticos devem ser indenizados independentemente do ressarcimento dos danos morais, sempre que tiverem causa autônoma. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 533.328-MG, 3ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 19.12.2007).
>
> Agravo regimental no agravo de instrumento. Acidente de trânsito. Atropelamento. Ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais. Danos morais e estéticos. Valores mantidos. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental improvido.
>
> 1. É possível cumular as pretensões indenizatórias por danos morais e estéticos, provenientes de um mesmo ato ilícito, desde que, efetivada a produção de dano estético, seja possível apurar e quantificar autonomamente os valores.
>
> (...)
>
> 4. Agravo improvido. (AgRg no Ag n. 769.719-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 28.05.2007)

Responsabilidade civil. Acidente rodoviário. Passageiro. Lesões graves e irreversíveis. Constituição de capital. Danos morais e estéticos. Juros moratórios.

(...)

– É admissível a cumulação dos danos morais e danos estéticos quando, apesar de derivados do mesmo evento, suas conseqüências podem ser separadamente identificáveis.

(...)

Recurso Especial conhecido, em parte, e provido. (REsp n. 377.148-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 1º.08.2006)

Recurso especial. Processo Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte do filho da autora e deformidade permanente na perna direita da autora. Disparos de arma de fogo por policial militar. Alegada violação dos arts. 243, 515 e 535, II, do CPC. Incidência da Súmula n. 284-STF. Pedido de indenização por danos morais e estéticos. Ausência de violação dos artigos 128 e 460 do CPC. Cumulação dos danos morais e estéticos. Possibilidade. Redução da indenização, em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Divergência jurisprudencial notória.

(...)

No que concerne aos danos morais e estéticos, predomina neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual 'as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado' (REsp n. 289.885-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.04.2001).

(...)

Recurso especial provido em parte, para reduzir o valor total da indenização, fixada pela Corte de origem em 1000 salários mínimos, a 500 salários mínimos (400 salários mínimos referentes ao dano moral e 100 salários mínimos referentes ao dano estético), indenização a ser paga por pensão no valor de cinco salários mínimos por mês, até o total de 500 salários mínimos. (REsp n. 315.9830-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 04.04.2005)

Direito Civil. Agravo regimental. Acidente com menor em escola pública estadual. Amputação de dedos da mão. Danos moral e estético. Possibilidade de cumulação. Juros de mora. Fluência a partir do evento danoso. Incidência da Súmula n. 54-STJ. Precedentes.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e proveu o recurso especial da parte agravada.

> 2. O Acórdão *a quo*, em ação de indenização proposta em face de acidente com menor em escola pública estadual, ocasionador de amputação de dedos de sua mão, concedeu os juros moratórios a partir da citação e entendeu que a indenização por dano moral engloba, também, os danos estéticos.
>
> (...)
>
> 4. É pacífica e vasta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação ao entendimento no sentido de que é possível a cumulação da indenização para reparação por danos estético e moral, mesmo que derivados de um mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado, *id est*, desde que um dano e outro sejam reconhecidamente autônomos.
>
> 5. Concessão dos juros moratórios a partir do evento danoso. Retorno dos autos ao douto Juízo de origem para que aprecie e julgue os danos estéticos separadamente dos danos morais, estes últimos mantidos nos termos do *decisum a quo*.
>
> 6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag n. 498.706-SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.10.2003)

Na hipótese dos autos, o Juízo de Direito reconheceu a existência cumulativa dos danos moral e estético, condenando, por conseguinte, o Município do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização ao autor menor impúbere (o recém-nascido que teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior), no montante de trezentos mil reais (R$ 300.000,00), consoante se pode constatar às fls. 274/275.

Por sua vez, no julgamento da apelação cível, o Tribunal de Justiça estadual consignou que "o primeiro autor, em verdade, não tem, ainda, capacidade intelectiva que lhe permita avaliar o dano moral suportado, e muito menos sofrer em decorrência desse, de modo que a verba que lhe fora concedida tem muito mais sabor de composição de dano estético, do que moral, daí porque cumpria fossem mesmo englobados em verba única, sobremodo quando se originam no mesmo fato, e nem tem fundamento diverso (...) De outro modo, e em atenção a tais diretrizes, não podia o montante respectivo, sem violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que lhe devem presidir o respectivo arbitramento, se ver fixado em patamar superior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ao qual fica desde logo reduzido" (fls. 356/357). Após, contudo, na parte dispositiva, aquela Corte dá provimento ao recurso do Município, "para reduzir as verbas devidas à vítima, *a título de dano moral*, a R$ 80.000,00 (oitenta mil

reais), e a pensionamento a 70% (setenta por cento) do SM" (fls. 359/360, grifou-se).

Nota-se, pois, que houve um verdadeiro contra-senso na fundamentação do acórdão ora recorrido, na medida em que se afastou a condenação por danos morais, por se entender apenas caracterizado o dano estético, reduzindo-se, assim, o *quantum* indenizatório para oitenta mil reais (R$ 80.000,00). No entanto, na parte dispositiva, vinculou-se a referida redução aos danos morais, e não aos estéticos, conforme outrora se havia feito.

Nesse contexto, apenas uma conclusão é possível, no sentido de que o Tribunal de origem pretendeu não considerar cumuláveis as duas verbas, porquanto os danos moral e estético confundiam-se em apenas um mesmo dano. Isso, porque o dano moral, em sua essência, não existiria, por se tratar de recém-nascido cuja capacidade intelectiva não lhe permitia avaliar ou sofrer o respectivo dano, enquanto o prejuízo estético permanecia existente e se subsumia em dano moral. Por essa razão, considerou que o ente estatal deveria apenas ser condenado pelo dano moral, em sua perspectiva de prejuízo estético, reduzindo, assim, o valor da indenização fixada em favor da vítima.

Todavia, considerando a jurisprudência firmada no âmbito desta Corte de Justiça, assim como as peculiaridades do caso concreto, infere-se que é possível, na espécie, a cumulação de indenização por danos estético e moral.

Com efeito, ainda que derivada de um mesmo fato - erro médico de profissionais da rede municipal de saúde -, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.

É importante ressaltar que não merece prosperar o fundamento constante do aresto recorrido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, tendo em vista que não possui capacidade intelectiva para avaliá-lo e para sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação (de ordem moral).

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho (*in Programa de Responsabilidade Civil*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78), *in verbis*:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, *dano moral é violação do direito à dignidade.* E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começou a ser assimilado pelo Judiciário, conforme se constata do aresto a seguir transcrito: 'Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória' (Ap. Cível n. 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, *in* ADCOAS 144.719).

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser conseqüências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Com essa idéia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem

ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética - razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (grifou-se)

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 447.584-RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.03.2007), consagrou a proteção ao dano moral como verdadeira "tutela constitucional da dignidade humana", *in verbis*:

Já ninguém tem dúvida de que, pondo termo às controvérsias inspiradas no silêncio (não eloqüente) do ordenamento anterior, essas regras constitucionais consagraram, de modo nítido e muito mais largo, no plano nomológico supremo, o princípio da indenizabilidade irrestrita do chamado dano moral, concebendo-o, numa síntese, como ofensa a direito da personalidade, sob cuja definição vem considerado, no plano da experiência pré-normativa, *não só todo gravame não patrimonial subjetivo, que diz com sensações dolorosas ou aflitivas, inerentes ao sofrimento advindo da lesão a valores da afetividade, senão também o chamado prejuízo patrimonial objetivo, que concerne à depreciação da imagem da pessoa como modo de ser perante outros. No primeiro caso, a concepção normativa tende a preservar os elementos introspectivos da personalidade humana e, no segundo, a consciência da dignidade da pessoa, como alvo de estima e da consideração alheias. Por isso se traduz e resume na previsão de específica tutela constitucional da dignidade humana, do ponto de vista de um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos.*

(...)

Na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma *disposição restritiva* que, limitando o valor da indenização e o grau conseqüente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora,

> que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X) é, antes de tudo, de cunho irrestrito. (grifou-se)

No que tange à relevância do direito à dignidade humana, o Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp n. 612.108-PR (1ª Turma, DJ de 03.11.2004), bem delineou que, "à luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento". Além disso, ressaltou que "deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

Ademais, no julgamento do REsp n. 802.435-PE, a Primeira Turma, considerando violado o direito à dignidade da pessoa humana, confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que condenou o Estado à reparação de danos morais (Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 30.10.2006), nos termos da ementa a seguir transcrita:

> Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos praticados pelo Poder Judiciário. Manutenção de cidadão em cárcere por aproximadamente treze anos (de 27.09.1985 a 25.08.1998) à mingua de condenação em pena privativa da liberdade ou procedimento criminal, que justificasse o detimento em cadeia do sistema penitenciário do Estado. Atentado à dignidade da pessoa humana.
>
> (...)
>
> 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e *tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.*
>
> 3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.
>
> 4. Direitos fundamentais emergentes desse comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior estão enunciados no art. 5º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso *sub judice* destacam-se:

(...)

5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira.

6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Egrégia Corte (Súmula n. 37-STJ).

(...)

10. *Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia.* É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma 'morte em vida', que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?

(...)

12. Recurso Especial desprovido. (grifou-se)

Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município do Rio de Janeiro à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido, cujo membro superior foi amputado em virtude de erro médico, obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral.

Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético, nos termos em que fixados na r. sentença (fl. 275), ou seja, conjuntamente o *quantum* indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.

(b) Quanto ao pedido de majoração da condenação em danos morais em favor dos pais e do irmão da vítima, ressalte-se que, em regra, não é cabível, nesta via

especial, o exame da justiça do valor reparatório, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp n. 719.354-RS, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 29.08.2005; REsp n. 662.070-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 29.08.2005; REsp n. 746.637-PB, 4ª Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 1º.07.2005; REsp n. 686.050-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 27.06.2005).

Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque o valor da indenização por danos morais - fixado em R$ 20.000,00, para cada um dos pais, e em R$ 5.000,00, para o irmão de onze (11) anos, totalizando, assim, R$ 45.000,00 -, nem é irrisório nem desproporcional aos danos morais sofridos por esses recorrentes. Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Destarte, é inadmissível o recurso especial nesse ponto, tendo em vista a inviabilidade, nesta via recursal, do reexame dos aspectos fáticos da lide, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

A corroborar esse entendimento, destacam-se os seguintes precedentes:

> Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão do julgado. Inocorrência. Existência do dano. Nexo de causalidade. *Quantum* indenizatório. Reexame de matérias de fato. Súmula n. 7 do STJ.
>
> (...)
>
> 2. A verificação da existência de dano moral e de nexo causal entre o evento e o dano sofrido, ensejadores de indenização, não pode ser reapreciada no âmbito do recurso especial, pois é vedado o reexame de matéria fático-probatória nessa sede, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.
>
> 3. Mesmo óbice impede o conhecimento do recurso especial quanto à revisão do valor fixado a título de verba indenizatória.
>
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp n. 917.070-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 05.06.2008)
>
> Processual Civil. Responsabilidade do Estado. Revisão do quantum indenizatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Pensão mensal. Fixação em 2/3 dos rendimentos da vítima. Precedentes desta Corte de Justiça. Divergência jurisprudencial. Inteiro teor do acórdão paradigma. Ausência. Cotejo analítico. Não realização.

(...)

2. A análise acerca da adequação do valor indenizatório por dano moral, quando inserido nos limites da razoabilidade, implica, necessariamente, no revolvimento de matéria fático-probatória, sabidamente obstada em sede de recurso especial, por incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte de Justiça.

(...)

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, *provido.* (REsp n. 767.736-MS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Juiz Convocado do TRF 1ª Região, DJe de 19.06.2008)

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Nexo causal. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Indenização. Revisão do valor.

(...)

3. A reavaliação do quantum arbitrado a título de reparação por danos morais em recurso especial é possível somente nos casos em que se afigure exorbitante ou irrisório. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 1.022.645-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 22.04.2008)

2. Recurso Especial adesivo do Município do Rio de Janeiro:

Finalmente, o Município do Rio de Janeiro, em suas razões recursais, pleiteia a redução dos valores fixados a título de danos morais, por entendê-los exorbitantes.

O referido recurso fica prejudicado no tocante à indenização da vítima, tendo em vista o exame do tema por ocasião do provimento parcial do recurso especial dos autores, para autorizar a cumulação da condenação por danos morais e estéticos, restabelecendo-se o valor fixado, a esse título, na r. sentença de fls. 272/276.

De outro lado, no que tange ao *quantum* indenizatório dos danos morais fixados aos pais e ao irmão da vítima, saliente-se que, ao contrário do alegado pelo Município, os valores não são exorbitantes (total de R$ 45.000,00). Conforme anteriormente ressaltado, esses valores foram fixados em patamares razoáveis e dentro dos limites da proporcionalidade, de maneira que é indevida sua revisão em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial interposto por JPGB - menor impúbere - e Outros, apenas para determinar a cumulação

dos danos moral e estético, no que concerne ao menor impúbere e vítima, nos termos em que fixados na r. sentença, totalizando-se tal condenação, assim, em trezentos mil reais (R$ 300.000,00). Não se conhece do recurso especial adesivo do Município do Rio de Janeiro, nos termos da fundamentação *supra*.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sra. Ministra Presidente, as questões de valoração do dano moral são muito difíceis. Conforme foi dito da tribuna, qualquer valor, em uma situação como esta, sempre será ínfimo. Estamos sempre jogando com uma margem de difícil avaliação. Não há como compensar financeiramente dano dessa natureza.

Penso que, como estamos limitados a fazer juízo sobre valores ínfimos ou valores estratosféricos, considerando o conjunto das indenizações que estão sendo reconhecidas, que envolvem no conjunto cerca de trezentos e quarenta e cinco mil reais, nesses dramas familiares, o valor é razoável. Não se pode chamá-lo irrisório na circunstância.

De modo que acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial adesivo e dando parcial provimento ao recurso especial impetrado pelo menor recorrente.

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sra. Ministra Presidente, peço vênia a V. Exa. para entender *prima facie* evidente a "irrisoriedade" desse dano moral no valor de vinte mil reais para os pais da criança. A sentença fixou o valor, uniformemente, em cinqüenta mil reais para cada um dos pais e para o irmão.

Creio que o impacto, *in casu*, é muito expressivo para uma criança recém-nascida, porquanto não há nem esperança de melhora, representando, é uma dor perpétua. Vi inclusive algumas fotos, que não deveria ter visto, porque nosso julgamento deve ser eminentemente técnico. O valor de vinte mil reais, em uma situação como esta, irreversível, em que a criança recém-nascida já aparece no berço sem o braço, é irrisório.

Pediria a V. Exa. para manter a sentença integralmente, no valor de cinqüenta mil reais para cada um dos pais e para o irmão.

Não conheço do recurso especial adesivo e dou provimento ao recurso especial impetrado pelo menor recorrente.

(...)

RATIFICAÇÃO DE VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sra. Ministra Presidente, se V. Exa. me permite, esse dano moral, no meu modo de ver, hoje, é muito maior para os pais do que para o menor, porque o menor, como V. Exa. bem destaca no voto, quando assumir a consciência da figura singular que representa em seu meio, já terá certa maturidade. Já os pais, naquele momento embrionário em que a criança nasce, naquele período de encantamento, estão experimentando uma dor moral, no meu modo de ver, bastante expressiva.

Peço vênia a V. Exa. para manter a sentença em sua integralidade e gostaria que os Colegas repensassem eventualmente, para que a sentença reste mantida.

Presidente a Sra. Ministra Denise Arruda

Relatora a Sra. Ministra Denise Arruda

1ª Turma - 21.10.2008

Nota taquigráfica

RECURSO ESPECIAL N. 982.811-RR (2007/0204697-8)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Estado de Roraima
Procurador: Diogo Novaes Fortes e outro(s)
Recorrido: Wilson Barbosa da Silva
Advogado: Carlos Cavalcante

EMENTA

Responsabilidade civil do Estado. Preso. Lesões corporais. Indenização. Dano moral. Valor. Redução. Agravo retido. Prazo prescricional. Contagem. Novo Código Civil.

I - Trata-se de ação de indenização movida contra o Estado de Roraima, por meio do qual se busca a reparação por danos sofridos pelo recorrido enquanto se encontrava recolhido à cadeia pública, onde o Tribunal *a quo* fixou a indenização a título de danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais).

II - Em agravo retido foi suscitada a ocorrência da prescrição da ação, tendo em conta a redução do prazo prescricional disposta no novo Código Civil (artigo 206, § 3º, V).

III - A teor do artigo 2.028, do novo *Codex*, *a lei anterior continuará a reger os prazos*, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei, e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto n. 20.910/1932, no caso).

IV - *In casu* não foi observado o segundo requisito, porquanto da data do evento danoso (dezembro/2000) até a vigência do novo Código (11.01.2003), passaram-se apenas 2 (dois) anos, 1 (um) mês e alguns dias, ou seja, menos da metade do prazo de 5 (cinco) anos fixado pela lei revogada. Dessa forma, a contagem do prazo prescricional é a de 3 (três) anos, fixada pelo artigo 206, § 3º, V, do *Codex*, e deve ser contada a partir da vigência dele. Precedentes: AgRg no REsp n. 698.128-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 23.10.2006, REsp n. 848.161-MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 05.02.2007, REsp n. 905.210-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 04.06.2007.

V - Prescrição que não se verifica, pois a ação foi ajuizada em 21.03.2005, quando não ultrapassados ainda os 3 anos, considerando a data da vigência do novo Código Civil.

VI - Quanto ao valor indenizatório tenho que este Superior Tribunal de Justiça em ocasiões como a presente vem mitigando os rigores da Súmula n. 7-STJ, para reduzir a indenização em patamares razoáveis.

VIII - Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido para reduzir a indenização ao valor de R$ 20.000,00.

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: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, a Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista) e Teori Albino Zavascki votaram com o

Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Denise Arruda e Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 02 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 16.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Wilson Barbosa da Silva ajuizou ação ordinária contra o Estado de Roraima, buscando indenização por danos morais e materiais em decorrência de lesões corporais por ele sofridas quando recolhido à cadeia pública em decorrência de suposto delito de tentativa de estupro.

Alega que lá permaneceu por um período de 5 (cinco) meses, recebendo posteriormente o alvará de soltura, pois foi absolvido do crime de que havia sido acusado, o que motivou o pedido constante da inicial do presente feito.

A sentença julgou procedente o pedido, fixando o valor de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a título de dano moral, e ao pagamento da importância de um salário mínimo, desde a data do fato danoso até a sobrevida do autor, por danos materiais (fl. 217).

Analisando o agravo retido e o recurso de apelação interpostos, o Tribunal de Justiça Estadual afastou a prescrição da ação e reduziu para R$ 50.000,00 (cinqüenta mil) reais a verba de dano moral, e excluiu da condenação o dano material, diante da ausência de provas, tudo nos termos da seguinte ementa:

> Agravo retido. Reparação civil. Fazenda Pública. Prescrição. Não ocorrência. Inteligência do art. 2.028 do novo Código Civil.
>
> Não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5(cinco) anos, previsto pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do que dispõe o art. 2.028, do novo Código Civil.
>
> Deve-se, porém, observar que o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada.
>
> Agravo retido improvido.
>
> Lesões corporais. Preso. Direito à integridade física. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral. Demonstração do nexo de causalidade. Indenização devida. Valor fixado dentro da razoabilidade. Dano material. Ausência de prova. Reparação indevida.

1. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física, sendo responsabilidade do Estado garanti-la, devendo, para isso, manter vigilância constante e eficiente.

2. O nexo causal reside simplesmente na detenção e encarceramento do cidadão que, uma vez aprisionado, vê-se impossibilitado de defender-se e mesmo de fugir de seus agressores. Logo, é do Estado o dever de pô-lo a salvo.

3. O juiz, ao fixar o valor da indenização por danos morais, deve buscar minimizar a dor da vítima, uma vez que não se pode quantificá-la, e punir o ofensor, visando inibi-lo da prática ilícita, utilizando-se do princípio da razoabilidade.

4. A ausência de provas da ocorrência do dano material exclui o dever de indenização.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido (fls. 273/4).

O *Estado de Roraima* interpôs o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sustentando violação aos artigos 206, § 3º, V e 2.028, do novo Código Civil, afirmando que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional é a data do fato, ou seja, 03.12.2000, e não do novo *Codex*.

Invocando precedentes jurisprudenciais, requer a redução do valor fixado a título de danos morais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): No que diz respeito à alínea **a**, presentes os requisitos de admissibilidade.

Veja que o agravo retido, por meio do qual se discutiu a prescrição, e a apelação cível, onde se deliberou sobre o mérito da questão, foram julgados conjuntamente, mas o recurso com base em afronta à lei federal ataca, tão-somente, a questão ventilada no agravo retido.

Em relação à prescrição o acórdão recorrido assim deliberou, *verbis*:

In casu, o fato danoso ocorreu em 03.12.2000 e a ação de reparação de danos morais e materiais foi ajuizada em 21.03.2005, tendo, na data da entrada em vigor do Novo Código Civil, transcorrido 2 (dois) anos, 01 (um) mês e 9 (nove) dias. Assim, não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5 (cinco) anos, previso pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do que dispõe o art. 2028, do novo Código Civil (...)

> Deve-se, porém, observar que, neste caso, o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada. (fls. 257/8).

Entendo que o acórdão recorrido não merece qualquer censura pois de forma alguma violou os apontados dispositivos do novo Código Civil, que são do seguinte teor, *verbis*:

> Art. 206. Prescreve:
>
> (...) *omissis*.
>
> § 3º Em três anos:
>
> (...) *omissis*.
>
> V - a pretensão de reparação civil.
>
> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

De acordo com o artigo 2.028 do Código Civil, é se aplicar o prazo prescricional previsto na legislação anterior se observados, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) existência de prazo prescricional no novo Código Civil menor que aquele previsto no diploma civil anterior (verificado na hipótese: redução de 5 (cinco) para 3 (três) anos), e,

b) na data da vigência do novo Código (11.01.2003), já se houver transcorrido mais da metade do prazo prescricional fixado pela lei anterior (mais de 2 anos e meio, na hipótese).

No pleito em questão, não foi observado o segundo requisito, porquanto entre a data do evento danoso (dezembro/2000) e a vigência do novo Código Civil (janeiro/2003), transcorreu um pouco mais de dois anos, não chegando à metade do prazo anterior, ou seja, pelo menos dois anos e meio.

Destarte, não observados os dois requisitos para que a prescrição seja aquela estabelecida pela lei anterior, no caso é de ser estabelecido que a aplicação do prazo prescricional é a do novo Código. Resta saber o marco inicial para sua contagem, afirmando o recorrente que seria do evento danoso, enquanto que o Tribunal *a quo* decidiu pela vigência do novo *Codex*.

Da doutrina colho o seguinte entendimento firmado por Sergio Cavalieri Filho, *verbis*:

O Código Civil de 2002 enfrentou o problema no seu art. 2.028, estabelecendo a seguinte regra: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada'. Resulta daí que todos os prazos prescricionais, dos quais já havia transcorrido mais da metade do tempo previsto no Código anterior (mais de 10 anos) na data em que entrou em vigor o Código de 2002, continuam regidos pelo regime da lei revogada. A lei nova não se lhes aplica. Só os prazos em curso que ainda não tinham atingido a metade do prazo da lei antiga (menos de dez anos) estão submetidos ao regime do atual Código - 3 anos. É de se entender, todavia - para que ninguém seja apanhado de surpresa -, *que esses três anos passaram a ser contados a partir da vigência do atual Código.* É o critério tradicional preconizado por Roubier, e que sempre mereceu agasalho da nossa melhor doutrina. Serpa Lopes assim se posicionou sobre a questão: 'No lapso de tempo há a observar as seguintes hipóteses: a) se a lei nova prolongar o prazo de prescrição, o lapso prossegue em seu curso até a sua consumação, computando-se o tempo já decorrido na vigência da lei anterior; b) se a lei nova abreviar o tempo de prescrição, em meio aos vários critérios propostos para solucionar tão intricado problema, o melhor foi o defendido pelos ilustres juristas pátrios Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola e R. Porchat, isto é, se o tempo que falta para consumar-se a prescrição é menor do que o prazo estabelecido pela lei nova, a prescrição consuma-se de acordo com o prazo da lei anterior; se o tempo que falta para se consumar o prazo da prescrição pela lei anterior excede ao fixado pela lei nova, prevalece o prazo desta última, contado do dia em que ela entrou em vigor' (Curso de Direito Civil, 8ª ed., v. I/208, Rio de Janeiro, Freitas Bastos).

Esse também é o critério adotado pela nossa jurisprudência, inclusive da Suprema Corte. "*No caso em que a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso, sem se tornar retroativa. Daí resulta que o prazo novo que ela estabelece correrá somente a contar de sua entrada em vigor* (RT 343/510, RE n. 51.076)". (*in* "Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 6ª edição, p. 147).

Assim, nos termos da nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, resta assentada a posição segundo a qual se aplica o prazo prescricional contados a partir da vigência do novo Código Civil (11.01.2003), e não da data da ocorrência do fato danoso.

Colho, também, o posicionamento jurisprudencial desta egrégia Corte de Justiça que trilha no mesmo caminho do entendimento mencionado:

Civil e Processual. Agravo regimental. Ação de indenização. Prescrição. Inocorrência. Código Civil de 2002, arts. 2.028 e 206, § 3º, V. Exegese.

I. O prazo prescricional da ação, previsto na lei substantiva revogada, cuja metade ainda não houvesse transcorrido até a vigência do novo Código Civil e por este tenha sido reduzido, como na hipótese, para três anos, tal interstício deve ser contado integralmente a partir de 11.01.2003. Precedentes.

II. Inocorrência da prescrição da ação indenizatória na hipótese dos autos, em virtude de o sinistro ter ocorrido em 17.03.1997.

III. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 698.128-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 23.10.2006, p. 316).

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória. Prescrição. Inocorrência. Prazo. Novo Código Civil. Vigência. Termo Inicial.

1 - À luz do novo Código Civil o prazo prescricional das ações pessoais foi reduzido de 20 (vinte) para 10 (dez) anos. Já o art. 2.028 assenta que "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada". Infere-se, portanto, que tão-somente os prazos em curso que ainda não tenham atingido a metade do prazo da lei anterior (menos de dez anos) estão submetidos ao regime do Código vigente. Entretanto, consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, os novos prazos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003, e não da data da constituição da dívida.

2 - Conclui-se, assim, que, no caso em questão, a pretensão da ora recorrida não se encontra prescrita, pois o ajuizamento da ação ocorreu em 13.02.2003. Um mês, após o advento da nova legislação civil.

3 - Recurso não conhecido. (REsp n. 848.161-MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 05.02.2007, p. 257).

Esse também foi o entendimento prestigiado nos autos do REsp n. 905.210-SP, onde o nobre relator assim consignou, *verbis*:

A questão se resume na interpretação do Art. 2.028 do Código Civil/2002 que diz:

> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

A teor desse artigo, a lei anterior continuará a reger os prazos, quando se conjugarem dois requisitos:

a) houver redução pela nova lei;

b) na data de vigência do nosso Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada.

No caso, o acidente ocorreu em 14.01.1997 - data considerada pelo acórdão recorrido, como termo inicial da prescrição.

Em janeiro de 97, a prescrição era vintenária (CCB Art. 177).

Em 2003, quando o novo Código entrou em vigor reduzindo o prazo, o prazo vintenal estava longe de atingir sua metade.

Se assim ocorreu, a regência é do Novo Código. Vale dizer: a partir de 2003, o prazo vintenal reduziu-se, transformando-se em trienal.

Como a Lei não pode retroagir, a contagem do triênio deve iniciar no próprio dia em que o Código novo ganhou vigência: janeiro de 2003.

O acórdão recorrido interpretou corretamente o Art. 2.028 do Código Civil atual. (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 04.06.2007, p. 353).

Assim, tendo sido a ação ajuizada em 21.03.2005 (fl. 02), não há falar-se em prescrição, pois não passados ainda os 3 anos da data da vigência do novo Código Civil (11.01.2003), conforme bem delineado pelo *decisum*, *verbis*:

Dessa forma, o prazo prescricional de 03 (três) anos aplicável ao presente caso tem como termo inicial o dia 12.01.2003, data da entrada em vigor do novo Código Civil e assim, sendo, a ação não está prescrita, uma vez que foi ajuizada no dia 21.03.2005, dentro do prazo, posto que decorridos apensa 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 9 (nove) dias. (fl. 259).

Quanto ao valor indenizatório, entendo que este Superior Tribunal de Justiça em ocasiões como a presente vem mitigando os rigores da súmula n. 7-STJ, para reduzir a indenização em patamares razoáveis.

Nesse panorama, destaco o seguinte precedente, *verbis*:

Responsabilidade civil. Inscrição indevida. Indenização. Dano moral. Dissídio pretoriano. Arts. 5º da LICC, 884 e 944 do CC/2002. *Quantum* indenizatório excessivo. Redução.

O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. (REsp n. 53.321-RJ, Min. Nilson Naves). Redução da condenação a patamares razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 710.397-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 19.09.2005, p. 349).

Assim, verificado a situação dos autos, tenho que a indenização deve ser reduzida para o patamar de R$ 20.000,00.

Em razão do exposto, conheço parcialmente do presente recurso e *dou-lhe parcial provimento.*

É o voto.

VOTO-VISTA

Processual Civil. Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Preso. Lesões corporais. Indenização. Dano moral. Prazo prescricional. Contagem. Novo Código Civil. Valor. Redução.

1. A prescrição da reparação do dano no novel Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), sustenta-se nos seguintes regramentos:

> Art. 206. Prescreve:
>
> (...) *omissis.*
>
> § 3º Em três anos:
>
> (...) *omissis.*
>
> V - a pretensão de reparação civil.
>
> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

2. Deveras, "o prazo prescricional da ação, previsto na lei substantiva revogada, cuja metade ainda não houvesse transcorrido até a vigência do novo Código Civil e por este tenha sido reduzido, como na hipótese, para três anos, tal interstício deve ser contado integralmente a partir de 11.01.2003." (AgRg no REsp n. 698.128-DF, DJ 23.10.2006).

3. *In casu*, "o fato danoso ocorreu em 03.12.2000 e a ação de reparação de danos morais e materiais foi ajuizada em 21.03.2005, tendo, na data da entrada em vigor do Novo Código Civil, transcorrido 2 (dois) anos, 01 (um) mês e 9(nove) dias. Assim, não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5(cinco) anos, previso pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do

que dispõe o art. 2028, do novo Código Civil (...) Deve-se, porém, observar que, neste caso, o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada" (fls. 257/8).

4. Consectariamente, concluiu com acerto o Tribunal *a quo* ao assentar que "não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5 (cinco) anos, previsto pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do que dispõe o art. 2.028, do novo Código Civil. Deve-se, porém, observar que o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada."

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido, acompanhando o E. Relator.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Consoante exposto pelo E. Relator:

Wilson Barbosa da Silva ajuizou ação ordinária contra o Estado de Roraima, buscando indenização por danos morais e materiais em decorrência de lesões corporais por ele sofridas quando recolhido à cadeia pública em decorrência de suposto delito de tentativa de estupro.

Alega que lá permaneceu por um período de 5 (cinco) meses, recebendo posteriormente o alvará de soltura, pois foi absolvido do crime que havia sido acusado, o que motivou o pedido constante da inicial do presente feito.

A sentença julgou procedente o pedido, fixando o valor de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a título de dano moral, e ao pagamento da importância de um salário mínimo, desde a data do fato danoso até a sobrevida do autor, por danos materiais (fl. 217).

Analisando o agravo retido e o recurso de apelação interpostos, o Tribunal de Justiça Estadual afastou a prescrição da ação e reduziu para R$ 50.000,00 (cinqüenta mil) reais a verba de dano moral, e excluiu da condenação o dano material, diante da ausência de provas, tudo nos termos da seguinte ementa:

Agravo retido. Reparação civil. Fazenda Pública. Prescrição. Não ocorrência. Inteligência do art. 2.028 do novo Código Civil.

Não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5(cinco) anos, previsto pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do que dispõe o art. 2.028, do novo Código Civil.

Deve-se, porém, observar que o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada.

Agravo retido improvido.

Lesões corporais. Preso. Direito à integridade física. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral. Demonstração do nexo de causalidade. Indenização devida. Valor fixado dentro da razoabilidade. Dano material. Ausência de prova. Reparação indevida.

1. O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física, sendo responsabilidade do Estado garanti-la, devendo, para isso, manter vigilância constante e eficiente.

2. O nexo causal reside simplesmente na detenção e encarceramento do cidadão que, uma vez aprisionado, vê-se impossibilitado de defender-se e mesmo de fugir de seus agressores. Logo, é do Estado o dever de pô-lo a salvo.

3. O juiz, ao fixar o valor da indenização por danos morais, deve buscar minimizar a dor da vítima, uma vez que não se pode quantificá-la, e punir o ofensor, visando inibi-lo da prática ilícita, utilizando-se do princípio da razoabilidade.

4. A ausência de provas da ocorrência do dano material exclui o dever de indenização.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (fls. 273/4).

O Estado de Roraima interpôs o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sustentando violação aos artigos 206, § 3º, V e 2.028, do novo Código Civil, afirmando que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional é a data do fato, ou seja, 03.12.2000, e não do novo *Codex*.

Invocando precedentes jurisprudenciais, requer a redução do valor fixado a título de danos morais.

É o relatório.

O E. Relator concluiu com acerto:

Responsabilidade civil do Estado. Preso. Lesões corporais. Indenização. Dano moral. Valor. Redução. Agravo retido. Prazo prescricional. Contagem. Novo Código Civil.

I - Trata-se de ação de indenização movida contra o Estado de Roraima, por meio do qual se busca a reparação por danos sofridos pelo recorrido enquanto se encontrava recolhido à cadeia pública, onde o Tribunal *a quo* fixou a indenização a título de danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais).

II - Em agravo retido foi suscitada a ocorrência da prescrição da ação, tendo em conta a redução do prazo prescricional disposta no novo Código Civil (artigo 206, § 3º, V).

III - A teor do artigo 2.028, do novo *Codex*, *a lei anterior continuará a reger os prazos*, quando se conjugarem os seguintes requisitos: houver redução pela nova lei, e, na data de vigência do novo Código, já se houver esgotado mais da metade fixado pela lei revogada (Decreto n. 20.910/1932, no caso).

IV - *In casu* não foi observado o segundo requisito, porquanto da data do evento danoso (dezembro/2000) até a vigência do novo Código (11.01.2003), passaram-se apenas 2 (dois) anos, 1 (um) mês e alguns dias, ou seja, menos da metade do prazo de 5 (cinco) anos fixado pela lei revogada. Dessa forma, a contagem do prazo prescricional é a de 3 (três) anos, fixada pelo artigo 206, § 3º, V, do *Codex*, e deve ser contada a partir da vigência dele. Precedentes: AgRg no REsp n. 698.128-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 23.10.2006, REsp n. 848.161-MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 05.02.2007, REsp n. 905.210-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 04.06.2007.

V - Prescrição que não se verifica, pois a ação foi ajuizada em 21.03.2005, quando não ultrapassados ainda os 3 anos, considerando a data da vigência do novo Código Civil.

VI - Quanto ao valor indenizatório tenho que este Superior Tribunal de Justiça em ocasiões como a presente vem mitigando os rigores da Súmula n. 7-STJ, para reduzir a indenização em patamares razoáveis.

VIII - Recurso parcialmente conhecido e, parcialmente provido para reduzir a indenização ao valor de R$ 20.000,00.

Deveras, a prescrição da reparação do dano no novel Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), sustenta-se nos seguintes regramentos:

Art. 206. Prescreve:

(...) *omissis*.

§ 3º Em três anos:

(...) *omissis*.

V - a pretensão de reparação civil.

> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Assim, "o prazo prescricional da ação, previsto na lei substantiva revogada, cuja metade ainda não houvesse transcorrido até a vigência do novo Código Civil e por este tenha sido reduzido, como na hipótese, para três anos, tal interstício deve ser contado integralmente a partir de 11.01.2003." (AgRg no REsp n. 698.128-DF, DJ 23.10.2006).

In casu, "o fato danoso ocorreu em 03.12.2000 e a ação de reparação de danos morais e materiais foi ajuizada em 21.03.2005, tendo, na data da entrada em vigor do Novo Código Civil, transcorrido 2 (dois) anos, 01 (um) mês e 9 (nove) dias. Assim, não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5 (cinco) anos, previso pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do que dispõe o art. 2028, do novo Código Civil (...) Deve-se, porém, observar que, neste caso, o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada" (fls. 257/8).

Consectariamente, concluiu com acerto o Tribunal *a quo* ao assentar que "não tendo decorrido mais da metade do prazo de 5 (cinco) anos, previsto pela lei anterior, qual seja, o Decreto n. 20.910/1932, é aplicável a lei nova, a teor do que dispõe o art. 2.028, do novo Código Civil. Deve-se, porém, observar que o novo prazo prescricional tem como termo inicial a data da vigência da lei nova, e não a data do fato danoso, desprezando-se o tempo que já tenha fluído sob a égide da lei revogada."

Com essas considerações, *conheço parcialmente* e, na parte conhecida, *dou parcial provimento* ao recurso especial, acompanhando o E. Relator.

É como voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 27.641-SP (2008/0186468-4)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Di Martino Indústrias Metalúrgicas Ltda
Advogado: Eliane Pacheco Oliveira
Recorrido: Município de São Paulo
Procurador: Kátia Seung Hee Lee e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Regularização de imóvel urbano. Direito de protocolo. Alteração superveniente da legislação. Efeitos de ação civil pública. Inexistência de direito adquirido. Recurso ordinário improvido.

1. Controvérsia sobre a existência de direito adquirido a regime jurídico fundado em lei revogada, quando o suposto titular apresentara mero requerimento administrativo.

2. Direito adquirido a regime jurídico. O conceito de direito adquirido, instituto sediado na Constituição Federal (art. 5°, inciso XXXVI, CF/1988), encontra densidade discursiva no direito infraconstitucional, especificamente o art. 6º, § 2º, LICC, que assim considera o direito exercitável sem limite por termo pré-fixo ou condição pré-estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.

3. Ausência dos requisitos do direito adquirido. Observado o critério proposto na obra de Francesco Gabba, o recorrente não tem direito adquirido a regime jurídico, porquanto: a) não possuía, à época do requerimento, todas as condições necessárias para o implemento do direito à regularização imobiliária, porque seu requesto demandava, além de outros aspectos, o *placet* do órgão administrativo, verdadeiro requisito de eficácia do direito a que almejava; b) a superveniente alteração legislativa esvaziou sua pretensão, antes do preenchimento dos requisitos plenos, necessários à aquisição do direito; c) a nova lei suprimiu a possibilidade de concessão de eficácia ao que pretendia o requerente, na medida em que impediu seu reconhecimento jurídico, o que tornou impossível a constituição do próprio direito.

4. Efeitos do "direito de protocolo" no caso concreto. Nesta espécie, não há como se resguardar o "direito de protocolo", ou seja, o

direito à aplicação, durante todo o processo administrativo, do regime jurídico existente no momento do protocolo da petição inicial, na forma como deseja o recorrente. Precedente do STF.

5. Atuação do Ministério Público. A legislação originária, sob a qual se fundava o protocolo do recorrente, foi escoimada de ilegal e inconstitucional. Esses foram os fundamentos da ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo. A severidade dessa increpação foi tamanha que o Município, ora recorrido, não mais deu seqüência ao procedimento do recorrente e, momentos depois, revogou os atos normativos impugnados.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 14.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Di Martino Indústrias Metalúrgicas Ltda. em face do Município de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado (fls. 202/215), cuja ementa é abaixo reproduzida:

> Administrativo. Mandado de segurança contra o Prefeito da Capital. Zoneamento. Regularização de imóveis. Pedido pendente. Superveniente alteração da legislação municipal em desfavor da impetrante. Normas de regência então vigentes objeto de ação civil pública com liminar. Vício e inconstitucionalidade a determinar a modificação legislativa. Licença ainda não concedida. Direito adquirido inexistente. Precedente do STF. 'Direito de protocolo' dependente de lei. Segurança denegada. (fl. 211)

A moldura fático-jurídica do acórdão é a seguinte:

a) a empresa ajuizou mandado de segurança contra o ato do Exmo. Sr. Prefeito Municipal de São Paulo que negou provimento a recurso administrativo tirado do indeferimento de pedido de regularização de imóveis;

b) a legislação municipal, sobre a qual se baseava o direito do impetrante, foi alterada por força de ação civil pública, com liminar deferida para impedir a "*apreciação dos requerimentos apresentados na sua vigência*". Esses requerimentos cingem-se a pedidos de regularização de imóveis, à semelhança do contido no *writ* apreciado pelo TJSP;

c) o pedido de regularização é ofensivo do art. 4º, inciso VIII, Lei Municipal n. 13.876/2004, e do art. 7º, inciso X, Decreto n. 45.324/2004, "*em virtude de o imóvel fazer frente para rua sem saída com menos de 10,0m de largura, sendo destinado a uso não residencial*"; (fl. 213);

d) não há direito adquirido quando a legislação que o embasa foi considerada inconstitucional.

O recurso ordinário louva-se nos seguintes fundamentos (fls. 219/226):

a) o recorrente, sob a égide da Lei Municipal n. 13.558/2003, regulamentada pelo Decreto n. 43.383/2003, requereu administrativamente a regularização de imóveis, por preencher os requisitos previstos nos referidos dispositivos;

b) o processo administrativo foi suspenso em face de liminar em ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual se impugnou a legalidade e constitucionalidade da Lei Municipal n. 13.558/2003 e do Decreto n. 43.383/2003;

c) com mudanças legislativas operadas pelo Município, com vistas a atender o que pugnava o Ministério Público, a ação civil foi extinta sem resolução de mérito;

d) o processo administrativo teve seqüência, após isso, e foi indeferido com base na legislação superveniente, o que é ofensivo ao direito adquirido.

Contra-razões (fls. 238/246).

Recurso expedido ao STJ.

Parecer do MPF (fls. 260/267) pelo não-provimento do recurso ordinário.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Conheço do recurso, porquanto se trata de recurso ordinário em mandado de segurança decidido em única instância por tribunal de apelação, com decisório negativo.

Examino o mérito.

O caso e a controvérsia podem-se resumir nesta questão: *Existe direito adquirido a regime jurídico fundado em lei revogada, quando o suposto titular apresentara requerimento administrativo não-apreciado?*

O conceito de direito adquirido, instituto sediado na Constituição Federal (art. 5°, inciso XXXVI, CF/1988 "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), encontra *densidade* no direito infraconstitucional.

Com efeito, assim o descreve a Lei de Introdução ao Código Civil:

> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei n. 3.238, de 1º.08.1957)
>
> § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei n. 3.238, de 1º.08.1957)
>
> *§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei n. 3.238, de 1º.08.1957)*

Na clássica definição do jurista italiano Francesco Gabba, em sua obra "A Teoria *della Retroattività delle Leggi*", Roma, 1891, tem-se que é adquirido todo direito que: "a) seja conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu".

Esse concurso de fatores característicos do direito adquirido, na espécie, não ocorreu:

a) o recorrente não possuía, à época do requerimento, todas as condições necessárias para o implemento do direito à regularização imobiliária, na medida em que seu pedido demandava, além de outros aspectos, *o placet do órgão administrativo, verdadeiro requisito de eficácia do direito a que almejava;*

b) a superveniente alteração legislativa esvaziou sua pretensão, antes do preenchimento dos requisitos plenos, necessários à aquisição do direito;

c) a nova lei *suprimiu* a possibilidade de concessão de *eficácia* ao que pretendia o requerente, na medida em que *impediu* seu reconhecimento jurídico, o que tornou *impossível a constituição do próprio direito*.

Em suma, como afirma Francesco Gabba, (a) não se realizou a hipótese de fato para produzir o direito, à época do requerimento; (b) nos termos da lei sob o império da qual se apresentou o requerimento, o suposto direito não havia entrado imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o postulou.

Não há como se resguardar o "direito de protocolo", ou seja, o direito à aplicação, durante todo o processo administrativo, do regime jurídico existente no momento do protocolo da petição inicial, na forma como deseja o recorrente. Essa pretensão não encontra amparo no ordenamento normativo e jurisprudencial brasileiro.

No STJ, encontrei um único acórdão sobre direito de protocolo, de 1996, da lavra do Ministro José Delgado, que reconhece a prevalência dessa prerrogativa. Reproduzo a ementa:

> Direito Administrativo. Projeto de loteamento. Aprovação. Limites jurídicos.
>
> 1. Configura-se direito subjetivo a ser protegido via mandado de segurança o ato de aprovação de projeto de urbanização e loteamento, devidamente averbado no registro imobiliário, definindo determinados parâmetros como gabarito, área de edificação, ou ocupação, etc.
>
> 2. O direito de protocolo há de ser homenageado, em tais hipóteses, haja vista cometer ilegalidade a autoridade administrativa que, após ter o município aprovado projeto dessa natureza e o averbado no registro imobiliário, pretende torná-lo sem efeito, sob o fundamento de que o referido projeto apresenta-se em desacordo com a legislação posterior.
>
> 3. É prevalente o entendimento de que a regra jurídica, salvo se for para beneficiar, aplica-se para o presente e para o futuro.
>
> 4. A legislação posterior restritiva ao direito de construir não pode atingir ao particular que se encontra protegido por relação jurídica consolidada e legalmente constituída.
>
> 5. Não há cerceamento de defesa quando as partes discutem, amplamente, sobre documentação depositada nos autos.
>
> 6. A simplicidade ritual do mandado de segurança não torna obrigatória a presença de pessoa jurídica de direito público na lide, quando em sua primeira fase processual.

7. Recurso especial improvido.

(REsp n. 77.154-RJ, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 25.06.1996, DJ 26.08.1996, p. 29.642, REPDJ 25.11.1996)

A situação tratada nesse acórdão é bem diversa, pois havia aprovação pela autoridade municipal máxima - o Prefeito - dos projetos construtivos. Além disso, a parte cerceou-se da necessária publicidade, por meio da *averbação do alvará* no Registro Público de Imóveis.

Aqui, porém, há mero pedido, cujo processamento foi sobrestado por liminar em ação civil pública. Não se avançou até a consolidação do direito. Encontrava-se na mera expectativa jurídica.

Tanto certo quanto evidente, entendo ser bem mais compatível com a espécie outro acórdão, desta vez do Supremo Tribunal Federal, que se amolda à argumentação aqui expendida:

Ementa: Administrativo. Município de Belo Horizonte. Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis. Superveniência de lei (Lei n. 6.978/1995, art. 4º, § 1º) exigindo distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados. Alegada ofensa aos arts. 1º, IV; 5º, XIII e XXXVI; 170, IV e V; 173, § 4º, e 182 da Constituição Federal. Incisos XXII e XXIII do artigo 5º não prequestionados.

Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível - segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF,- de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da Municipalidade.

Recurso não conhecido.

(RE 235.736-MG; Relator Ministro Ilmar Galvão; Julgamento: 21.3.2000; Primeira Turma; DJ 26.05.2000)

O suporte fático do acórdão do STF e o deste recurso são bem assemelhados:

a) no STF: "*Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis. Superveniência de lei (Lei n. 6.978/1995, art. 4º, § 1º) exigindo distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos como escolas, igrejas e supermercados.*"

b) este recurso: considerou o TJSP que é o pedido de regularização ofensivo do art. 4º, inciso VIII, Lei Municipal n. 13.876/2004, e do art. 7º, inciso X,

Decreto n. 45.324/2004, "'*em virtude de o imóvel fazer frente para rua sem saída com menos de 10,0m de largura, sendo destinado a uso não residencial*'"; (fl.213);

Maior simetria impossível.

Por derradeiro, realço que a legislação originária foi escoimada de ilegal e inconstitucional. Esses foram os fundamentos da ação civil pública movida pelo *Parquet* de São Paulo. A severidade dessa increpação foi tamanha que o Município, ora recorrido, não mais deu seqüência ao procedimento do recorrente e, momentos depois, *revogou os atos normativos impugnados*.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.033.244-RN (2008/0040096-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Procurador: Fabiano André de Souza Mendonça e outro(s)
Recorrido: Aline Maieski Hernandez da Silva
Advogado: Weber Xavier de Oliveira e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Ensino superior. Filha de servidor público militar transferido de ofício. Transferência para instituição congênere. Possibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte reconhece o direito à matrícula em estabelecimentos de ensino congêneres, sempre que ocorrer a transferência *ex officio,* aos servidores públicos, civis ou militares, bem como a seus dependentes.

2. Entende-se como congênere a transferência da universidade particular para particular ou pública para pública.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A

Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 04.11.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 5ª Região, assim ementado:

> Administrativo. Ensino superior. Filha de servidor público militar que foi transferido *ex-officio*. Transferência de universidade pública (Estadual) para pública (Federal). Possibilidade. Cumprimento da decisão do plenário do STF na ADIn n. 3.324-DF.
>
> 1. Ação de segurança impetrada por dependente de servidor militar estadual transferido *ex officio*, objetivando a transferência de Universidade do Estado de Mato Grosso - pública - para a Universidade Federal do Rio Grande do Norte - pública.
>
> 2. Exigência da congeneridade entre as Instituições de Ensino Superior, em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 16.12.2004, na ADIn n. 3.324-7-DF. Apelação e remessa oficial improvidas.

A recorrente aponta violação do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.536/1997 e do art. 99 da Lei n. 8.112/1990, assim como divergência jurisprudencial. Sustenta que "o conceito de 'instituição de ensino congênere' merece ser interpretado de forma restritiva, ou seja, somente pode-se obter transferência de curso de uma universidade pública para outra universidade pública; de uma estadual para outra estadual".

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Sobre a questão, estava consolidada a jurisprudência desta Corte, prevalecendo o entendimento de que,

não estando os servidores militares sujeitos ao regime da Lei n. 8.112/1990, e sim ao Estatuto dos Militares, não se pode estender a eles e a seus dependentes a norma restritiva do art. 99 do citado diploma, porquanto, em matéria de transferência de estabelecimento de ensino, há sujeição exclusiva às restrições da Lei n. 9.536/1997. Nessa linha, eram os precedentes colacionados na decisão impugnada, dentre os quais destaco o seguinte, de minha relatoria:

> Administrativo. Transferência de estudante. Servidor militar.
>
> 1. Dentre as restrições à transferência, uma delas desgarra-se da Lei n. 9.536/1997 para sedimentar-se na Lei n. 8.112/1990.
>
> 2. A lei que disciplina a situação jurídica do servidor público, permitindo a transferência do mesmo quando estudante na hipótese de mudança de domicílio em razão do serviço, exige que sejam os estabelecimentos congêneres.
>
> 3. Não estando os servidores militares sujeitos ao regime da Lei n. 8.112/1990, mas sim ao Estatuto dos Militares, não se pode estender a norma restritiva do art. 99 para atingi-los.
>
> 4. Os militares e seus dependentes, em matéria de transferência de estabelecimento de ensino, sujeitam-se exclusivamente às restrições da Lei n. 9.536/1997.
>
> 5. Atendidas as exigências legais, deve ser deferida a transferência.
>
> 6. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 436.163-DF, 2ª Turma, unânime, DJ de 16.09.2002, p. 178).

Não obstante, em recente decisão tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.324-DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente em parte o pedido, assentando-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, sem redução de texto, emprestando-lhe "o alcance de permitir a mudança, "*entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino*" a observância da natureza privada ou pública daquela origem, viabilizada a matrícula na congênere, isto é, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública" (Informativo n. 374-STF).

A decisão, tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é dotada de eficácia *erga omnes* e tem o efeito de atribuir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo, que passa a contar, em seu espírito legal, com o sentido empregado naquele julgamento quanto à exigência da congeneridade entre as instituições de ensino superior.

O efeito prático dessa decisão sobre a jurisprudência desta Corte, resume-se em que os servidores militares e seus dependentes passam a se sujeitar à norma restritiva prevista no art. 99 da Lei n. 8.112/1990, em função da interpretação elastecida aplicada ao art. 1º da Lei n. 9.536/1997.

Diante da importância do julgamento proferido na citada ADIn, é imprescindível que esta Corte evolua junto com o Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição e cujo texto erige-se como a base de todo o ordenamento jurídico nacional, a fim de evitar que se perenizem as questões judiciais.

Sendo assim, no presente caso, se mostra possível a transferência entre as entidades públicas em questão.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.074.228-MG (2008/0154299-9)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Procurador-Geral da Fazenda Nacional e outro(s)
Recorrido: Princesa do Triângulo Turística Ltda.
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Crédito tributário. Bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema Bacen Jud. Aplicação conjugada do art. 185-A, do CTN, art. 11, da Lei n. 6.830/1980, art. 655 e art. 655-A, do CPC. Proporcionalidade na execução. Limites dos arts. 649, IV e 620 do CPC.

1. Não incide em violação do art. 535 do CPC o acórdão que decide fazendo uso de argumentos suficientes para sustentar a sua tese. O julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais levados à discussão pelas partes.

2. A interpretação das alterações efetuadas no CPC não pode resultar no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação

melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988).

3. Em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na busca de uma maior eficácia material do provimento jurisdicional, deve-se conjugar o art. 185-A, do CTN, com o art. 11 da Lei n. 6.830/1980 e artigos 655 e 655-A, do CPC, para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, independentemente do esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis. Em suma, para as decisões proferidas a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, aplica-se o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil, posto que compatível com o art. 185-A do CTN.

4. A aplicação da regra não deve descuidar do disposto na nova redação do art. 649, IV, do CPC, que estabelece a impenhorabilidade dos valores referentes aos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; às quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, aos ganhos de trabalhador autônomo e aos honorários de profissional liberal.

5. Também há que se ressaltar a necessária prudência no uso da nova ferramenta, devendo ser sempre observado o princípio da proporcionalidade na execução (art. 620 do CPC) sem descurar de sua finalidade (art. 612 do CPC), de modo a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Meira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 05.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea **a** do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão em agravo de instrumento que entendeu que o bloqueio de ativos financeiros via Bacen Jud somente pode ser efetuado após a realização de todos os esforços na busca de outros bens passíveis de penhora (fls. 70/72).

Houve embargos de declaração julgados rejeitados (fls. 85/88).

Em seu recurso especial alega a Fazenda Nacional que foram violados os artigos 535, I e II, 655 e 656 do CPC, art. 11 da Lei n. 6.830/1980, art. 185-A do CTN. Aduz que não houve manifestação do Tribunal *a quo* sobre a afirmação do oficial de justiça de que não haveria bens penhoráveis e afirma que a penhora deve se dar preferencialmente em dinheiro, independentemente de onde se encontrar.

Não foram apresentadas contra-razões.

Recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): De início, não tenho por violado o art. 535 do CPC, visto não ter havido omissão, já que o Tribunal fez uso de argumentos suficientes para sustentar a sua tese, não sendo obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais levados à discussão pelas partes.

Com efeito, o art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980 trata da penhora de dinheiro e a partir de 20.01.2007 (entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006) os requerimentos para a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, em execução civil ou fiscal, passaram a se submeter à sistemática estatuída no art. 655-A do Código de Processo Civil.

A este respeito, no caso específico de execução fiscal de verba honorária (crédito não-tributário), já decidiu a Segunda Turma deste STJ, *in verbis*:

> Processual Civil. Execução fiscal. Bloqueio de ativos financeiros por meio do Sistema Bacen Jud. 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. (REsp n. 1.056.246-RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 23.06.2008).

Na órbita da execução pelo CPC dos créditos oriundos de relações de Direito Privado tem-se os seguintes precedentes da Terceira Turma e Quarta Turma desta Corte, *in litteris*:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Execução. Penhora. Gradação legal. Rejeição do bem imóvel indicado pelo devedor. Existência de numerário em conta corrente da devedora. Arts. 620 e 655 do CPC. Agravo regimental improvido.
>
> I - Tendo a empresa nomeado à penhora bens, não observando a ordem estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil, é admissível a recusa do credor com a conseqüente indicação à penhora de numerário em conta-corrente, face à disponibilidade da quantia.
>
> II - A verificação da maior ou menor onerosidade para o devedor, em face da penhora ocorrida nas instâncias ordinárias, esbarra sim no enunciado sumular n. 7-STJ.
>
> III - A devedora tem o dever de nomear bens à penhora, livres e desembaraçados, suficientes para garantia da execução, como dispõem os arts. 600 e 655 do CPC e 9º da Lei n. 6.830/1980, mas a credora pode recusar os bens indicados e pedir que outros sejam penhorados, caso se verifique que os mesmos sejam de difícil alienação.
>
> IV - Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no Ag n. 702.610-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 20.06.2008).

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processual Civil. Violação ao art. 535, CPC. Ausência de vícios. Execução. Penhora. Gradação legal. Rejeição do bem imóvel indicado pelo devedor. Existência de numerário em conta corrente da devedora. Art. 620 e 655 do CPC. Agravo regimental improvido.
>
> 1. Ausente ofensa ao art. 535 do CPC, se o e. Tribunal *a quo* fundamentadamente apreciou a controvérsia, inexistindo qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.
>
> 2. Tendo a empresa nomeado à penhora bens, não observando a ordem estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil, é admissível a recusa do credor com a conseqüente indicação à penhora de numerário em conta-corrente, face a disponibilidade da quantia.
>
> 3. A verificação da maior ou menor onerosidade para o devedor, em face da penhora ocorrida nas instâncias ordinárias, esbarra sim no enunciado sumular n. 7-STJ.
>
> 4. Este Tribunal de Uniformização, realizando interpretação sistemática dos arts. 620 e 655 da Lei Processual Civil, já se manifestou pela possibilidade do ato constritivo incidir em numerário, sem que haja afronta ao princípio da menor onerosidade da execução, disposto no art. 620 da Norma Processual (cf. REsp n. 528.227-RJ e 390.116-SP)
>
> 5. A devedora tem o dever de nomear bens à penhora, livres e desembaraçados, suficientes para garantia da execução, como dispõem os arts. 600 e 655 do CPC e 9º da Lei n. 6.830/1980, mas a credora pode recusar os bens indicados e pedir que outros sejam penhorados, caso se verifique que os mesmos sejam de alienação difícil.
>
> 6. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 774.677-RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 04 de setembro de 2007).

De fato, em vigor está o art. 11 da LEF e o art. 655, do CPC que estabelecem em seu conjunto que o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, é bem preferencialmente penhorável nas execuções judiciais. Nessa linha, o art. 655-A do CPC assim determina:

> Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, 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. [...]

Contudo, em se tratando de execução de crédito tributário, há outra norma legal que também deve ser levada em consideração. Trata-se do art. 185-A do CTN:

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal *e não forem encontrados bens penhoráveis*, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. [...]

Efetivamente a redação do art. 185-A do CTN traz norma de conteúdo processual, posto que rege a possibilidade e a forma de realizar determinada constrição judicial em processo de execução fiscal por crédito tributário.

Desse modo, não encontra respaldo constitucional no art. 146 da Carta Maior, mas sim no art. 22, I do mesmo Diploma Fundamental que reserva à União a competência privativa para legislar sobre Direito Processual.

Sendo assim, é perfeitamente possível que o art. 185-A do CTN tenha sido derrogado pelo art. 655-A do CPC (lei ordinária), posto ser esta a norma posterior aplicável a todos os ritos executivos.

Tal não poderia ser diferente, já que é princípio geral do processo de execução que este se desenvolve em atendimento ao interesse do credor (art. 612 do CPC). Contudo, em observância ao princípio hermenêutico que propugna a não presunção de contradições absolutas entre as normas jurídicas em vigor, não parece ser esse o melhor caminho interpretativo a trilhar. Convém aqui citar as lições do mestre Carlos Maximiliano, na clássica obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito" (Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 291):

> Contradições absolutas *não se presumem*. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de *parte da mesma*, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irredutível, porém *parcial*, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior.
>
> Em resumo: *sempre se começará pelo Processo Sistemático*; e só depois de verificar a inaplicabilidade ocasional deste, se proclamará ab-rogada, ou derrogada, a norma ou ato, ou a cláusula (grifo nosso).

No caminho da interpretação sistemática, mas ainda sob o enfoque principiológico, há que ser dado o devido valor à "Teoria do Diálogo das Fontes" já que a interpretação das alterações efetuadas no CPC não pode resultar no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988). O raciocínio já foi utilizado nesta corte em importante precedente que tratou dos efeitos em que recebidos os embargos do devedor em execução fiscal, *in verbis*:

> Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Efeito suspensivo. Lei n. 11.382/2006. Reformas processuais. Inclusão do art. 739-A no CPC. Reflexos na Lei n. 6.830/1980. "Diálogo das fontes".
>
> 1. Após a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo.
>
> 2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides.
>
> 3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e que o seu direito é bom.
>
> 4. *Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução e que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes"*.
>
> 5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil.
>
> 6. *A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei n. 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as*

alterações promovidas pela Lei n. 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei n. 6.830/1980.

7. Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos.

8. Recurso Especial não provido (REsp n. 1.024.128-PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 13 de maio de 2008).

Observo que o raciocínio que aqui procuro desenvolver não implica em revogação do art. 185-A do CTN, até porque o dispositivo se refere a diversos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, não apenas dinheiro em depósito ou aplicação financeira, objeto específico do art. 655-A do CPC. Trata-se do estabelecimento de uma nova moldura interpretativa onde não é mais necessário ao exequente demonstrar que a diligência por outros bens restou frustrada. Basta apenas apontar o interesse pela penhora de dinheiro, sem prejuízo de uma futura substituição ou reforço que dependerá do caso concreto.

Nesta nova moldura, o conteúdo da expressão "[...] e não forem encontrados bens penhoráveis [...]", contida no art. 185-A do CTN deverá ser lido em conjunto com os artigos 11 da Lei n. 6.830/1980 e 655 do CPC, passando a significar: "se não forem encontrados bens penhoráveis com precedência na ordem estatuída pelas leis de regência". Compatibiliza-se, assim, o art. 185-A do CTN com o art. 11 da Lei n. 6.830/1980 e artigos. 655 e 655-A do CPC.

Nesta linha, cito solução análoga que foi dada para caso semelhante pela Primeira Turma deste Tribunal, sem, contudo, enfrentar o tema sob o ângulo que ora enfrento, veja-se:

Execução fiscal. Esgotamento dos meios para localização de bens penhoráveis. Prescindibilidade. Quebra do sigilo bancário. Sistema Bacen Jud. Penhora de dinheiro. Ordem legal de preferência. Lei n. 6.830/1980.

I - A despeito de não terem sido esgotados todos os meios para que a Fazenda obtivesse informações sobre bens penhoráveis, faz-se impositiva a obediência à ordem de preferência estabelecida no artigo 11 da Lei n. 6.830/1980, que indica o dinheiro como o primeiro bem a ser objeto de penhora.

II - Nesse panorama, objetivando cumprir a lei de execuções fiscais, é válida a utilização do sistema Bacen Jud para viabilizar a localização do bem (dinheiro) em instituição financeira.

III - Observe-se ademais que, de acordo com o artigo 15 da Lei de Execuções Fiscais, a Fazenda Pública pode a qualquer tempo substituir os bens penhorados

por outros, não sendo obrigada a preferir imóveis, veículos ou outros bens, o que realça o pedido de quebra de sigilo, indo ao encontro do princípio da celeridade processual. Precedente: REsp n. 984.210-MT, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 06.11.2007.

IV - Recurso especial provido (REsp. n. 1.009.363-BA, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 06.03.2008).

Sendo assim, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na busca de uma maior eficácia material do provimento jurisdicional, interpreto o art. 185-A do CTN, sob nova moldura, para aplicar aos requerimentos de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira que geraram decisões denegatórias proferidas a partir de 20.01.2007 (entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil.

Por fim, observo que a teor do art. 1º da Lei de Execuções Fiscais, a aplicação da regra não deve descuidar do disposto na nova redação do art. 649, IV, do CPC, que estabelece a impenhorabilidade dos valores referentes aos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; às quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, aos ganhos de trabalhador autônomo e aos honorários de profissional liberal.

Também há que se ressaltar a necessária prudência no uso da nova ferramenta, devendo ser sempre observado o princípio da proporcionalidade na execução (art. 620 do CPC) sem descurar de sua finalidade (art. 612 do CPC), de modo a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial. Ou seja, a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, muito embora se faça independentemente do esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis, não poderá anular o núcleo essencial do direito ao exercício de atividade empresarial.

Compulsando os autos, verifico que o último requerimento do exeqüente no sentido de obter a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira data de 02.02.2007, portanto gerou decisão judicial já submetida à nova regra.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 515.770-RS (2003/0040723-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Marcos Antônio Miola e outro(s)
Recorrido: José Carlos Chiappa Baldassari e outro
Advogado: Nádia Maria Furlan

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Penhora. Poupança alimentada por parcela do soldo. Art. 649, IV, do CPC. Bem absolutamente impenhorável. Extensão.

1. O art. 649, IV, do Código de Processo Civil dispõe serem absolutamente impenhoráveis os soldos.

2. Na hipótese dos autos, o beneficiário utilizou parte do soldo para aplicar em poupança, a qual foi objeto de constrição em Execução Fiscal.

3. A poupança alimentada exclusivamente por parcela da remuneração prevista no art. 649, IV, do CPC é impenhorável – mesmo antes do advento da Lei n. 11.382/2006 –, por representar aplicação de recursos destinados ao sustento próprio e familiar.

4. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 27.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fls. 61/64):

> Agravo de instrumento. Execução fiscal. Bloqueio de conta poupança. Sócio de empresa devedora.
>
> Evidenciando os autos que a conta poupança é alimentada por parcela do soldo que o executado percebe do Ministério da Defesa, goza da impenhorabilidade do art. 649, IV, do CPC.
>
> Além disto, estando desativada a empresa, há presunção que os saldos bancários dos sócios, advém da renda no exercício de função não comercial.
>
> Agravo provido.

O recorrente alega violação do art. 649, IV, do CPC.

Foram apresentadas as contra-razões (fls. 75/78).

O Recurso Especial foi admitido no juízo de origem (fls. 80/81).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

Controverte-se sobre a extensão da impenhorabilidade do soldo, estabelecida pela Corte local.

A Fazenda Pública não questiona a condição de impenhorabilidade do soldo. Discorda, contudo, da extensão do benefício aos produtos ou serviços adquiridos com o soldo – mais especificamente, da aplicação feita em poupança no Banco do Brasil.

O Tribunal de origem assim se manifestou (fl. 63):

> No mérito, tenho que a documentação revela que aquela conta poupança é alimentada com parcela do salário de José Carlos, na forma de desconto mensal.
>
> Basta o exame do comprovante mensal dos rendimentos percebidos por José Carlos do Ministério da Defesa (fl. 36) para se verificar que mensalmente desconta em favor da conta "poupex fam" junto ao Banco do Brasil, as importâncias consignadas (fl. 37).
>
> (...) há uma presunção de que a poupança encontrada junto aos estabelecimentos bancários advém da única fonte de renda que é o soldo de terceiro sargento percebido por José Carlos.

Em síntese, o órgão colegiado determinou a liberação do valor penhorado, porque a poupança estaria sendo capitalizada com recursos do soldo recebido pelo recorrido José Carlos Chiappa Baldassari.

Não considero plausível o argumento da Fazenda Pública. Os valores recebidos como contraprestação da relação de trabalho (vencimentos, subsídios, salários, etc. – aqui incluídos os soldos pagos aos militares) gozam da proteção legal da impenhorabilidade absoluta, nos termos do art. 649, IV, do CPC, por força de seu caráter alimentar, na medida da indispensabilidade para o sustento próprio e familiar.

Nesse contexto, a poupança comprovadamente alimentada por parcela do soldo – hipótese dos autos – deve gozar da proteção legal, porque não desborda do objetivo de estabelecer segurança mínima para os infortúnios da vida.

A esse respeito, merece observação a alteração promovida pela Lei n. 11.382/2006, que deu nova redação ao art. 649, X, do CPC para incluir a poupança de até 40 salários mínimos como bem absolutamente impenhorável. Embora a situação dos autos seja anterior a essa mudança legislativa – antes não havia menção à poupança, no rol do art. 649 do CPC – , verifica-se a razoabilidade da proteção conferida legalmente.

Registro, contudo, que, embora a remuneração seja impenhorável, a quantia dela destacada para fins outros, como a aquisição de imóveis ou de veículos, etc., não desfruta de similar proteção legal. Dito de outro modo, a transformação de parcela da remuneração em acervo patrimonial foge dos limites da impenhorabilidade.

Com essas considerações, *nego provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 668.462-RJ (2004/0089926-0)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Cláudio Gheventer e outro(s)
Claudio Xavier Seefelder Filho
Recorrido: Bunge Alimentos S/A
Advogado: Bris Belga Cathala Neto e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Tributário. Desembaraço aduaneiro. Imposto de importação. Redução de alíquota. Acordo firmado entre Brasil

e Argentina. Certificado de origem expedido após o embarque da mercadoria. Irregularidade sanada. Segurança mantida.

O art. 10 do 17º Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica n. 14, celebrado entre Brasil e Argentina, aprovado pelo Decreto n. 929, de 14.09.1993, que prevê a data de embarque da mercadoria como termo final para a emissão do Certificado de origem, não elide a regra do art. 24 do mesmo texto legal que autoriza a anulação e substituição dos certificados em que se evidenciarem erros involuntários, destes não devendo resultar sanções.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 21 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 12.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa guarda o seguinte teor (fl. 159):

Administrativo. Importação de mercadoria. Erro material no certificado. Possibilidade de anulação e substituição sem sanções.

I – O art. 24 do Acordo de Complementação Econômica n. 14, ente Brasil e Argentina, anexo ao Decreto n. 929/1993, autoriza a anulação e substituição dos certificados que evidenciarem erros involuntários, afastando a aplicação de sanções;

II – O art. 10 do Décimo Sétimo Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica n. 14, entre Brasil e Argentina, promulgado pelo

Decreto n. 929/1993, não elide a prefalada regra do art. 24 prevendo expressamente a sua inaplicabilidade em tais circunstâncias;

III – Perfeitamente coadunável com a hipótese *sub examen* o item 9 da Nota da Secretaria da Receita Federal SRF/COANA/DIDES/DIVAD n. 102, de 22.12.1993, dispondo que em se tratando de irregularidade simplesmente administrativa, *verbi gratia* erros formais no preenchimento do certificado, a substituição do certificado regular é o bastante para solucionar o problema, devendo a autoridade aduaneira elaborar Termo de responsabilidade a ser assinado pelo importador ou seu representante legal comprometendo-se a arcar com eventuais diferenças nos tributos devidos;

IV – Confirmada a sentença assegurando à Impetrante o desembaraço aduaneiro de 2.260.000 kg de trigo em grão a granel, com a pertinente redução de alíquota do imposto de importação e sem multa, permitindo-lhe substituir a fatura comercial na forma prevista nas normas legais aplicáveis à hipótese;

V – Recurso voluntário da União Federal e remessa oficial improvidos.

Rejeitados os embargos de declaração opostos. (fl. 173)

Aduz a recorrente que o julgado, ao permitir o desembaraço aduaneiro do bem importado com a redução da alíquota do Imposto de Importação e sem o pagamento da multa imposta, contrariou o artigo 24 do Acordo de Complementação Econômica n. 14, firmado entre Brasil e Argentina e aprovado pelo Decreto n. 929/1993, bem como o art. 10 do 17º Protocolo Adicional ao referido acordo.

Apresentadas as contra-razões, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, porquanto a matéria federal foi devidamente prequestionada.

Da síntese dos fatos

Versam os autos sobre ação mandamental impetrada por Bunge Alimentos S/A, no intuito de ter assegurado o direito ao desembaraço aduaneiro de mercadoria importada (2.260.000 Kg de trigo em grão a granel), com a pertinente redução de alíquota e sem a multa imposta pela fiscalização em decorrência de

erro na data de emissão da fatura comercial emitida pelo exportador, que, em vez de datá-la aos 23.12.1993, datou-a aos 24.12.1993.

A sentença prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro (fls. 126/127) concedeu a segurança pleiteada, que ficou mantida pela Corte de origem ao julgar improvidos a remessa oficial e o recurso de apelação da União.

Irresignada, sustenta a Fazenda Nacional que a irregularidade encontrada retirou validade ao Certificado de Origem em referência, documento esse indispensável ao enquadramento no acordo firmado pelos países signatários da Associação Latino-Americana de Integração - Aladi, o que impossibilita o reconhecimento do benefício da redução da alíquota do imposto de importação.

Da manutenção do acórdão recorrido

Não merece reforma o acórdão recorrido.

O art. 10 do 17º Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica n. 14, celebrado entre Brasil e Argentina, aprovado pelo Decreto n. 929, de 14.09.1993, prevê a data de embarque da mercadoria como termo final para a emissão do respectivo Certificado de Origem.

O art. 24 do mesmo texto legal, por sua vez, autoriza a anulação e substituição dos certificados em que se evidenciarem erros involuntários, destes não devendo resultar sanções, afastando expressamente o cumprimento do previsto no art. 10, senão vejamos:

> Art. 24. Os erros involuntários que a autoridade competente do país signatário importador puder considerar como erros materiais não serão passíveis de sanções, autorizando-se a anulação e substituição dos respectivos certificados e eximindo-se, nesse caso, do cumprimento do previsto no artigo 10.

Da simples leitura do referido dispositivo, extrai-se que, na hipótese presente, a anterioridade da data (23.12.1993) registrada no Certificado de Origem fornecido pela Câmara de Exportadores de 1ª República Argentina à data da emissão da fatura comercial (24.12.1993) é passível de ser considerada erro material suscetível de anulação e substituição.

Logo, a previsão contida no art. 24 do ACE n. 14, afasta a vedação a emissão de certificado de origem antes da emissão da fatura comercial correspondente à respectiva operação contida do art. 10.

Ademais, como bem ponderado pelo relator do voto condutor do acórdão recorrido, referida previsão legal se coaduna com o item 9 da Nota da própria Secretaria da Receita Federal - SRF/COANA/DIDES/DIVAD n. 102/1993, que dispõe que "*Nos demais casos, sendo as irregularidades simplesmente*

administrativas (certificado fora do prazo regulamentado, certificado emitido com antecedência à fatura comercial, erros formais no preenchimento do certificado, etc), a substituição do certificado regular é o bastante para solucionar o problema, devendo a unidade aduaneira do despacho elaborar Termo de responsabilidade a ser assinado pelo importador ou seu representante legal, comprometendo-se a arcar com as eventuais diferenças nos tributos devidos, ou seu pagamento integral, caso não seja regularizada, num prazo razoável, a irregularidade apresentada no Certificado de origem." (fl. 154)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 720.747-RS (2005/0015251-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogado: Sirlei Neves Mendes da Silva e outro(s)
Recorrido: Nutriserve Pizzaria e Restaurante Ltda.
Advogado: Rogério Spanhe da Silva e outro

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Devedor não localizado. Citação por edital ou suspensão. Faculdade do credor. Inexistência. Aplicação dos arts. 8º, IV, e 40 da Lei n. 6.830/1980.

1. Na hipótese dos autos, a citação por carta resultou infrutífera e, por esse motivo, deu ensejo ao requerimento de suspensão do feito nos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/1980.

2. O juiz indeferiu o pedido, sob o fundamento de que deveria ter sido comprovado o esgotamento das diligências para localização do devedor, de modo a viabilizar, previamente, a citação por edital (art. 8º, IV, da Lei n. 6.830/1980).

3. Os arts. 8º, IV, e 40 da LEF devem ser interpretados de forma conjunta e sistemática. A suspensão do feito pressupõe que o devedor não localizado tenha sido previamente citado por edital, pois: a) o insucesso na citação por carta evidencia apenas que o devedor não

foi encontrado no endereço fornecido e no momento da entrega da missiva, o que não corresponde à impossibilidade de localização por outros meios a serem diligenciados; e b) não se concebe o ajuizamento de demanda em que a parte não tenha interesse em cooperar para a realização do primeiro e mais elementar dos atos processuais: a citação.

4. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 27.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 45):

> Agravo de instrumento. Execução fiscal. Devedor não encontrado. Art. 40 da Lei n. 6.830/1980.
>
> Não tendo sido esgotadas todas as possibilidades de localização do devedor, não há deferir a suspensão prevista no art. 40 da Lei n. 6.830/1980.

A recorrente alega violação do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, sob o fundamento de que é faculdade do credor optar entre a citação por edital ou a suspensão e o arquivamento da Execução Fiscal, quando não localizado o devedor. Afirma existir divergência jurisprudencial (fls. 47/53).

Certificou-se que a parte contrária não estava representada nos autos, razão pela qual não houve intimação para as contra-razões (fl. 63).

O Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial (fl. 64).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): A Caixa Econômica Federal - CEF, ora recorrente, ajuizou Execução Fiscal para a recuperação dos créditos de FGTS não pagos pela recorrida.

Em face das dificuldades para localização da parte contrária, e por considerar inócua a citação por edital, a recorrente solicitou a suspensão do feito, nos termos do art. 40 da LEF. O juiz de 1º grau indeferiu o requerimento, por julgar que, ausente a citação por edital, não se pode considerar haverem sido esgotadas as possibilidades de localização da parte que deve.

Diz o art. 40, *caput*, da Lei n. 6.830/1980:

> Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

De acordo com a norma acima, são requisitos para a suspensão da Execução Fiscal a não-localização do devedor ou não terem sido encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora.

Seriam tais requisitos cumulativos ou alternativos (como dá a entender, em princípio, a utilização do termo "ou")?

Imagine-se que o requerimento de suspensão surja a partir das três hipóteses possíveis:

a) não-localização do devedor, embora haja bens sujeitos à penhora;

b) bens passíveis de constrição não encontrados, porém o devedor é localizado;

c) não-localização do devedor e de bens a serem penhorados.

Na primeira hipótese, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – expressamente autorizada pelo art. 1º, *in fine*, da Lei n. 6.830/1980 – leva à conclusão de que não é possível deferir o pedido de suspensão da Execução Fiscal, pois devem ser aplicados os arts. 653 e 654, c.c. o art. 8º, IV, da LEF. Em síntese, o oficial de Justiça deverá proceder ao arresto dos bens encontrados, até o valor suficiente para a garantia do juízo, e, após, a Fazenda Pública deverá providenciar a citação editalícia, para fins de futura conversão do arresto em penhora. Ultimadas essas medidas, o juiz nomeará curador ao executado citado por edital, e a demanda terá prosseguimento, com a abertura de prazo para oposição dos Embargos à Execução Fiscal ou, caso decorrido o prazo sem a apresentação de defesa, com a designação de datas para alienação judicial dos bens penhorados. Não há, nesse caso, espaço para a aplicação do art. 40 da LEF.

Na hipótese "b", o requerimento de suspensão também deverá ser indeferido, caso o devedor, localizado, não tenha sido citado. Isso porque não se concebe que, uma vez localizado o devedor, a demanda possa ser suspensa sem a prévia triangularização processual. Com efeito, impõe-se o registro de que a suspensão independente da citação contrariaria os interesses do credor, uma vez que, sem a citação, nem sequer haveria interrupção do prazo prescricional. Ademais, estando localizado o devedor, o pedido de suspensão independente da sua citação viabilizaria a extinção do feito, por se presumir a perda de interesse processual da parte credora que, em condições de citar a parte contrária, opta pela injustificável suspensão da demanda.

Depois de feita a citação, porém, a permanência da situação na qual os bens não são encontrados permitirá a aplicação do art. 40 da LEF.

Até aqui, portanto, a única hipótese na qual a aplicação do art. 40 se mostrou razoável é aquela em que se citou o devedor localizado, mas não foram encontrados bens passíveis de penhora.

A última hipótese ("c") poderia gerar mais controvérsia. A interpretação literal do art. 40 possibilita ao juiz a suspensão da execução, bastando que o devedor não tenha sido localizado ou não terem sido encontrados bens passíveis de penhora. O art. 8º, IV, da Lei das Execuções Fiscais, contudo, prevê a citação por edital.

A questão a ser apreciada é: não sendo conhecido o paradeiro do devedor e de seus bens, seria facultado ao credor optar pela citação por edital (art. 8º, IV, da LEF) ou requerer a suspensão da Execução Fiscal (art. 40 da LEF)?

Entendo que ambos os dispositivos devem ser interpretados em conjunto, e de forma sistemática com os princípios que informam o direito processual. Dito de outro modo, o devedor citado por edital, por pressuposto lógico, continuará a ser qualificado como "não localizado". Desse modo, continuará a ser plenamente aplicável, após ultimada essa modalidade de citação, a regra do art. 40 da LEF.

Não me parece razoável o Poder Judiciário consentir com o entendimento segundo o qual uma ação possa ser proposta com a perspectiva de não se efetivar o primeiro e mais elementar dos atos processuais: a citação, ato pelo qual a relação processual estará devidamente triangularizada (autor-juiz-réu).

Se a parte autora, ora recorrente, considera desnecessário dar andamento ao processo, por considerar inócua a citação, por qual motivo ajuizou a demanda?

Acrescento, no caso concreto, que o Tribunal de origem destacou não terem sido esgotados os meios para localização do devedor. Como considerar, nessa circunstância, "não localizado" o devedor ou seus bens?

A finalidade do art. 40 da LEF é propiciar ao credor, durante o prazo de suspensão, ou mesmo após, no prazo de arquivamento administrativo – já sob o fluxo da prescrição intercorrente –, a adoção de diligências para retomar o prosseguimento do feito. Isso significa que, para a aplicação da regra do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, o juiz deverá estar convicto, de ofício ou por demonstração feita pela Fazenda Pública, de que nem o devedor nem os seus bens podem ser localizados sem a realização de pesquisas mais complexas. Assim, se a CEF não se interessa em promover a citação por edital – que pressupõe a comprovação de esgotamento, infrutífero, das diligências para localização da devedora – , como poderá o juiz se convencer de que a devedora realmente não foi ou não pode ser encontrada? Sem esse convencimento, como o juiz poderá aplicar a regra do art. 40 da LEF?

Com essas considerações, *nego provimento ao Recurso Especial.*

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 959.195-MG (2007/0131521-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Frederico Torres de Souza
Advogado: Flávio Couto Bernardes e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho
Bernardo Santos Torres e outro(s)

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Bolsa de estudos do Banco Central do Brasil. Isenção. Doação não caracterizada. Contraprestação de serviços. Recurso especial desprovido.

1. A isenção do imposto de renda prevista no art. 26 da Lei n. 9.250/1995 exige que a bolsa de estudos seja espécie de doação, sem vantagens para o doador.

2. Hipótese em que o recorrente continuou recebendo salário a título de bolsa de estudos para desenvolver atividades acadêmicas no exterior, assumindo por escrito a obrigação de reverter ao empregador os resultados dos estudos e pesquisas por este financiados.

3. A manutenção da natureza salarial da verba paga para cobrir os custos da oportunidade dada pelo Banco Central do Brasil ao seu servidor descaracteriza a doação.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 17.02.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto por Frederico Torres de Souza com base na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão que, julgando apelação em mandado de segurança, foi assim ementado:

> Tributário. Mandado de segurança. Imposto de renda. Programa de bolsa de estudos. Servidor do Banco Central do Brasil. Manutenção do vínculo empregatício. Verba de natureza salarial. Imposto de renda. Isenção. Não-incidência. Inteligência do artigo 26 da Lei n. 9.250/1995.
>
> 1. Conforme disposto no artigo 26 da Lei n. 9.250/1995 as bolsas de estudo e pesquisa só estarão isentas de incidência de imposto de renda quando assumirem o caráter de doação e forem recebidas exclusivamente para estudos ou pesquisas desde que seus resultados não representem vantagem para o doador, nem importem contraprestação de serviços.
>
> 2. A verba pecuniária recebida por servidor de autarquia (Bacen), malgrado sua denominação de “bolsa de estudos”, nada mais é do que salário recebido do empregador, o qual, em razão do interesse no aperfeiçoamento de seus quadros, autoriza o afastamento para realização de atividades de cunho acadêmico, com a reversão obrigatória do produto de tal atividade, *v.g.*, dissertação, tese etc., o que configura nítida vantagem auferida pelo patrocinador, afastando-se, assim, o caráter

de doação exigido para o auferimento do benefício fiscal previsto no artigo 26 da Lei n. 9.250/1995.

3. Apelação desprovida. (fl. 86)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

O recorrente alega violação ao:

a) art. 535 do CPC, sustentando que o acórdão recorrido teria sido omisso por não se manifestar sobre a eventual contrariedade ao art. 26 da Lei n. 9.250/1995 e ao art. 43, I e II, do CTN, "ao preceituar que bolsa de estudo somente não será considerada salário quando o doador não auferira qualquer vantagem com sua concessão" (fl. 103), o que teria modificado o conceito de renda previsto na norma geral de direito tributário;

b) art. 43, I e II, do CTN, argumentando que:

b.1) o acórdão recorrido não teria interpretado corretamente o art. 26 da Lei n. 9.250/1995, tendo em vista que a especialização do recorrente não representaria vantagem direta ao doador da bolsa, para quem trabalha;

b.2) a bolsa de estudos tem caráter indenizatório, não se enquadrando no conceito de renda contido no CTN.

Subiram os autos com contra-razões, admitido o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Verifico não haver omissão no acórdão recorrido. A questão posta para apreciação foi julgada com base em fundamentos suficientes para prestar a jurisdição, não estando o Juízo obrigado a se manifestar sobre cada argumento exposto pelo recorrente. Assim, nego provimento ao recurso especial quanto à alegada violação ao art. 535 do CPC.

De referência à violação do art. 43, I e II, do CPC, o recorrente faz considerações sobre a impossibilidade de se tributarem indenizações a título de imposto de renda, mas não conseguiu demonstrar o alegado caráter indenizatório do que recebeu por conta da bolsa de estudos, limitando-se a dizer:

> A conferência de bolsa de estudos pelo doador terá sempre o escopo de indenizar o estudante ou pesquisador dos gastos provenientes com a paralização de suas atividades laborativas para o único fim de produzir atividades intelectuais, visando a obtenção de título de pós-graduação, recompondo dispêndios para o citado objetivo. (fl. 109).

O recorrente é servidor do Banco Central do Brasil e participou de programa de pós-graduação oferecido pela instituição, tendo sido selecionado para fazer seus estudos nos Estados Unidos da América. O acórdão recorrido dá conta de que, nos termos desse programa, o servidor é afastado de suas atividades laborais, sem prejuízo dos seus vencimentos e do vínculo empregatício.

É evidente, portanto, que a verba recebida a título de bolsa de estudos é o salário do recorrente. Como foi relatado pelo Tribunal *a quo*, o recorrente foi autorizado a afastar-se para a realização de estudos acadêmicos, com a obrigação de reverter o produto dessa atividade em favor do Banco Central do Brasil, conforme o Termo de Concordância e Compromisso presente nos autos.

O art. 26 da Lei n. 9.250/1995 dispõe:

> Art. 26. Ficam isentas do imposto de renda as bolsas de estudo e de pesquisa caracterizadas como doação, quando recebidas exclusivamente para proceder a estudos ou pesquisas e desde que os resultados dessas atividades não representem vantagem para o doador, nem importem contraprestação de serviços.

Nos termos dessa Lei, a hipótese de incidência da norma isentiva exige que a bolsa de estudos seja caracterizada como doação e que os resultados das atividades de estudos e pesquisas não representem vantagem para o doador.

Na hipótese dos autos, não é o caso de se falar em doação e ausência de vantagem ao Banco Central do Brasil por conferir a bolsa de estudos. Como fixado pelo Tribunal *a quo*, o recorrente recebeu o seu salário a título de bolsa de estudos e assumiu o compromisso de reverter o produto da sua atividade acadêmica ao Banco Central do Brasil, conforme o Termo de Concordância e Compromisso constante dos autos.

Como se vê, o recorrente permaneceu com seu vínculo empregatício, apenas substituindo suas atividades laborais pelas acadêmicas. O Banco Central do Brasil conferiu a bolsa de estudos interessado nos resultados das pesquisas do recorrente, ou seja, na vantagem de contar com o trabalho de um funcionário mais instruído e especializado.

Ora, sequer pode-se falar em doação se o vínculo entre o recorrente e o Banco do Central do Brasil permaneceu inalterado, se a bolsa de estudos constituía o próprio salário recebido até então, se é nítida a vantagem que representa para a instituição financeira a presença de um funcionário pós-graduado em seus quadros.

O que mudou foi apenas a contra-prestação que o Banco Central do Brasil concordou aceitar pelo pagamento do salário: o aprimoramento acadêmico

do recorrente e a reversão à instituição dos respectivos resultados dessas atividades.

Como visto, não se pode falar em indenização porque não há prejuízos, danos ou qualquer evento indenizável para o recorrente, mas sim apenas os custos intrínsecos à oportunidade, dos quais ele já tinha conhecimento e aos quais já havia consentido.

Assim, não há violação aos arts. 43, I e II, do CTN e art. 26 da Lei n. 9.250/1995, haja vista que a natureza da renda salarial não se alterou, mas apenas a contra-prestação, que continuou sendo devida pelo recorrente. Também por haver contra-prestação, deve incidir o imposto de renda na espécie, sendo claro não se tratar de doação. Nesse sentido, esta Corte já teve oportunidade de se manifestar:

> Tributário. Repetição de indébito. Imposto de renda. Bolsa de pesquisa do CNPq. Isenção. Recurso especial desprovido.
>
> 1. São isentas do Imposto de Renda as bolsas de estudo e pesquisa recebidas do CNPq, exclusivamente para proceder a estudos ou pesquisas, visto que os resultados dessas atividades não representam vantagem para o doador, e por não importarem contraprestação de serviços. Inteligência dos arts. 26, da Lei n. 9.250/1995, e 39, VII, do Decreto n. 3.000/1999 (RIR/1999).
>
> 2. Recurso especial desprovido.
>
> (REsp n. 410.500-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 1º.06.2006, DJ 22.06.2006 p. 177)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 975.799-DF (2007/0182323-0)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Reinaldo Barros Miranda
Advogado: Valerio Alvarenga Monteiro de Castro
Recorrido: Distrito Federal
Procurador: Mariana Pessoa de Mello Peixoto e outro(s)
Interes.: Francisca da Silva Carneiro de Souza

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Denunciação da lide.

1. A "obrigatoriedade" de que trata o artigo 70 do Código de Processo Civil, não se confunde com o cabimento da denunciação. Aquela refere-se à perda do direito de regresso, já o cabimento liga-se à admissibilidade do instituto.

2. O cabimento da denunciação depende da ausência de violação dos princípios da celeridade e da economia processual, o que implica na valoração a ser realizada pelo magistrado em cada caso concreto.

3. No caso, o Tribunal de Justiça entendeu cabível a denunciação. A revisão de tal entendimento depende do revolvimento fático-probatório inviável no recurso especial. Incidência do verbete sumular n. 7-STJ. Precedente: REsp n. 770.590-BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 03.04.2006.

4. Ainda que superado tal óbice, as instâncias ordinárias deixaram transparecer que não haveria violação dos princípios aludidos, pois o servidor já teria sido condenado pelo Tribunal do Júri, o que limitaria as discussões a respeito do elemento subjetivo.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 28.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição da República e interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

Indenização. Homicídio praticado por policial contra cidadão. Responsabilidade civil do Estado.

1. Fato: o filho da autora morreu em virtude de disparo de arma de fogo efetuado por policial civil, lotado na Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes do Distrito Federal; nas proximidades da torre de televisão, onde se realizava a Micarecandanga. O agente de polícia estava de serviço, mas as razões de seu desentendimento com terceiros e posteriormente com a vítima fatal não foram apuradas. Levado a Júri Popular, o réu foi definitivamente julgado. A autora ajuizou ação contra o Estado.

2. Responsabilidade civil do Estado: a espécie não cuida de execução civil da sentença criminal condenatória, mas de ação de conhecimento por meio da qual pretende seja o Distrito Federal condenado a arcar com a indenização do policial que estava em serviço e cometeu ato ilícito (homicídio). Não há, como visto, título executivo ou coisa julgada da sentença criminal com relação ao Distrito Federal, pois este não integrou a lide criminal. Assim, devem ser assegurados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV) ao DF. No mesmo sentido, a lição de Carlos Roberto Gonçalves (*op. cit*. p. 498), *ipisis litteris*: "*a execução civil decorrente do dano causado pelo delito recai exclusivamente sobre o patrimônio do próprio condenado, exatamente porque a responsabilidade criminal é pessoal. Como já foi visto, condenado criminalmente o empregado ou o filho menor, a execução não pode ser promovida contra o patrão ou contra os pais. Contra estes não há título executivo judicial*". O Distrito Federal, pessoa jurídica de Direito Público, possui responsabilidade objetiva, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição da República. Josivaldo Félix de Oliveira (*in* A responsabilidade do Estado por ato lícito, p. 56) pontifica que "*configurado o dano da produção de qualquer serviço público, surge para o Estado a obrigatoriedade de compor o dano mediante a justa indenização, não ficando a vítima na dependência da comprovação da culpa ou dolo por parte dos servidores que o executaram. Deflui-se, portanto, que em sede de responsabilidade objetiva, a obrigatoriedade do ente público indenizar tem por pressuposto um dano produzido pelo agente público quando no exercício das atividades que lhe são próprias, o prejuízo patrimonial sofrido pelo administrado e o nexo de causalidade entre o dano e o ato lesivo*."

3. Danos morais: Leciona Carlos Roberto Gonçalves (*op. cit*. p. 552), *in verbis*: "*O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho*". Assiste direito à autora, portanto, ao recebimento de indenização por dano moral. O MM. Juiz arbitrou o *quantum* indenizatório, a título de danos

morais, no montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais) (fl. 190). Essa importância, todavia, configura-se excessiva ao considerarmos ter a vítima contribuído para o evento (envolveu-se gratuitamente na confusão que gerou o homicídio), bem como a capacidade econômica do ofensor, policial civil. A reparação por dano moral, por não possuir o caráter de ressarcimento, deve ser suficiente para trazer um consolo para o beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram. Não pode, conseqüentemente, ser ínfima, isto é inócua, a fim de evitar que a conduta lesiva se repita. Com base nessas premissas de razoabilidade e moderação, reduz-se o valor arbitrado para R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

4. Pensão alimentícia: É devido o pagamento de pensão alimentícia equivalente a 2/3 (dois terços) de 3,63 salários mínimos até a que a vítima completasse 25 anos e 1/3 (um terço) até que a completasse 65 anos de idade. A pensão mensal a ser paga em caso de falecimento de filho não necessita da prova de que este sustentava a sua família, no caso, a genitora. Presume-se o sustento em virtude do art. 229 da Constituição da República que determina aos filhos maiores que ajudem e amparem os pais na velhice, carência ou enfermidade.

5. Atualização da pensão alimentícia relativa às prestações vincendas: É incabível a correção monetária sobre a pensão fixada com base em salário mínimo. Nesse sentido, a Súmula n. 490 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "*A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores*". A pensão, no caso, será reajustada sempre que o salário mínimo o for, de modo automático. Na mesma esteira, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Se o acórdão refere a valor de pensão já atualizado pelo salário mínimo, descabe a determinação nele também constante para correção retroativa à data do sinistro, por configurar* bis in idem*, que ora se retifica para estabelecer que cada parcela será paga de acordo com o piso vigente à época*". (REsp 537.382-RJ; Relator Ministro Aldir Passarinho Junior).

6. Recurso do Distrito Federal e remessa oficial conhecidos e parcialmente providos para reduzir o *quantum indenizatório* fixado por danos morais e excluir a correção monetária sobre os reajustes das prestações alimentícias vincendas. Recursos da autora e do litisconsorte passivo não admitidos. Unânime (fls. 260/262).

Os embargos de declaração a seguir opostos foram conhecidos e providos nos termos da seguinte ementa:

Embargos de declaração interpostos pela autora e pelos dois réus em razão de alegadas omissões. Procedência dos embargos do agente público para conhecer e negar provimento ao seu apelo tido por intempestivo. Dar provimento dos embargos

da autora para suprir a omissão quanto aos termos *a quo* dos juros e da correção monetária. rejeição dos embargos declaratórios do Distrito Federal.

1. Fato: O filho da autora morreu em virtude de disparo de arma de fogo efetuado por policial civil, lotado na Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes do Distrito Federal; nas proximidades da torre de televisão, onde se realizava a Micarecandanga. O agente de polícia estava de serviço, mas as razões de seu desentendimento com terceiros e posteriormente com a vítima fatal não foram apuradas. Levado a Júri Popular, o réu foi definitivamente julgado. A autora ajuizou ação contra o Estado.

2. Tempestividade do apelo do agente público: É tempestiva a apelação interposta prematuramente pela parte quando há nos autos embargos declaratórios interpostos por adversária que, inobstante estejam decididos, pendam de publicação.

3. Denunciação à lide: De acordo com o art. 37, § 6º da CF, é assegurado: "As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." O inciso III do art. 70 do CPC, *in verbis*: "A denunciação da lide é obrigatória: (...) III – Àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda". Portanto, a responsabilização do agente público é direito assegurado constitucionalmente ao Distrito Federal. Logo, a denunciação à lide é obrigatória vertente, conforme o disposto no inciso III, do art. 70 do CPC, uma vez que está obrigado pela lei maior a indenizar, em ação regressiva o prejuízo do que perder a demanda.

4. Culpa concorrente: a responsabilidade objetiva é atenuada se demonstrado caso fortuito, força maior, estado de necessidade, culpa da vítima e culpa de terceiros. Josivaldo Félix de Oliveira doutrina, *in verbis*: "O dano imputável à culpa do lesado, quando este o tornou inevitável ou o agravou, exclui total ou parcialmente a responsabilidade do Estado. Da mesma forma o dano indireto, provocado mediante a intervenção de um terceiro exclui o Estado de responder pelas conseqüências danosas. Se o dano provém, simultaneamente, do ato de um particular e do ato da Administração Pública, esta será responsável pelo limite que lhe couber".

5. Pensão alimentícia. fixação em salário mínimo: "O *de cujus* era Soldado do Exército e recebeu no mês de seu falecimento (agosto/1997) a quantia de R$ 435,60. O MM. Juiz deduziu ser esta importância o equivalente a 3,63 salários mínimos, porque em 1997 o salário mínimo era de R$ 120,00. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o arbitramento de pensão alimentícia com base em salários-mínimos.

> 6. Juros moratórios e correção monetária. termos *a quo*: os juros moratórios de 0,5% a.m. são devidos a contar do efeito danoso, *ex vi* do verbete 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e do art. 1.062 do Código Civil de 1916. a correção monetária, por sua vez, é devida a partir da data da fixação do *quantum* indenizatório, pela variação do INCP; índice que melhor reflete a reposição do valor nominal da moeda (apc 1-10177520) (fls. 327/329).

No recurso especial, o recorrente, servidor público apontado como o causador do dano, sustenta a violação do artigo 70, inciso III, do CPC. Insurge-se conta o cabimento da denunciação da lide.

Afirma que por não ser obrigatória a denunciação da lide ao servidor público, nos casos de responsabilidade civil do Estado, não deveria ter sido admitida, já que como agente público não teria agido "dolosamente no ocorrido e estava no cumprimento do seu dever" (fl. 356).

Assevera nas razões recursais que:

> O recorrente insiste na impossibilidade de haver a denunciação no caso dos autos. Isto porque a denunciação à lide somente deve ser admitida quando o Recorrente esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso a Recorrida seja vencida (artigo 70, III, do CPC).
>
> Há de se ressaltar que o Recorrente não agiu dolosamente no ocorrido e estava no cumprimento do seu dever, não se admitindo nesse caso a denunciação da lide (fl. 356).

Anota ainda o seguinte:

> Assim, como visto, houve ofensa ao artigo 70, III do CPC, vez que a denunciação a lide não é obrigatória, ou seja, o Distrito Federal após ser acionado em ação de indenização não estava obrigado a denunciar a lide o Recorrente supostamente responsável pelo ato lesivo, porque, além de impor a Recorrida manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional, tal pretensão regressiva poderia ser objeto de ação autônoma (CF/1988, art. 37, § 6º) (fl. 358).

O recorrido ofertou contra-razões às fls. 383-392.

Admitido na origem o apelo (fl. 423), subiram os autos para julgamento.

O MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. Dulcinéa Moreira de Barros, opina pelo provimento do recurso ao argumentar que a denunciação da lide ao servidor que causou o dano seria desnecessária (fls. 433/436).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O caso dos autos retrata ação de responsabilidade civil, movida contra o Distrito Federal, pela mãe de Expedito Camelo de Souza Júnior, falecido em virtude de disparo de arma de fogo, desferido por Reinaldo Barros Miranda, policial civil em serviço no evento Micarecandanga/1997.

A questão submetida ao recurso especial diz respeito ao cabimento da denunciação da lide ao servidor causador do dano, nos casos de responsabilidade civil do Estado.

O recorrente sustenta que:

> O recorrente insiste na impossibilidade de haver a denunciação no caso dos autos. Isto porque a denunciação à lide somente deve ser admitida quando o Recorrente esteja obrigado, por força de lei ou do contrato, a garantir o resultado da demanda, caso a Recorrida seja vencida (artigo 70, III, do CPC).
>
> Há de se ressaltar que o Recorrente não agiu dolosamente no ocorrido e estava no cumprimento do seu dever, não se admitindo nesse caso a denunciação da lide (fls. 356/357).

O artigo 70 do Código de Processo Civil está redigido nos seguintes termos:

> Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:
>
> I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção Ihe resulta;
>
> II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;
>
> III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Segundo, precisa a lição de Moacyr Amaral Santos, a "denunciação da lide é o ato pelo qual o autor ou o réu chamam a juízo terceira pessoa, que seja garante do seu direito, a fim de resguardá-lo no caso de ser vencido na demanda em que se encontram" (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva. 2v. 20ª ed. 1999, p. 27).

De início, importa traçar linha divisória entre a obrigatoriedade da denunciação e o seu cabimento.

A obrigatoriedade refere-se à perda do direito de regresso ao não exercer o ônus processual, isso porque, no sistema processual pátrio, a regra é que ninguém pode ser compelido a demandar. A propósito, a lição de Moacyr Amaral Santos:

> Trata-se de ato obrigatório (Código Processo Civil, art. 70), no sentido de que a parte, na relação processual, perderá o direito de regresso contra aquele que é o garante do seu direito discutido em juízo, se não tiver feito a denúncia a este e porventura for vencida (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva. 2v. 20ª ed., 1999, p. 27).

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência têm asseverado que, não obstante a literalidade do artigo 70 do CPC, o denunciante não perde o direito de regresso ao não exercer o ônus processual, principalmente nos casos dos incisos II e III. Confira-se a respeito, dentre muitos, os EREsp n. 128.051-RS, Relator Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, DJ 1º.09.2003, p. 213; REsp n. 866.614-AL, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 17.09.2007, p. 240; AgRg nos EDcl no REsp n. 927.940-SE, Relator Ministro Francisco Falcão, DJU de 13.09.2007.

Ainda, oportuno trazer à balha o seguinte julgado:

> Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Denunciação da lide. Direito de regresso. Art. 70, III, do CPC.
>
> 1. A denunciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.
>
> 2. A denunciação da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/1988 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.
>
> 3. Não perde o Estado o direito de regresso se não denuncia a lide ao seu preposto (precedentes jurisprudenciais).
>
> 4. Embargos de divergência rejeitados. (EREsp n. 313.886-RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJU de 22.03.2004)

Já o cabimento da denunciação relaciona-se com a admissibilidade da intervenção em cada caso concreto. Isso dependerá da aferição pelo magistrado do real impacto na celeridade e economia processuais.

Colaciona-se, a respeito, o entendimento de Fredie Didier Jr.:

> Não há como chegar a outra conclusão: a solução que se dá ao problema da admissibilidade da denunciação da lide é casuística. Existem as duas concepções,

muito bem construídas e defendidas, cada uma puxando para um lado, como vetores de sentidos opostos. É no caso concreto, contudo, que se medem as forças. Parece-nos não ser possível vetar-se, em abstrato, a admissibilidade da denunciação da lide em hipóteses de garantia imprópria (simples direito de regresso). Nada há no texto legal que aponte neste sentido, tampouco os antecedentes legislativos lhe servem de apoio. De fato, a idéia do legislador de 1973 foi mesmo a de permitir o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, qualquer que seja ela, em um mesmo processo.

Mas não se pode negar que, de fato, a denunciação da lide implica um incremento da carga cognitiva do magistrado, seja pelo acréscimo de pedido novo, seja pela ampliação do *thema probandum*: fatos novos são deduzidos, os quais, muitas vezes, dependerão de um meio de prova distinto daquele que seria inicialmente utilizado (como uma perícia ou inspeção judicial, por exemplo). Essa situação dificulta, indiscutivelmente, a prestação da tutela jurisdicional para o adversário do denunciante - e a situação do particular envolvido em demanda contra o Poder Público, que pretende exercer sua pretensão regressiva contra o servidor pela denunciação da lide, serve bem como exemplo.

(...)

Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando o princípio da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se admissão da denunciação da lide pode comprometer a rápida solução do litígio, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, in concreto, a denunciação, restando ao prejudicado exercer por vias autônomas a sua pretensão regressiva. (Direito Processual Civil, vol. 1, 5ª ed., p. 318/319).

Ainda sobre o cabimento da denunciação da lide, oportuno colacionar o seguinte julgado da Primeira Turma:

Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Denunciação da lide. Impossibilidade.

1. 'A denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios' (REsp n. 43.367-SP, 4ª Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.06.1996).

2. No caso, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a denunciação da lide ao agente público causador do dano implicaria prejuízo à celeridade e à economia processual, o que impede sua admissão.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 770.590-BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 03.04.2006)

Extrai-se do voto do relator o seguinte excerto:

> *Assim, só é cabível a denunciação da lide quando o julgador, analisando as circunstâncias da causa, verificar que a sua admissão não implicará ofensa à celeridade e à economia processual.* No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que "a diversidade de razões para cada ação coloca em risco a celeridade processual para o desfecho da ação principal, vez que estaria introduzindo uma outra lide. Note-se que o agravante requereu a denunciação a 10 (dez) servidores públicos, o que, inevitavelmente, traria, sérios prejuízos ao agravado, pois teria que aguardar a instrução para a determinação do tipo de conduta de cada um deles" (fl. 139). *Registre-se que não cabe, em sede de recurso especial, a análise das circunstâncias de fato que conduziram à essa conclusão, por exigir o revolvimento do conteúdo fático-probatório da demanda, providência vedada pela Súmula n. 7-STJ.*

No recurso especial, o recorrente sustenta ser incabível a denunciação justamente porque não estaria "obrigado", por força de lei ou contrato, a garantir o resultado da demanda. Anota ainda que "não agiu dolosamente no ocorrido e estava no cumprimento do seu dever, não se admitindo nesse caso a denunciação da lide" (fl. 356).

Nota-se que apesar das razões recursais apresentarem certa confusão entre os institutos (obrigatoriedade e cabimento) pode ser extraído que a irresignação pertine ao cabimento da denunciação.

E, nesse contexto, inviável o reclamo.

O que justifica a existência da denunciação da lide é a economia e a celeridade do processo, aglomerando-se duas demandas em uma única relação processual. O cabimento da intervenção depende necessariamente da possibilidade de atingir seus objetivos, o que implica dizer que será incabível sempre que atentar contra seus postulados fundamentais.

Esse juízo de valor deve ser realizado pelo magistrado em cada caso concreto. Caberá ao juiz diante dos novos pedidos e causa de pedir, avaliar até que ponto a ampliação do objeto de cognição permite regular tramitação do processo.

Oportuno destacar, mais uma vez, o seguinte excerto do EREsp n. 313.886-RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJU de 22.03.2004:

> 1. A denunciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, *mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.*

Tal juízo não pode ser realizado em sede de recurso especial por implicar no revolvimento fático-probatório, inviável na seara do recurso especial. Incide, portanto, o verbete sumular n. 7-STJ, nos moldes dos ensinamentos doutrinários e das razões de decidir do REsp n. 770.590-BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJU 03.04.2006, já que o Tribunal de origem considerou cabível a denunciação da lide ao servidor.

Ainda que superado tal óbice, as instâncias ordinárias deixaram transparecer que não haveria violação dos princípios da celeridade e da economia.

Com efeito, na espécie, muito embora a causa de pedir envolva a responsabilidade objetiva do Estado e a denunciação dependa da análise do elemento subjetivo da conduta do agente público, pois já houve condenação criminal do agente, o que limitaria as discussões a respeito da culpa, nos termos do artigo 935 do Código Civil.

A respeito, a sentença anota que: "A prova produzida nos autos demonstra que o preposto do requerido agiu com culpa, tanto é que foi condenado pelo Tribunal do Júri." (fl. 185).

Ante o exposto, *não conheço do recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 984.607-PR (2007/0210571-4)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Juraci Rodrigues da Silva
Advogado: Manoel Monteiro de Andrade
Recorrido: Fazenda Nacional
Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho
Cíntia Lacroix Farina e outro(s)

EMENTA

Tributário. Apreensão de mercadorias. Importação irregular. Pena de perdimento. Conversão em renda.

1. Nos termos do Decreto-Lei n. 37/1966, justifica-se a aplicação da pena de perdimento se o importador tenta ingressar no território nacional, sem declaração ao posto fiscal competente, com mercadorias

que excedem, e muito, o conceito de bagagem, indicando nítida destinação comercial.

2. O art. 118 do CTN consagra o princípio do *non olet*, segundo o qual o produto da atividade ilícita deve ser tributado, desde que realizado, no mundo dos fatos, a hipótese de incidência da obrigação tributária.

3. Se o ato ou negócio ilícito for *acidental* à norma de tributação (= estiver na periferia da regra de incidência), surgirá a obrigação tributária com todas as conseqüências que lhe são inerentes. Por outro lado, não se admite que a ilicitude recaia sobre *elemento essencial* da norma de tributação.

4. Assim, por exemplo, a renda obtida com o tráfico de drogas deve ser tributada, já que o que se tributa é o aumento patrimonial e não o próprio tráfico. Nesse caso, a ilicitude é circunstância acidental à norma de tributação. No caso de importação ilícita, reconhecida a ilicitude e aplicada a pena de perdimento, não poderá ser cobrado o imposto de importação, já que "importar mercadorias" é elemento essencial do tipo tributário. Assim, a ilicitude da importação afeta a própria incidência da regra tributária no caso concerto.

5. A legislação do imposto de importação consagra a tese no art. 1º, § 4º, III, do Decreto-Lei n. 37/1966, ao determinar que "o imposto não incide sobre mercadoria estrangeira (...) que tenha sido objeto de pena de perdimento".

6. Os demais tributos que incidem sobre produtos importados (IPI, PIS e Cofins) não ensejam o mesmo tratamento, já que o fato de ser irregular a importação em nada altera a incidência desses tributos, que têm por fato gerador o produto industrializado e o faturamento, respectivamente.

7. O art. 622, § 2º, do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 4.543/2002) deixa claro que a "aplicação da pena de perdimento" (...) "não prejudica a exigência de impostos e de penalidades pecuniárias".

8. O imposto sobre produtos industrializados tem regra específica no mesmo sentido (art. 487 do Decreto n. 4.544/2002 - Regulamento do IPI), não dispensando, "em caso algum, o pagamento do imposto devido".

9. O depósito que o acórdão recorrido determinou fosse convertido em renda abrange, além do valor das mercadorias apreendidas, o

montante relativo ao imposto de importação (II), ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), à contribuição ao PIS e à Cofins.

10. O valor das mercadorias não pode ser devolvido ao contribuinte, já que a pena de perdimento foi aplicada e as mercadorias foram liberadas mediante o depósito do valor atualizado. Os valores relativos ao IPI, PIS e Cofins devem ser convertidos em renda, já que a regra geral é de que a aplicação da pena de perdimento não afeta a incidência do tributo devido sobre a operação.

11. O recurso deve ser provido somente para possibilitar a liberação ao contribuinte do valor relativo ao imposto de importação.

12. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 05.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado exclusivamente na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição da República e interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região, que deu provimento em parte ao apelo do autor apenas para reduzir o montante fixado à título de honorários, mas negou provimento quanto ao mérito por entender que a aplicação da pena de perdimento não afeta a cobrança do próprio crédito tributário.

O aresto recebeu a seguinte ementa:

Tributário. Mercadorias importadas irregularmente. Pena de perdimento.

1. Aplicação da pena de perdimento quando caracterizada a importação irregular das mercadorias estrangeiras em quantidade que indique destinação comercial.

2. Conversão em renda do valor do depósito anteriormente realizado em garantia quando da liberação dos bens.

3. Redução dos honorários advocatícios para 10% do valor da causa (fl. 78).

Alega o recorrente que o acórdão viola o disposto nos artigos 105, X, do DL. n. 37/1966, 108 e 112 do Código do Tributário Nacional - CTN. Sustenta que a pena de perdimento prevista no art. 105, X, do DL n. 37/1966 somente pode ser aplicada às mercadorias expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país, o que não é o caso dos autos, pois as mercadorias foram apreendidas em trânsito.

Aponta, ainda, ofensa ao art. 118 do CTN. Argumenta que a pena de perdimento é incompatível com a cobrança do tributo, pois, segundo entende, a aplicação dessa penalidade simultaneamente à cobrança do tributo configura, a um só tempo, enriquecimento sem causa do Poder Público e dupla penalização do contribuinte pelo mesmo fato.

A Fazenda Nacional ofertou contra-razões à fl. 92.

Admitido o apelo na origem (fl. 94), subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O ora recorrente ajuizou ação ordinária contra a União com o objetivo de anular a pena de perdimento que lhe foi imposta por força da importação irregular de mercadorias.

Na audiência de conciliação, o juízo determinou a entrega das mercadorias à parte autora mediante caução, que abrangeria o valor total dos bens atualizado pela Selic, bem como dos impostos e contribuições incidentes sobre a operação, inclusive a multa indicada pela Fazenda (fl. 29).

O autor realizou o depósito no valor de R$ 4.255,65, abrangendo o valor das mercadorias apreendidas, do imposto de importação (II), do imposto sobre produtos industrializados (IPI), da contribuição ao PIS e da Cofins (fl. 54).

A Fazenda Nacional anuiu com a suficiência do depósito (fl. 56).

O Juízo singular julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, ao reconhecer a correção da pena de perdimento, e determinou a conversão em renda do depósito.

O TRF da 4ª Região deu provimento em parte ao apelo, apenas para reduzir o montante da verba honorária. A Corte Regional considerou correta a aplicação

da pena de perdimento, bem como a conversão do depósito em renda da União (fls. 76/78).

No recurso especial, alega o recorrente violação dos artigos 105, X, do DL n. 37/1966, 108 e 112 do Código do Tributário Nacional - CTN. Sustenta que a pena de perdimento somente pode ser aplicada às mercadorias expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país, o que não é o caso dos autos, pois as mercadorias foram apreendidas em trânsito.

Argumenta que a pena de perdimento é incompatível com a cobrança do tributo. Segundo entende, a aplicação dessa penalidade simultaneamente à cobrança do tributo configura, a um só tempo, enriquecimento sem causa do Poder Público e dupla penalização do contribuinte pelo mesmo fato.

Os dispositivos que o recorrente aponta como malferidos receberam na origem carga decisória suficiente a permitir o conhecimento do apelo.

Passo ao exame do mérito.

A primeira questão trazida no recurso diz respeito à aplicação da pena de perdimento ao caso dos autos. O recorrente defende que a penalidade somente pode ser aplicada às mercadorias expostas à venda, depositadas ou em circulação comercial no país, e não na hipótese de apreensão em trânsito.

O voto condutor do acórdão recorrido, da lavra do Juiz Federal Leandro Paulsen, assim examinou o tema:

> Do Perdimento das Mercadorias:
>
> O que se discute no presente recurso é a aplicação de pena de perdimento das mercadorias adquiridas pelo autor no Paraguai e que não foram declaradas no posto de fiscalização adequado.
>
> Analisando os autos, entendo que não merece provimento o recurso do apelante, já que incidem na espécie os seguintes dispositivos:
>
> Regulamento Aduaneiro:
>
> Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei n. 37, de 1966, art. 105, e Decreto-Lei n. 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei n. 10.637, de 2002, art. 59): (Redação dada pelo Decreto n. 4.765, de 24.06.2003).
>
> (...)
>
> X - Estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular;
>
> Decreto-Lei n. 37/1966:

Art. 105. Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

(...)

X - Estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não fôr feita prova de sua importação regular;

(...)

Decreto n. 1.455:

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966.

Parágrafo único. O dano ao Erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

Assim, para a aplicação da pena de perdimento, basta que esteja caracterizada a importação irregular das mercadorias estrangeiras e a sua destinação comercial. Tenho que não é necessário que a mercadoria já esteja sendo vendida no comércio nacional, sendo suficiente a demonstração de que as mercadorias possuem destinação comercial.

Em relação ao primeiro requisito, está demonstrado pelo fato de ter o demandante sido flagrado em ônibus, após ter cruzado a Ponte da Amizade e passado o Posto de Fiscalização. Já no que tange ao segundo requisito, houve a apreensão de grande quantidade de mercadorias, o que caracteriza sua destinação comercial. Assim, a situação fática enquadra-se na hipótese legal prevista como passível de pena de perdimento.

Esclarece-se que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na pena de perdimento das mercadorias, já que os direitos fundamentais, onde se inclui o direito de propriedade, não são absolutos, podendo ser restringidos pelo legislador.

Outrossim, há destacar que o prazo de 20 dias concedido pela autoridade fazendária, no auto de infração, não é concedido para o pagamento dos tributos, mas sim para que o contribuinte possa oferecer defesa. Trata-se de corolário do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Por isso, se mostram totalmente insubsistentes os argumentos do autor no sentido de que a penalidade somente poderia ser aplicada se não se efetuasse o pagamento dos tributos no prazo de 20 dias.

Por essas razões, há se negar provimento ao recurso quanto ao ponto (fls. 76/77).

Quanto ao ponto, nada tenho a opor ao acórdão recorrido, que examinou minuciosamente a legislação de regência da matéria, tendo ressaltado a existência de fortes indícios, não refutados pela parte autora, de que os bens importados tinham natureza comercial, o que justifica a aplicação da pena de perdimento.

A natureza comercial destacada no artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 foi devidamente aferida pela autoridade fazendária e o procedimento adotado encontra respaldo no artigo 68 da Medida Provisória n. 2.158/2001, o que justifica a retenção das mercadorias.

Confira-se o dispositivo retro mencionado:

> Art. 68. *Quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização.*
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplicar-se-á na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Receita Federal, que disporá sobre o prazo máximo de retenção, bem assim as situações em que as mercadorias poderão ser entregues ao importador, antes da conclusão do procedimento de fiscalização, mediante a adoção das necessárias medidas de cautela fiscal.

No mesmo sentido dispõe os art. 65 da IN/SRF n. 206/2002 com base:

> Art. 65. A mercadoria introduzida no País sob fundada suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento ou que impeça seu consumo ou comercialização no País, será submetida aos procedimentos especiais de controle aduaneiro estabelecidos neste título.
>
> Parágrafo único. A mercadoria submetida aos procedimentos especiais a que se refere este artigo ficará retida até a conclusão do correspondente procedimento de fiscalização, independentemente de encontrar-se em despacho aduaneiro de importação ou desembaraçada.

Desse modo, a Receita Federal está autorizada a reter mercadorias sobre as quais pairem indícios de infração punível, estabelecendo procedimento administrativo que, ao final, poderá implicar na aplicação da pena de perdimento.

No caso dos autos, vê-se que o recorrente tentou ingressar no território nacional com quantidade de mercadorias que excede, e muito, o conceito de bagagem, a ponto de indicar nítida destinação comercial, não se podendo afastar, portanto, a conclusão do aresto de segundo grau.

O segundo ponto tratado no apelo diz respeito à possibilidade de cumulação da pena de perdimento com a cobrança dos tributos incidentes sobre a operação.

O acórdão recorrido assim examinou a questão:

> No que se refere à conversão do depósito em renda, o recurso não apresenta razões suficientes a que se dê outra destinação diferente da conversão em renda.
>
> Note-se que o depósito foi feito em garantia, sujeitando-se à decisão final que foi contrária ao Autor.
>
> Não traz ele, de outro lado, qualquer fundamento legal para a destinação pretendida, qual seja, o levantamento parcial.
>
> Ademais, o CTN dispõe, claramente, em seu artigo 118, que a eventual ilicitude subjacente não afasta a ocorrência do fato gerador, *verbis*:
>
> Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:
>
> I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;
>
> II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.
>
> Assim, como no caso concreto, caracterizou-se o suporte fático concreto descrito pela norma como fato gerador dos tributos devidos, não há razão para se determinar o levantamento do depósito em favor do autor (fl. 77).

O art. 118 do CTN consagra o princípio do *non olet* (sem cheiro), que chegou ao nosso ordenamento jurídico como uma herança do Direito Romano.

Em Roma, o imperador Vespasiano, ao perceber que o Império enfrentava uma grave crise financeira, com aumento significativo das despesas públicas, chama seu filho, Tito, e sugere o aumento da tributação.

Tito diz que a população não suportaria, sem protestos, um aumento da carga tributária. Como saída para o problema, Vespasiano resolve tributar o uso dos banheiros públicos. O filho diz que o dinheiro seria sujo, mas o pai lhe responde que supriria a falta de recursos.

Depois de arrecadado o novo tributo, Vespasiano chama Tito e lhe entrega um punhado de moedas, pedindo que cheirasse o dinheiro.

Diante da constatação do filho de que o dinheiro não tinha cheiro, disse a célebre frase: *tributum non olet* ou, em português literal, "tributo não tem cheiro".

Assim, nasceu esse princípio, consagrado no art. 118 do CTN, segundo o qual o produto da atividade ilícita deve ser tributado, desde que realizado, no mundo dos fatos, a hipótese de incidência da obrigação tributária.

Há certa convergência na doutrina de que a regra de tributação pode atingir o produto patrimonial de uma atividade ilícita. O que não pode é a regra de tributação tomar como hipótese para a incidência do tributo uma atividade ilícita.

Em outras palavras, se o ato ou negócio ilícito for *acidental* à norma de tributação (= estiver na periferia da regra de incidência), surgirá a obrigação tributária com todas as conseqüências que lhe são inerentes. Por outro lado, não se admite que o ato ou negócio ilícito figure como *elemento essencial* da norma de tributação.

Assim, por exemplo, a renda obtida com o tráfico de drogas deve ser tributada, já que o que se tributa é o aumento patrimonial e não o próprio tráfico. Nesse caso, a ilicitude é circunstância acidental à norma de tributação.

No caso de importação ilícita, reconhecida a ilicitude e aplicada a pena de perdimento, não poderá ser cobrado o imposto de importação, já que "importar mercadorias" é elemento essencial do tipo tributário. Assim, a ilicitude da importação afeta a própria incidência da regra tributária no caso concerto.

Essa tese, aliás, foi expressamente consagrada na legislação do Imposto de Importação, como se observa do art. 1º, do Decreto-Lei n. 37/1966:

> Art. 1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional.
>
> § 4º. O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira:
>
> I - avariada ou que se revele imprestável para os fins a que se destinava, desde que seja destruída sob controle aduaneiro, antes de despachada para consumo, sem ônus para a Fazenda Nacional;
>
> II - em trânsito aduaneiro de passagem, acidentalmente destruída; ou
>
> *III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida* (original sem grifos).

Já os demais tributos que incidem sobre produtos importados (IPI, PIS e Cofins) não ensejam o mesmo tratamento.

O IPI incide sobre produtos industrializados (sejam nacionais ou estrangeiros). Assim, o fato de ser irregular a importação não atinge a materialidade da hipótese de incidência tributária, já que a importação é algo não essencial à norma, mas apenas aspecto acidental.

Já a contribuição ao PIS e à Cofins incidem, via de regra, sobre o faturamento. Mais uma vez, o fato de ser irregular a importação em nada abala a aplicação dessas normas tributárias.

Portanto, em relação a esses tributos, não se pode aplicar a mesma conclusão adotada para o imposto de importação.

Nesses termos, a aplicação da pena de perdimento, em face da ilicitude da importação, não afeta a incidência do IPI e das contribuições sociais (PIS e Cofins).

Basta que se examine, por exemplo, a regra do art. 622, § 2º, do Decreto n. 4.543, de 26 de dezembro de 2002, ato legal que institui o chamado regulamento Aduaneiro.

O dispositivo em destaque enuncia o seguinte:

> Art. 622. Consideram-se como produtos estrangeiros introduzidos clandestinamente no território aduaneiro, *para efeito de aplicação da pena de perdimento*, os cigarros nacionais destinados à exportação que forem encontrados no País.
>
> § 2º. A aplicação da pena de perdimento referida no *caput não prejudica a exigência de impostos e de penalidades pecuniárias*, na forma da legislação específica (original sem grifos).

Há regra específica para o imposto sobre produtos industrializados. O Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto n. 4.544/2002, no Título X, Capítulo I, ao tratar das infrações, estabelece no art. 487 o seguinte:

> Art. 487. A aplicação da pena e o seu cumprimento *não dispensam, em caso algum, o pagamento do imposto devido*, nem prejudicam a aplicação das penas cominadas, para o mesmo fato, pela legislação criminal.

A legislação do IPI, portanto, é expressa em não dispensar o pagamento do imposto, mesmo após a aplicação da pena de perdimento da mercadoria importada ilicitamente. Essa regra seria até dispensável em face do que dispõe o art. 622, § 2º, do Regulamento Aduaneiro (regra geral) e, mesmo, do próprio entendimento aqui consagrado de que a aplicação de penalidade (pena de perdimento), via de regra, não afeta a subsistência do fato imponível.

Examinemos, agora, o caso concreto.

O depósito que o acórdão recorrido determinou fosse convertido em renda abrange, além do valor das mercadorias apreendidas, o montante relativo ao imposto de importação (II), ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), à contribuição ao PIS e à Cofins.

O valor das mercadorias não pode ser devolvido ao contribuinte, já que a pena de perdimento foi aplicada e as mercadorias foram liberadas mediante o depósito do valor atualizado.

Os valores relativos ao IPI, PIS e Cofins devem ser convertidos em renda, já que a regra geral é de que a aplicação da pena de perdimento não afeta a incidência do tributo devido sobre a operação.

Assim, o recurso deve ser provido somente em parte, para possibilitar a liberação ao contribuinte do valor relativo ao imposto de importação, pois há regra expressa nesse sentido (art. 1º, § 4º, III, do DL n. 37/1966).

Ante o exposto, *dou provimento em parte ao recurso especial.*

É como voto.

Jurisprudência da Segunda Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 539-SP (1996/0064074-2)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Revisor: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região)
Autor: Selecta Comércio e Indústria S/A
Advogado: Ivan Nunes Ferreira e outro(s)
Réu: Ministério Público do Estado de São Paulo
Réu: Banco Noroeste S/A
Advogado: Maurílio Moreira Sampaio e outro(s)

EMENTA

Ação rescisória. Recurso especial. Não conhecimento. Pretendida rescisão do julgado que não conheceu do recurso, por ausência de procuração. Preliminares de valor da causa incorreto, de ilegitimidade do Ministério Público e de instituição bancária para figurarem no pólo passivo da demanda. Ação rescisória extinta, sem exame do mérito.

1) O *quantum* fixado a título de valor da causa, que repercute diretamente no montante depositado, o foi com base no pedido formulado, tendo por escopo a presente ação rescisória afastar julgado, que teve por inexistente a interposição do recurso especial, por ausência de procuração dos patronos da recorrente. Assim, não se pode afirmar que a presente demanda seja mera continuação do pedido de concordata que culminou com a decretação da falência, para efeito de ser superestimado o correlato valor econômico.

2) Não prospera a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, pois, apesar de apresentado na demanda como custos legis e, posteriormente, haver recorrido da decisão de primeiro grau, com isso tornou-se parte e a decisão rescindenda poderá refletir no julgamento do recurso interposto pelo *Parquet*.

3) As partes inseridas na primeva relação é que são os sujeitos interessados na defesa de suas correspectivas pretensões, no âmbito da ação rescisória.

4) Não cabe ação rescisória contra decisão que não conhece de recurso, pois somente é passível de rescisão o julgado de mérito transitado em julgado (cf. art. 485 do Código de Processo Civil)

(AgRg na AR n. 3.454-BA, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 02.05.2006 e AR 932-SP, Relator p/ acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.05.2003).

5) A afirmação da requerente de que a medida cautelar ajuizada se encontrava apensada ao recurso especial que pretende rescindir colide com o esclarecimento do Ministro Relator do REsp n 12.336-SP, o que afasta de vez a admissibilidade da rescisória.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinta a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Fernando Gonçalves, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 11 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 19.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Cuida-se de ação rescisória ajuizada por Selecta Comércio e Indústria S/A, falida, em face do Ministério Público do Estado de São Paulo e Banco Noroeste S/A, com fundamento no artigo 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil, com objetivo de rescindir acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 12.336-SP, pela colenda Terceira Turma desta Corte.

Em suma, aduz a autora que sua irresignação repelida aflorou de pedido de concordata preventiva formulado pela ora requerente, nos idos de 1989 (cf. fls. 248/254), a qual, segundo se infere, teve seu processamento deferido pelo MM. Juízo de primeiro grau; sucede que o Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento contra tal decisão e a Corte estadual de São Paulo deu provimento a esse recurso, para decretar a falência da sociedade.

A partir desse desate, sobreveio recurso especial interposto pela ora autora, com supedâneo nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, a dar conta que, admitido o recurso, fora ajuizada, também, medida cautelar, com o objetivo de suspender os efeitos do julgado recorrido, sendo esse pleito municiado de procuração dos patronos da requerente. Assegura que, a par de ter sido deferida a liminar, o recurso especial não foi, todavia, conhecido, diante da ausência da procuração dos subscritores do recurso.

Tampouco embargos de divergência foram conhecidos, agora, porém, ao fundamento de ausência da desarmonia jurisprudencial.

Nesse contexto, veio a lume a presente demanda, onde se sustenta que, a despeito de o recurso especial não ter sido conhecido, é mister atribuir ao *caput* do artigo 485 do estatuto processual a exata interpretação, notadamente para que se evite a incidência da eficácia preclusiva, com força de obstar o ajuizamento de nova demanda. Assim, consigna que o vício determinante do não conhecimento do recurso somente terá como seu extirpado por meio de ação rescisória proposta nesta Corte Superior, observando que, tanto em doutrina como em jurisprudência, vem se firmando o entendimento de que a demanda é cabível contra julgado que não conhece de recurso, quando se evidencie gravame irreparável para a parte, ainda mais quando, na espécie, a Corte Paulista admitiu o recurso especial.

Nessa quadra, desde que superada a questão da admissibilidade da rescisória, sustenta a autora não dever subsistir o julgamento hostilizado, pois, apesar de não inserida procuração, nos autos continentes do recurso especial interposto, inexistia norma legal que determinasse tal apresentação pela parte agravada, *ex vi* dos artigos 523, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação que vigorava em 1991, e 27, § 3º, da Lei n. 8.038/1990, a confirmar também violação do preceituado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, consagrador do princípio da reserva legal, o que afastaria a aplicação da Súmula n. 115 desta Corte Superior de Justiça.

Aponta a requerente, também, violação aos artigos 36 a 38 e 254, inciso II, todos do Código de Processo Civil, "na medida em que a procuração para os signatários do especial se encontrava nos autos da cautelar, em apenso" (fl. 20), isso tudo revelando infringência do artigo 485, inciso IX, do Diploma Processual.

Dessarte, pugna a autora pelo acolhimento da demanda, fazendo juntar comprovante do depósito prévio, nos termos do artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil.

O Banco Noroeste, ao contestar, apresenta as seguintes preliminares: a) inviabilidade da ação rescisória, quando não enfrentado o mérito, pelo acórdão rescindendo; b) ausência de afronta aos artigos 523, do estatuto processual, e 27 da Lei n. 8.038/1990, pois não comprovada a capacidade postulatória dos recorrentes; c) inocorrência de violação aos artigos 36 a 38 e 254, inciso II, todos do Código de Processo Civil; d) e, por derradeiro, pede a improcedência da demanda (cf. fls. 177/205).

O Ministério Público de São Paulo, em resposta, pede seja a inicial indeferida, diante das preliminares de descabimento da rescisória, por não ter sido decidido o mérito da demanda, da necessidade de o depósito da parte ser correspondente a 5% de todo o passivo da empresa falida e não do correspondente a R$ 10.000,00 atribuído como valor da causa, e de ilegitimidade passiva, tendo em conta que só interveio no feito como *custos legis*; no mérito, pugna pela improcedência da demanda (cf. fls. 206/220).

Quando da especificação das provas, o Ministério Público estadual requereu a juntada de documentação extraída dos autos da falência, pronunciando-se, em seguida, a autora (fl. 412).

Nas razões finais, a parte autora impugna a contestação e, com alusão à majoração do valor da causa, assenta que a procedência da demanda não iria revogar o decreto de falência, na medida em que acarretará novo julgamento do especial pela Terceira Turma.

O banco agrega às preliminares apresentadas a de sua ilegitimidade passiva, pois seria necessária a inserção no pólo passivo da massa falida representada pelo síndico, qualificação não mais sustentada pelo banco acionado; rememora que "a autora moveu a presente ação contra o Banco Noroeste S.A., por ser este, à época do recurso especial, o síndico da falência, posição, entretanto, não mais possui" (fl. 424). Repisa, também, acerca do depósito prévio para ajuizar a ação, que "não trouxe a autora dados que pudessem servir para fixar o valor da causa, sobre ele calculando-se a importância a ser depositada" (fl. 430).

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em suas razões finais, ratifica os termos da contestação, reafirmando que o depósito realizado fora insuficiente, de molde a autorizar a extinção do processo, sem apreciação do mérito (cf. fls. 457/470).

A douta Suprocuradoria-Geral da República, instada a se pronunciar, é pela improcedência da ação rescisória (fls. 472/475).

Após, sobreveio petição da autora, dando conta de julgado oriundo da Terceira Turma no sentido de ser desnecessária a juntada de procuração no apenso, desde que já encartada nos autos principais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 1. De início, registre-se que a matéria preliminar de inocorrência de violação dos dispositivos processuais e constitucional, tidos por vulnerados, será examinada na fase relativa ao juízo de admissibilidade da própria ação rescisória, pois, como é de fácil inferência, a discussão desses temas se confunde com o próprio conteúdo de fundo da rescisória, tal como ajuizada e pelos fundamentos com que foi colocada essa premissa, passa-se ao exame das demais preliminares.

2. Merece rejeição, de plano, a preliminar de o depósito dever corresponder a 5% do passivo da sociedade falida, ou, por outro lado, de tomar por base o montante atribuído à causa.

No caso particular dos autos, o *quantum* fixado como valor da causa, que repercute diretamente no valor do depósito, foi atribuído com base no pedido formulado, ou seja, conforme o escopo da ação rescisória, sendo o de desconstituir julgado, que teve por inexistente a interposição do recurso especial, por ausência de procuração dos patronos da então recorrente.

Não se pode afirmar, assim, que a presente demanda seja mero desdobramento continuativo do pedido de concordata, que culminou com a decretação da falência, aflorando manifesta a disparidade entre a rescisória e ação julgada na instância ordinária, pois, mesmo que fosse reconhecida a admissibilidade de rejulgamento do recurso, não se estaria decidindo pelo restabelecimento da concordata, nem, ao revés, pela manutenção da falência, na linha dos pronunciamentos jurisdicionais de primeiro e segundo graus, respectivamente.

Aliás, Barbosa Moreira, ao discorrer sobre a fixação do valor da causa, elucida que: “a) que o valor da causa se fixa, basicamente, em função do que o autor pretende conseguir, ou seja, o pedido; b) que a ação rescisória não é mero prosseguimento da causa em que foi proferida a sentença rescindenda, mas ação distinta e autônoma, a cujo exercício corresponde novo processo, inconfundível com o anterior; c) que, mesmo quanto ao rejulgamento da causa, nas hipóteses em que caiba, a pretensão deduzida pode não coincidir, em sua significação econômica, com a apreciada no primeiro feito” (cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, 11ª ed., p. 179, Ed.

Forense, 2003, Rio de Janeiro), como se dá na espécie em exame, particularmente sob o último aspecto enunciado.

Nessa ordem de idéias, não é de se alterar o *quantum* atribuído à causa, reconhecendo-se como suficiente o depósito efetivado.

3. É cediço, de outra parte, que o Ministério Público, a despeito de não ter sido parte no processo antecedente, detém legitimidade na rescisória; também é sabido que o *Parquet*, conquanto se posicione inicialmente como fiscal da lei, possa ocupar a posição de parte, com a interposição de recurso.

Nessa linha de raciocínio, vem a calhar, uma vez mais, o magistério do eminente processualista, no sentido, de que "o Ministério Público tem legitimação para a rescisória, apesar de não haver sido parte no processo antecedente. Se o Ministério Público foi parte, legitima-se à rescisória, em termos genéricos, nos casos do art. 485. Assim ocorre, inclusive, quando o Ministério Público, embora a princípio tivesse no feito a posição de fiscal da lei, haja como tal recorrido (art. 499, § 2º), tornando-se parte, e a decisão rescindenda seja o acórdão proferido no julgamento do recurso" (Ob. cit., p. 170/171).

É o que se dá nestes autos, quando o Ministério Público se apresentou na demanda como *custos legis* e, mais adiante, recorreu da decisão de primeiro grau, tornando-se, pois, legitimado para ocupar o pólo passivo na rescisória, em que se busca desconstituir julgado da instância superior.

É válido afirmar que esse modo de pensar também se amolda ao magistério de Cândido Rangel Dinamarco, advertindo para a distinção entre o Ministério Público atuando na condição de parte e figurando como fiscal da lei. Ensina o ilustre processualista que "essa distinção é todavia acientífica e choca-se com conceitos elementares de processo civil. Ser fiscal da lei não significa não ser parte, do mesmo modo que ser parte no processo não exclui que o Ministério Público possa sê-lo na condição de mero *custos legis*. A qualidade de parte, segundo ensinamento definitivamente incorporado na doutrina moderna, consiste em ser titular das posições jurídicas ativas e passivas inerentes à relação processual e com isso poder participar ativamente do contraditório instituído perante o juiz (Liebman). Essa é uma noção processualmente pura de parte, que não considera elementos relacionados com a inserção do sujeito no conflito *injudicio deducto* nem se influencia por elementos de direito material. Considerado o processo em si mesmo, parte é todo sujeito que figura nele com possibilidades de pedir, alegar e provar, sem considerar as razões ou modalidades de sua legitimidade *ad causam*. Perante a ordem processual, a condição de parte não fica desfigurada pelo fato de o sujeito estar no processo com o dever de imparcialidade perante os

litigantes e postando-se, como se diz, super partes. O suposto paradoxo da parte imparcial (Calamandrei) não passa de engenhoso expediente de argumentação, sem apoio científico nos conceitos vigentes. O *custos legis*, portanto, é parte" (cf. RANGEL DINAMARCO, Cândido, *in* "Instituições de Direito Processual Civil", vol. II, 5ª ed., p. 428, Malheiros Editores, 2005, São Paulo).

Por essas razões, é de ser repelida a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministério Público.

4. A permanência, por outro lado, do Banco Noroeste, também no pólo da relação processual, se justifica diante da circunstância de que não está sendo decidida a relação jurídica material, nem a eventual modificação de sua titularidade, ou seja, a rescisória tem em mira o julgado que não conheceu do recurso especial, tal como e quando interposto.

Assim, as partes inseridas na primeva relação é que são os sujeitos interessados na defesa de suas correspectivas posições, em face do julgado rescindendo.

Harmônica com esse entendimento é a doutrina de Bernardo Pimentel Souza, ao discorrer que "quem figurou como parte no processo originário também deve participar do processo da ação rescisória" (cf. PIMENTEL SOUZA, Bernardo, *in* "Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória", ed. Brasília Jurídica, p. 392, 2000, Brasília).

5. Todavia, como já consignado, o que pretende a requerente é rescindir julgado que não admitiu recurso especial, diante da ausência de instrumento de procuração do advogado subscritor.

É cediço que não está autorizado pelo dispositivo processual a possibilidade de ação rescisória contra decisão que não conhece de recurso, pois somente é passível de rescisão o julgado de mérito transitado em julgado (art. 485 do Código de Processo Civil; nessa linha de pensar, são torrenciais os precedentes desta da Segunda Seção:

> Agravo regimental. Ação rescisória. Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Intempestividade do recurso especial. Ausência de análise de mérito. Ação rescisória inadmissível. Agravo desprovido.
>
> 1. As questões federais ventiladas na via especial, concernentes ao mérito da lide, não foram examinadas por esta Corte, visto que a r. decisão monocrática rescindenda limitou-se à denegação, por intempestividade, do Recurso Especial em autos de Agravo de Instrumento. Em casos tais, em que a decisão a ser desconstituída não aprecia o mérito da causa, não aludindo sequer à controvérsia objeto da lide, atendo-se tão-somente aos aspectos técnicos do recurso, perfilho-me à orientação

doutrinária e jurisprudencial majoritárias de que inviável conhecer do pedido rescisório, ante a ausência de pressuposto genérico de admissibilidade da ação, categoricamente exigido em lei (art. 485, *caput*, c.c o art. 269 do CPC).

2. Agravo Regimental desprovido (AgRg na AR n. 3.454-BA, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 02.05.2006).

Processo Civil. Ação rescisória. Requisitos. Sentença de mérito. Conceito. Condições da ação. Ilegitimidade. Inadmissibilidade da Ação. Maioria.

I - Prevê o art. 485, CPC, como um dos requisitos de viabilidade da ação rescisória, a sentença de mérito. E mérito, nos termos do sistema processual vigente, é aquele que define a relação jurídica posta, a pretensão deduzida em juízo.

II - Tendo o acórdão rescindendo decidido pela ilegitimidade de uma das partes, não ingressou ele no mérito da demanda, tornando inadmissível a ação rescisória.

III - A circunstância de o acórdão ter concluído pela improcedência, em vez de ausência de uma das condições da ação, não autoriza a admissão da rescisória. Equívoco desse porte, terminológico, não tem o condão de transformar um instituto jurídico em outro (AR n. 932-SP, Relator p/ acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.05.2003).

Observa-se que a própria postulante reconhece o fastígio dessa posição, buscando contorná-la com o argumento de que a situação peculiar dos autos está a propiciar exceção à regra processual, notadamente diante da circunstância de que o julgado proferido em sede de recurso especial, pelo não conhecimento do recurso, seria rescindível, por não considerar a desnecessidade de juntada de procuração do recorrido, prevista para a interposição de recurso de competência da instância ordinária, também quando apresentado recurso de competência da instância especial.

Desprovido de consistência, porém, o argumento nesse sentido, pois a regra prevista para interposição de recurso na instância ordinária, como é de elementar inferência, não tem aplicação na instância especial, sob pena ser distorcida a função constitucional Superior Tribunal de Justiça, que é a de zelar pela correta aplicação do direito infraconstitucional, confundindo-a com a de exercitar terceiro grau de jurisdição ou, ainda, divisando a Corte como se fosse mera extensão da instância ordinária.

Seja qual for a linha de raciocínio, aderir à proposta da autora significaria desprezar a necessidade de inequívoca demonstração da capacidade postulatória para apresentar recurso especial.

Dessarte, a norma que não obriga a apresentação de procuração, nas situações especificadas pela legislação infraconstitucional, somente tinha espaço na instância ordinária; na instância especial, se fazia mister a observância formal e substancial da capacidade postulatória, que orienta todos os litigantes em juízo, ainda mais, como *in casu* ao se cuidar da demonstração desse requisito como pressuposto de admissibilidade do recurso interposto nesta instância que, repita-se em benefício da clareza, é excepcional à luz dos preceitos constitucionais.

Assim, pois, não há como acabar a desnecessidade da apresentação de procuração, no recurso especial interposto, quando a norma legal invocada apenas orientava o agravo de instrumento contra decisão de primeiro grau (art. 523, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação, que vigorava em 1991 e 27, parágrafo 3º, da Lei n. 8.038/1990).

6. Aponta, em seguida, a requerente violação dos artigos 36 a 38 e 254, inciso II, todos do Código de Processo Civil, "na medida em que a procuração para os signatários do especial se encontrava nos autos da cautelar, em apenso" (fl. 20), a evidenciar a infringência ao artigo 485, inciso IX, do Diploma Processual.

A afirmação da requerente, todavia, colide com o esclarecimento do Relator do REsp n. 12.336-SP, acerca da medida cautelar que teria sido ajuizada.

Quanto a esse tema, assim consignou o Ministro Relator: "Não posso informar a Vossa Excelência, porque não tenho os autos em mãos. Esse processo vindo ao tribunal, anteriormente a estes autos principais, até hoje não veio ao meu Gabinete. Não podia atrasar o julgamento deste Especial, pois já estava aviado, de sorte que não tenho os elementos que Vossa Excelência pediu" (fl. 49). Nada obstante, em diligência provocada por pedido de vista, a questão tivesse sido esclarecida, o fato não alterou o desate majoritário do recurso especial (fl. 51).

7. Pelo que precede, rejeitadas as preliminares em torno do valor da causa, da ilegitimidade do Ministério Público, e do Banco Noroeste, mas acolhida a relativa à inocorrência de condição para a rescisão do julgado, julgo extinta a ação rescisória, sem apreciação do mérito, com supedâneo no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ficando a autora condenada ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Por derradeiro, perderá o depósito efetuado, que deverá ser revertido, por igual, em favor das partes requeridas, a teor do que dispõe o artigo 494 do Código de Processo Civil.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 90.338-RO (2007/0226151-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Autor: Ismael Braga Sobrinho
Advogado: Raimundo Gonçalves de Araújo e outro(s)
Réu: Junta Comercial do Estado de Rondônia - Jucer
Procurador: Ivaldo Ferreira dos Santos e outro(s)
Suscitante: Juízo Federal da 2a Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

EMENTA

Conflito de competência. Junta comercial. Anulação de alteração contratual. Ato fraudulento. Terceiros. Indevido registro de empresa.

1. Compete à Justiça Comum processar e julgar ação ordinária pleiteando anulação de registro de alteração contratual efetivado perante a Junta Comercial, ao fundamento de que, por suposto uso indevido do nome do autor e de seu CPF, foi constituída, de forma irregular, sociedade empresária, na qual o mesmo figura como sócio. Nesse contexto, não se questiona a lisura da atividade federal exercida pela Junta Comercial, mas atos antecedentes que lhe renderam ensejo.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito de competência e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, o suscitado. Os Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, a Ministra Nancy Andrighi e, ocasionalmente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2008 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 21.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, suscitante, e o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, suscitado, em ação anulatória de ato jurídico cumulada com danos morais proposta por Ismael Braga Sobrinho em face da Junta Comercial do Estado de Rondônia.

Consoante se depreende da exordial, em decorrência de falsidade ideológica e estelionato, teria sido constituída, de forma irregular, sociedade empresária, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de Rondônia, constando como sócio o autor da demanda.

Afirma o autor que, em virtude de dívidas contraídas pela referida empresa, teve seu nome incluído no cadastro de inadimplentes, o que estaria trazendo-lhe sérios transtornos.

Nesse contexto, requer a anulação do ato jurídico relativo à alteração contratual onde foi incluído como sócio da empresa aberta de forma fraudulenta, bem como indenização pelos danos supostamente suportados.

Proposta a ação perante a Justiça Estadual, o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho-RO, ao proferir o despacho saneador (fls. 72/73), rejeita preliminar apresentada pela ré e reconhece sua competência para processar e julgar a demanda.

Contra a referida decisão sobreveio agravo de instrumento, provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, ora suscitado, reconhecendo a incompetência da Justiça Estadual para julgar a ação, ao fundamento, em síntese, de que "*no caso sobressai o interesse da União ante à aplicação do princípio federativo. Toda a estrutura técnica da junta está subordinada ao Departamento Nacional de Registro de Comércio, que faz parte do Sinrem e regulamenta os atos de registro. Os recursos contra as decisões do plenário das juntas comerciais é direcionado a Ministro de Estado, que atualmente corresponde ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, como última instância administrativa (art. 47, Lei n. 8.934/1994, estando delimitada a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da CF)*". Determina, assim, a remessa dos autos para a Justiça Federal (fls. 96/97).

O Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, por sua vez, suscita o presente conflito de competência, aduzindo, para tanto, o seguinte:

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (fls. 96/97), o fundamento da competência do juízo federal seria o fato de as juntas comerciais se subordinarem, tecnicamente, ao Departamento Nacional de Registro do Comércio e o objeto da demanda versar sobre registro defeituoso perante a Jucer.

Pois bem. A ação no Juízo Federal nasce quando ocorrente o interesse da União, na forma como disposta no art. 109 e incisos da Constituição Federal. "A jurisdição federal, no caso, pressupõe a conjugação, necessária, dos dois requisitos constitucionais: - o primeiro, de fundo, consistente no interesse da União na relação de direito material litigiosa: o segundo, de forma, substanciado na sua admissão na relação como autora, ré, assistente ou opoente. Fora disso, a Justiça Federal é totalmente incompetente." (*in* Vladimir Souza Carvalho, Competência da Justiça Federal, ed. Juruá, Curitiba, 1995, p. 36).

Na espécie, inexistente a causa atrativa da competência. De fato, a ação foi proposta para desconstituir registro de alteração contratual da empresa Zaele Comércio e Representações Ltda., que, segundo o autor, decorreu de falsidade ideológica praticada por estelionatários. Alega que a responsabilidade da Jucer advém da falta de diligência em aferir os documentos apresentados pelos falsários.

Verifica-se, portanto, à luz dos fatos narrados, que o ato combatido não é registro em si, isto porque não versam os autos sobre qualquer vício formal, extrínseco e aparente que pudesse obstar seu arquivamento pela Jucer. Tampouco diz a hipótese de violação da lei de registro público de empresas.

Disso resulta que as normas federais relativas aos registros e o próprio registro serão atingidos apenas de forma reflexa, uma vez que as Juntas Comerciais, administrativamente, estão subordinadas ao Governo do Estado. (fls. 121/122)

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela competência do Juízo comum estadual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Conforme relatado, o autor da ação ordinária pretende a anulação de alteração contratual de empresa, levada a efeito na Junta Comercial do Estado de Rondônia, bem como indenização por danos morais. Sustenta que o mencionado registro teria sido efetivado por terceiros, mediante falsidade ideológica e estelionato, com a utilização indevida de seu nome e seu CPF, dando azo à constituição fraudulenta de sociedade empresária, na qual figura como sócio.

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo trechos da exordial, que bem elucidam a questão, *verbis*:

1 - O requerente na data de 07.11.1995, perdeu todos os documentos, imediatamente se dirigiu a delegacia no intuito de fazer uma ocorrência do fato, conforme documento em anexo.

2 - Ocorre, que no dia 17 de junho de 2002, se dirigiu a Caixa Econômica Federal como propósito de abrir para si uma caderneta de poupança, quando fora impedido de efetivar o depósito sob a alegação de que seu CPF estava bloqueado, e que deveria se dirigir à Receita Federal para providenciar a devida regularização.

3 - Após o ocorrido o requerente dirigiu-se até a Receita Federal, nesta Capital, onde constatou que seu nome estava inserido na Divida Ativa da União, em razão de dividas tributárias de uma suposta empresa que estaria o requerente como proprietário, sendo surpreendido com a informação de que o requerente configurava como sócio, após o ocorrido o demandante, foi encaminhado a polícia federal a fim de fazer uma ocorrência, conforme comprovam os documentos anexos.

4 - Surpreso o requerente diligenciou junto a junta comercial, o que veio a descobrir que seu CPF fazia parte de um contrato social da firma Zaeli Comercio e Representação Ltda., onde o requerente configura como sócio da mesma, como demonstra a cópia do contrato social fornecidos pela própria junta comercial, registrado com o 1120027103-1.

5 - A penitência do requerente estava apenas por começar, pois mais uma vez foi encaminhado para a polícia federal, de lá fora encaminhado até o Ministério Público, onde lhe recomendaram a procurar a defensoria pública, onde foi-lhe recomendado a procurar um advogado particular, devido a complexidade do caso.

6 - Ocorre, que o requerente nunca possuiu empresa alguma em seu nome, nem muito menos conhece qualquer pessoa das quais se dizem seus sócios contidas no contrato social da empresa. (doc. anexo)

7 - Outro fato bastante intrigante, é que aludida empresa é denominada Zaeli, e em diligência feita pelo próprio autor, onde manteve contatos com a matriz da mesma, localizada no Estado do Paraná, através do numero de telefone constante numa embalagem em um de seus produtos (arroz), foi-lhe informado que a empresa não possuía nenhuma filial nesta cidade, somente representação comercial.

8 - Não há dúvida de que o requerente vem sofrendo grandes prejuízos tanto de ordem moral, como financeiro, pois está com o seu CPF bloqueado, ficando impedido de negociar com os bancos e com o comércio em geral, tendo inclusive seu nome constante no rol de devedores da Receita Federal.

9 - O débito inscrito na divida ativa da União não pertence ao requerente, pois como o narrado supra, ele jamais foi possuidor de qualquer empresa, como também não autorizou a terceiros que usassem seu nome para abertura de qualquer sociedade comercial.

10 - Presume-se tratar o caso em tela, de um golpe aplicado por estelionatários, que usando os números dos documentos e o nome do autor, logrou êxito em abrir empresa junto à demandada empresa em nome do autor.

11 - A inserção do nome do demandante constando como sócio de uma empresa que jamais participou, gerou o mencionado débito e a conseqüente inclusão de seu nome junto ao Cadin.

12 - O dano moral em questão ocorreu por culpa exclusiva do órgão réu, que ao não tomar os devidos cuidados de checar se efetivamente o autor era sócio da empresa levada a registro, sem critério algum, não tomando os devidos cuidados de checar se efetivamente os documentos pertenciam ao meliante.

13 - Diante dos fatos narrados, é cristalina a conclusão de que a requerida, ao agir com imensurável negligência e imprudência registrando empresa nome do autor sem que as assinaturas ali constante fosse sua, posteriormente levando o nome do autor a ser incluído na divida ativa da união e no Cadin, causou abalo à honra e ao crédito do requerente, configurando-se assim um grave dano moral, que deve ser indenizado, por ser medida de cabal Justiça. (fls. 06/07)

O requerente não é, e, nuca foi sócio da empresa Zaeli Comércio e Representações Ltda., inscrita com a inscrição estadual, registrada sob o 11200278103-1, e CNPJ-MF 84.707.934/0001-58 tratando-se de um estelionato posto que assinatura ali constante não é sua, ou seja, é falsa.

O saudoso Hely Lopes Meirelles, descreve com propriedade, quando trata de ato nulo:

> Ato nulo - É o que nasce afetado de cício insanado por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento normativo. (*in*: Direito Administrativo Brasileiro, 20ª Ed. Malheiros editores, 1995, p. 156/157)
>
> Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. (*in*: Direito Administrativo Brasileiro, 20ª Ed., Malheiros Editores, 1995, p. 188).

Em razão de se tratar de anulação de ato administrativo, o ato deverá retroagir às suas origens, ou seja, efeito *ex tunc*. Nesse sentido, importante lição de Silvio da Salvo Venosa, quando diz:

> A função da nulidade é tornar sem efeito o ato ou negócio jurídico a idéia é fazê-lo desaparecer, como se nunca tivesse existido o negócio. Trata-se, portanto, de um vício de impede o ato de Ter existência legal e

> produzir efeito em razão de não Ter obedecido qualquer requisito que a lei tenha por essencial. (*In*: Teoria Geral, Direito Civil, Ed. Atlas, 1987, p. 414).
>
> Assim, requer a V. Exa., que seja declarado nulo o ato jurídico da alteração contratual praticado em 21 de junho de 2002, arquivado sob n. 1124074-3, para excluir o nome da autora do contrato social da empresa Zaeli Comércio e Representações Ltda. uma vez que nunca fez parte da referida sociedade, determinando imediatamente alteração para excluir ou cancelar os atos administrativos que incluíram o requerente como sócio da referida empresa, posto nunca ter participado da sociedade, como tão pouco autorizou terceiros a utilizá-lo seu nome em alteração contratual de qualquer empresa que seja, não passando de um estelionato. (fls. 09/10)

Consoante se depreende dos excertos transcritos, o pedido de anulação do registro efetivado na Junta Comercial e de indenização por danos morais decorrem da suposta prática de ilícitos penais (estelionato e falsidade ideológica) praticados por terceiros, que renderam ensejo ao vício existente na alteração contratual onde incluído o nome do autor como sócio da empresa aberta, ao que tudo indica, de forma fraudulenta.

Nesse contexto, a atividade federal em si prestada pela Junta Comercial, delegada pela União, não está sendo questionada. Na verdade, não se está discutindo a lisura do registro propriamente dito, mas os fatos antecedentes que lhe renderam ensejo, que refogem à atuação da Junta Comercial e, pois, da competência da Justiça Federal.

Nesse sentido:

> Conflito de competência. Sociedades por cotas. Registro de alteração social. Falsidade ideológica praticada pelos réus.
>
> 1. Compete à Justiça Comum processar e julgar ações ordinária e cautelar propostas para desconstituir registros de alteração de sociedades comerciais perante a Junta Comercial, tendo como motivação o fato de que os documentos registrados estariam contaminados por falsidade ideológica praticada pelos sócios réus. Neste caso, não se está discutindo a lisura da atividade federal praticada pela Junta Comercial.
>
> 2. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça comum. STJ - CC n. 51.812-ES, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.12.2005, p. 215)

Conflito de competência. Justiça Federal e Justiça Comum Estadual. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com danos materiais e morais. Anulação de registro na Junta Comercial. Atos fraudulentos. Atividade federal delegada não afetada. Competência da Justiça Comum Estadual. (CC n. 73.335-SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 08.10.2007)

Recurso especial. Litígio entre sócios. Anulação de registro perante a Junta Comercial. Contrato social. Interesse da Administração Federal. Inexistência. Ação de procedimento ordinário. Competência da Justiça Estadual. Precedentes da Segunda Seção.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela competência da Justiça Federal, nos processos em que figuram como parte a Junta Comercial do Estado, somente nos casos em que se discute a lisura do ato praticado pelo órgão, bem como nos mandados de segurança impetrados contra seu presidente, por aplicação do artigo 109, VIII, da Constituição Federal, em razão de sua atuação delegada.

2. Em casos em que particulares litigam acerca de registros de alterações societárias perante a Junta Comercial, esta Corte vem reconhecendo a competência da justiça comum estadual, posto que uma eventual decisão judicial de anulação dos registros societários, almejada pelos sócios litigantes, produziria apenas efeitos secundários para a Junta Comercial do Estado, fato que obviamente não revela questão afeta à validade do ato administrativo e que, portanto, afastaria o interesse da Administração e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal para julgamento da causa. Precedentes.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 678.405-RJ, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 179)

Além disso, a competência da Justiça Federal está elencada, *numerus clausus*, no art. 109 da Constituição Federal. No caso presente, a junta comercial é uma autarquia estadual, indene, portanto, à incidência desse dispositivo constitucional. O fato de realizar serviço público por delegação federal legitima a competência da Justiça Federal somente no caso de mandado de segurança, em função da autoridade coatora.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, o suscitado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 95.176-RS (2008/0087290-8)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Autor: Mauro Hoff - Sucessão
Repr. por: Janete Pereira - Inventariante
Advogado: Ivo Silvano Lopes Salgueiro e outro(s)
Réu: Banco do Brasil S/A
Advogado: Nelson Buganza Junior e outro(s)
Autor: Dênis da Rocha Hoff e outros
Réu: Janete Pereira
Advogada: Estefania Ferreira de Souza de Viveiros e outro(s)
Suscitante: Dênis da Rocha Hoff e outros
Advogado: Celio Hanemann e outro(s)
Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Suscitado: Tribunal Regional do Trabalho da 4a Região

EMENTA

Reclamação trabalhista. Reclamante. Morte. Montante. Repartição entre os herdeiros. Lei n. 6.858/1980. Não aplicação.

1 - O montante encontrado na reclamação trabalhista é patrimônio do *de cujus* e, portanto, direito de todos os herdeiros, sejam eles definidos ou não como dependentes. A existência de dependentes, no caso concreto, a viúva de segundas núpcias e seu rebento, não é excludente daqueles não dependentes, mas herdeiros legais para todos os efeitos, vale dizer, os ora suscitantes, filhos do primeiro casamento.

2 - Não incidência do art. 1º da Lei n. 6.858/1980.

3 - Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito de competência e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o primeiro suscitado. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Massami Uyeda,

Sidnei Beneti e Luis Felipe Salomão votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília (DF), 26 de novembro de 2008 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 09.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de conflito positivo suscitado por Dênis da Rocha Hoff, Guilherme da Rocha Hoff e Débora da Rocha Hoff, visando fixar a competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para decidir o destino de montante decorrente de condenação na Justiça do Trabalho, em autos de reclamação ajuizada pelo pai dos suscitantes contra o Banco do Brasil S/A.

O falecido reclamante, quando do ajuizamento da reclamatória (1996), era viúvo, tendo como herdeiros necessários, além dos ora suscitantes, um outro filho, nascido de segundas núpcias (Ícaro Pereira Hoff).

Mostram ainda os suscitantes a existência de duas decisões em conflito: a primeira é um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferido em agravo de instrumento, interposto pela viúva do segundo casamento (Janete Pereira) e seu filho (Ícaro), contra decisão do juízo do inventário requisitando ao Juiz trabalhista fosse colocado à sua disposição o montante condenatório da reclamação, no valor aproximado de R$ 350.000,00, pois trata-se de direito inerente a todos os herdeiros. A segunda, é acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que, julgando recurso ordinário, confirma decisão singular de improcedência de embargos de terceiro, ajuizados pelos ora suscitantes, concluindo pela incidência da Lei n. 6.858/1980, devendo o valor em execução trabalhista ser atribuído somente à viúva e aos filhos menores (do primeiro e do segundo casamento), pois seriam os únicos dependentes do falecido reclamante.

Pedem, liminarmente, seja sustado "*o levantamento dos ativos financeiros, atualmente depositados à disposição da 3ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul, relativamente ao crédito e haveres trabalhistas declarados nos autos da Reclamação Trabalhista n. 00252-2005-733-04-00-8 (ex 01.122.732/96), aforada pelo finado Mauro Hoff em desfavor do Banco do Brasil S/A, no foro trabalhista da circunscrição de Santa Cruz do Sul (RS), até final solução do presente incidente.*" (fls. 10/11)

Concedida a liminar (fls. 697/698) e prestadas as informações (fls. 714/715, 729 e 736), opina o Ministério Público Federal pela competência da Justiça Comum Estadual (fls.739/743).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O cerne da controvérsia consiste em saber se aplicável à espécie a Lei n. 6.858/1980, para então concluir se são ou não os ora suscitantes, filhos do primeiro casamento do *de cujus,* seus dependentes e herdeiros, aptos a concorrer ao montante definido em seu favor na reclamação trabalhista.

O Juiz do Trabalho e o respectivo Tribunal, o Regional da 4ª Região, entendem que não, pois os suscitantes não foram arrolados como dependentes para fins previdenciários e, portanto, não concorrem ao numerário, que seria de propriedade da viúva (segundo casamento) e de seu filho menor.

A Justiça Comum Estadual, por sua vez, adota tese diametralmente contrária, é dizer, os filhos do primeiro casamento devem receber a sua parte nesse quinhão, pois são herdeiros legítimos do morto, não sendo obstáculo bastante o fato de não figurarem como dependentes previdenciários.

Essa segunda solução, adotada pela Justiça Estadual é, de longe, a mais justa, legítima e legal.

Com efeito, apresenta-se totalmente contrário ao senso comum e à idéia de justiça (sentido lato), impedir os filhos do primeiro casamento de concorrer ao montante acertado em favor do reclamante, só porque não são dependentes para efeitos previdenciários.

A propósito, confira-se a redação do art. 1º da Lei n. 6.858/1980:

> Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-Pasep, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

Como se vê, a intenção da lei foi facilitar o recebimento, pelos dependentes, sem maiores entraves, de tudo aquilo que era devido pelo empregador ao empregado, especialmente os montantes de PIS-Pasep e FGTS, enquanto

este ainda era vivo, e assim o fez elegendo um critério, o da dependência previdenciária, civil ou militar, sem, contudo, prever a situação do presente processo, em que existem dependentes atuais, ou seja, do último casamento do falecido, e também não dependentes, mas herdeiros legítimos, porque filhos do primeiro casamento.

Nesse sentido, e lembrando que a *mens legis* é de resolver, de pronto, a situação dos dependentes que precisam receber pequenos montantes, quase sempre de natureza salarial, diz a Ministra Nancy Andrighi, no voto vista proferido no REsp n. 603.692-BA, ao afastar a aplicação do mencionado dispositivo:

> Para solução da controvérsia, em primeiro lugar, é necessário discutir a aplicação da Lei n. 6.858/1980 à espécie.
>
> O art. 1º da Lei n. 6.858/1980 dispõe que:
>
> > *os valores devidos pelos empregadores aos empregados* e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia de Serviço e do Fundo de Participação PIS-Pasep, *não recebidos em vida pelos* respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes *habilitados perante a Previdência Social* ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, *e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil*, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.
>
> Em análise mais apressada sobre o tema, poderia ser considerado aplicável o referido dispositivo à hipótese em exame, pois, de fato, a quantia discutida é originária de reclamação trabalhista, ajuizada pelo falecido, que objetivava o recebimento de verbas rescisórias não pagas pela empresa empregadora, Petrobras.
>
> Entretanto, pela leitura da Exposição de Motivos da Lei n. 6.858/1980, verifica-se que a intenção do legislador não foi aplicar a lei a situações como a ora examinada.
>
> Com a mencionada legislação pretendeu-se "desburocratizar" e facilitar o recebimento de "créditos de pequeno montante, de origem, quase sempre, salarial", permitindo seu levantamento sem os ônus do inventário ou arrolamento. Confira-se, neste sentido, trecho da Exposição de Motivos:
>
> > Saliente-se que os créditos em causa têm quase sempre natureza e origem salarial ou assemelhada, como seja, saldo de salários, décimo terceiro salário e férias proporcionais e depósitos de FGTS ou do PIS-Pasep, ou provém de modestas economias familiares, investidas nas cadernetas de poupança e fundos de investimento. (...) Nascem, assim, créditos de pequeno montante, cujo recebimento dever ser quanto possível facilitado aos dependentes ou sucessores dos titulares falecidos.

No processo em apreço, a recorrida pretende o levantamento de aproximadamente R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), correspondentes a verbas rescisórias pleiteadas pelo falecido, frise-se, em data anterior ao casamento com a recorrida (as reclamações trabalhistas foram ajuizadas em 1987 e 1988 e o falecido se casou com a recorrida em 1991).

Não se trata, portanto, de "crédito de pequeno montante", sendo inviável a aplicação da Lei n. 6.858/1980 ao caso vertente.

Ainda, para corroborar com o entendimento ora apresentado, como bem salientou o e. Ministro Relator, o art. 2º da mesma Lei restringe o levantamento de saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança, exigindo que não existam bens sujeitos a inventário e que o valor dos saldos seja limitado em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Mais uma vez, esclarecida a intenção do legislador de proteger apenas o recebimento de créditos de pequeno montante, excluindo "da medida simplificadora os créditos de pessoas abastadas, cuja sucessão envolva bens de maior vulto e exija a aplicação da disciplina sucessória em vigor" (Exposição de Motivos da Lei n. 6.858/1980).

Assim, afastada a incidência da Lei n. 6.858/1980, não há como subsistir o argumento apresentado pelo acórdão recorrido que justificou a permissão para levantamento pela recorrida de parte da verba oriunda das reclamações trabalhistas ajuizadas pelo falecido.

Forte em tais razões, acompanho o voto do i. Ministro Relator, entendendo que a partilha deverá ser definida no processo de inventário.

Eis a ementa do precedente, publicada no DJU de 12.02.2004:

Recurso especial. Prequestionamento. Omissão. Inexistência. Artigo 535 do CPC. Inventário. Créditos oriundos de reclamações trabalhistas. Lei n. 6.858/1980.

I - O prequestionamento da matéria é requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial (enunciado n. 211-STJ).

II - A jurisprudência nesta Corte é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

III - Os créditos oriundos de reclamações trabalhistas em fase de execução de sentença, após o falecimento do autor, devem ser incluídos no inventário e rateados entre os herdeiros, sendo inaplicável, nesta hipótese, o artigo 1º da Lei n. 6.858/1980.

Recurso especial provido. (REsp n. 603.926-BA, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16.09.2004, DJ 06.12.2004, p. 300)

Não há dúvida de que o montante encontrado na reclamação trabalhista é patrimônio do *de cujus* e, portanto, direito de todos os herdeiros, sejam eles definidos ou não como dependentes. A existência de dependentes, no caso concreto, a viúva de segundas núpcias e seu rebento, não é excludente daqueles não dependentes, mas herdeiros legais para todos os efeitos, vale dizer, os ora suscitantes.

Assim, o parecer do Ministério Público Federal:

> *In casu*, verifica-se que já foi apreciada a relação de trabalho entre o falecido e o Banco do Brasil S/A. Com o falecimento do Reclamante e a abertura do inventário cogita-se em relação ao crédito reconhecido no processo trabalhista, dos direitos resultantes da sucessão do *de cujus*. E esse tema - sucessão - compete ao Juízo da 2ª Vara Cível de Rio Pardo-RS, onde tramita o inventário de Mauro Hoff, analisar.
>
> Consoante o entendimento já manifestado por essa Colenda Corte Superior de Justiça "os créditos oriundos de reclamações trabalhistas em fase de execução de sentença, após o falecimento do autor, devem ser incluídos no inventário (...)".
>
> O Juízo da sucessão aplicará o direito ao caso concreto, considerando a legislação que entender cabível. (fls. 742)

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente a Justiça Comum Estadual.

Jurisprudência da Terceira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.009.647-RS (2008/0019944-8)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Agravante: Hospital Mãe de Deus
Advogado: Charles Luís Barbosa e outro(s)
Agravado: Leticia Gobbi
Advogado: Cláudio Caldeira Antunes e outro(s)
Interes.: Sandra Lúcia Cocaro de Souza

EMENTA

> Civil. Responsabilidade civil. Hospital. A alta do paciente, imprudente e negligente, autorizada, sem avaliação médica, por enfermeira do hospital, acarreta a responsabilidade civil deste. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 28.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a decisão de fl. 224, *in verbis*:

> 1. O recurso especial ataca acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:
>
> > Apelação cível. Responsabilidade civil. Dano moral. Erro médico e hospitalar. Videolaparoscopia. Perfuração de alça intestinal. Peritonite. Responsabilidade do cirurgião assentada na falha do dever de informar, associada à conduta do hospital, ambos assentindo em alta da paciente com indicações de instalação de quadro infeccioso.

Erro médico. Falha no dever de informar. Negligência do pós-operatório. Falha na prestação dos serviços hospitalares.

Ausência de consentimento informado. Dever de informar inerente à realização de procedimentos médicos de risco.

Conquanto a perfuração de alça intestinal se insira nos riscos do procedimento a que foi submetida a autora, o que não tipificaria imperícia, houve falha na não cientificação prévia.

Conduta agravada pela negligência na seqüência do procedimento, em face da sintomatologia apresentada pela autora, a quem foi dada alta precoce, propiciando o agravamento do quadro e instalação de peritonite.

Responsabilidade do cirurgião e do Hospital.

(...) (fl. 20).

Lê-se do voto condutor:

O que se viu dos documentos juntados, principalmente do documento de fl. 33, é que a alta hospitalar estava condicionada, às condições da paciente. Textualmente assim está escrito: '(...) Alta agora pela manhã se em condições (fl. 26).

De qualquer sorte, como destacou o douto magistrado, a responsabilidade mais se acentua com a negligência posterior ao procedimento, e aqui - reforça-se - também da entidade hospitalar, permitindo a alta da paciente que ainda manifestava queixas compatíveis com um quadro de peritonite, que, como sustentam, seria decorrência natural de perfuração de alça intestinal, possível de ocorrer em procedimentos de videolaparoscopia, o que, por óbvio, exigia um melhor acompanhamento e valorização da sintomatologia apresentada (fl. 29-verso).

E do voto proferido nos embargos de declaração:

De um lado, foi reconhecida a culpabilidade da médica-ré por erro na execução da cirurgia e em face da negligência no acompanhamento pós-operatório, bem como pela insuficiência (ou ausência) de informações prestadas acerca dos riscos do procedimento. De outro, restou consignada a responsabilidade do hospital-demandado pela negligência na alta precoce, assim por autorizar a realização de cirurgia em paciente que desconhecia os riscos a que estava susceptível.

(...)

A título de argumentação, não se pode olvidar que, mesmo sem culpa por pate do hospital, poderia haver sua responsabilidade objetivamente

reconhecida, seja em face das normas do CDC, seja porquanto o médico atuou como preposto do nosocômio (fl. 34-verso).

As razões do recurso especial dizem violados os artigos 460 e 535 do Código de Processo Civil e os artigos 1.518 e 1.521, III, do Código Civil de 1916.

2. Reconhecida que fosse a contradição entre o acórdão proferido no julgamento da apelação e o acórdão prolatado no julgamento dos embargos de declaração, o primeiro admitindo que a médica e o hospital foram escolhidos pelo paciente, e o segundo decidindo que a médica atuou como preposta do hospital, subsistiria no julgado um fundamento suficiente para a respectiva manutenção: o de que o hospital foi responsável pela alta do paciente, *in verbis*:

> No momento em que o hospital tomou para si a averiguação das condições da paciente para justificar sua alta hospitalar, através de seu corpo de enfermagem, trouxe também a responsabilidade pelas conseqüências de uma alta imprudente e negligente, sem avaliação médica e que mais tarde se mostrou imprudente e negligente, conforme nesta fundamentação asseverei (fl. 26).

Nego, por isso, provimento ao agravo.

A teor das razões:

Como visto, restou patente que o tribunal *a quo*, contrariando a remansosa e uníssona jurisprudência aplicável à espécie, sustentou que a responsabilidade da recorrente residiria no fato de que a médica teria atuado na condição de sua preposta, fato que vai refutado pelos próprios autos, pois incontroverso.

Conquanto restasse superado tal argumento, pelo fundamento esgrimido pela douta decisão vergastada, a conclusão não tiraria das razões deduzidas pela recorrente a pertinência de seu pleito recursal.

Se restou definido que a alta se daria dependendo das condições da paciente, ora recorrida, e a alta foi dada com consentimento da sua médica assistente (detentora da prerrogativa de liberar a sua paciente), não soa legal e justo que o Hospital reste responsabilizado por tal ato médico.

Insta ressaltar que, ao corolário do que sustentou o Tribunal *a quo*, o Hospital não tornou pra si a responsabilidade para justificar a alta hospitalar, mas, isto sim, cumpriu as determinações médicas (fl. 243).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): As razões do recurso não foram capazes de afastar o fundamento da decisão agravada, qual seja, o de que "'No

momento em que o hospital tomou para si a averiguação das condições da paciente para justificar sua alta hospitalar, através de seu corpo de enfermagem, trouxe também a responsabilidade pelas conseqüências de uma alta imprudente e negligente, sem avaliação médica e que mais tarde se mostrou imprudente e negligente, conforme nesta fundamentação asseverei' (fl. 26)" - fl. 224.

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

RECURSO ESPECIAL N. 1.034.516-MA (2008/0043525-0)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Martins Comercio e Serviços de Distribuição S/A
Advogado: Mirella Parada Martins
Recorrido: Arnor Juvenal de Sousa - Microempresa e outro
Advogado: Manoel Henrique Cardoso Pereira Lima e outro(s)

EMENTA

Ação de indenização. Dano moral. Depósito com atraso de cinco dias em conta corrente referente a débito de R$ 323,47. Controvérsia a respeito da validade da forma de pagamento. Inscrição considerada indevida. Redução do *quantum* indenizatório, fixado em 32.347,00 para R$ 7.000,00 (sete mil reais).

I - As circunstâncias da lide não apresentam nenhum motivo que justifique a fixação do *quantum* indenizatório em patamar especialmente elevado, devendo, portanto, ser reduzido para se adequar aos valores aceitos e praticados pela jurisprudência desta Corte.

Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 23.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais ajuizada por Arnor Juvenal De Sousa Me e outro contra o Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A.

2.- Narram os autores em sua inicial que entraram em contato com a ré a fim de efetuar o pagamento de R$ 323,47 cinco dias após o vencimento, pois o título enviado para esse fim chegara com atraso. Aduzem que foram orientados a efetuar o depósito em conta corrente fornecida pela própria ré e que, todavia, o débito foi inscrito nos serviços de proteção ao crédito dois meses após ter sido o depósito efetuado.

A Sentença (fls. 92/110), proferida pelo Juiz de Direito Abrahão Lincoln Sauáia, reconhecendo os danos morais sofridos pelos autores em razão da inscrição indevida efetivada, condenou a ré ao pagamento da quantia equivalente a "100 (cem) vezes o valor do título protestado, que é de R$ 323,47 (trezentos e vinte e três reais e quarenta e sete centavos), ou seja, o total de R$ 32.347,00 (trinta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais)" (fl. 109).

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, tendo como Relator a E. Desembargadora Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, negou provimento ao recurso de apelação interposto, em Acórdão assim ementado (fl. 177):

> Processo Civil. Apelação cível. Ação de indenização de danos morais. Dívida quitada. Cadastramento e manutenção indevido do nome de cliente junto ao órgão protetivo de crédito. Alegação de que a empresa não teria como individualizar o pagamento dos seus clientes. Argumento afastado. Caracterização de dano moral *in re ipsa*. Desnecessidade de comprovação de dano. *Quantum* indenizatório arbitrado em valor proporcional ao dano sofrido. Recurso conhecido e improvido.
>
> I - Se a prestadora de serviços não provou que seus clientes não poderiam quitar seus débitos por meio de depósito em conta corrente, aquela deve assumir o ônus inerente ao dever de zelar pela boa administração de seu negócio, o que, por conseguinte, inclui o acompanhamento da origem de entradas e saídas de sua conta.

II - O dano moral *in re ipsa*, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

II - A quantia fixada pelo Juízo *a quo*, revela-se proporcional ao dano sofrido, pois observou a posição econômica do ofensor e do ofendido, bem como a gravidade do dano ocasionado, exercendo sua função penalizante e compensatória.

Os Embargos declaratórios opostos (fls. 186/189), foram rejeitados (fls. 197/203).

Inconformada, a empresa ré interpõe o presente Recurso Especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do artigo 105, III, da Constituição Federal, apontando, preliminarmente, ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, por negativa de prestação jurisdicional e, no mérito, aos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil e 43, §§ 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como divergência jurisprudencial, sustentando que não houve ato ilícito pois o pagamento foi efetuado com atraso e de forma diversa do pactuado e, ainda, que o valor indenizatório fixado em R$ 32.347,00 (trinta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais) é excessivo e requer sua redução "adequando-o aos princípios da razoabilidade e do bom senso, nos moldes do entendimento já manifestado por essa Egrégia Corte" (fl. 223).

Com contra-razões (fls. 260/265), o recurso especial foi admitido (fls. 268/270), e, assim, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 3.- Cumpre observar, de início, que o Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Portanto, não há que se falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil ou negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese da Recorrente.

4.- Quanto à alegação de ofensa aos artigos 186 e 927 do Código Civil e 43, §§ 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, afirma a Recorrente que não há ato ilícito a ensejar dano, uma vez que, do seu ponto de vista, o registro efetivado é regular. Insiste a no argumento de que o erro foi exclusivo dos Autores,

ora Recorridos, pois o pagamento foi efetuado em forma diversa da prevista inicialmente e sem identificação.

Ocorre que o Colegiado *a quo* concluiu que há responsabilidade da recorrente pois "em nenhum momento ficou comprovado que o pagamento do referido título deveria ser feito por depósito identificado" (fl. 181). Assim, o apelo não é viável quanto a esta questão, pois a adoção de entendimento diverso, quanto ao ponto, demandaria reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado à luz da Súmula n. 7-STJ.

5.- A indenização por danos morais tem por objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal orienta que o valor da indenização por dano moral não escapa ao seu controle, devendo ser fixado com temperança.

Verifica-se, de plano, que o valor fixado no presente caso, R$ 32.347,00 (trinta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais), destoa, em muito, dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes, isto é, de simples inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito.

De outro lado, as circunstâncias da lide não apresentam nenhuma peculiaridade ou motivo que justifique a fixação do *quantum* indenizatório em patamar especialmente elevado. Na espécie, não há indicação pelos autores de fato que demonstre a ocorrência de abalo creditício ou de outros constrangimentos que não os presumíveis.

Ressalte-se o atraso e toda a controvérsia na forma de pagamento do título que, mesmo não afastando a falha pela inscrição do débito posteriormente à sua quitação, atenua a responsabilidade da Recorrente. Ademais, noticiam os autos que o registro perdurou por poucos meses.

Desta forma, tendo em vista a jurisprudência desta Corte a respeito do tema e as circunstâncias da causa, conclui-se que a indenização deve ser reduzida para o valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar as vítimas pelo sofrimento moral experimentado.

6.- Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial reduzindo o valor da indenização por danos morais para R$ 7.000,00 (sete mil reais), atualizados monetariamente a contar da data deste julgamento e acrescidos de juros moratórios a partir do evento danoso.

RECURSO ESPECIAL N. 1.035.484-PR (2008/0044198-7)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Banco Banestado S/A
Advogado: Paulo Roberto Barbieri e outro(s)
Recorrido: Nilton Gomes e outro
Advogado: Josiane Rolim de Moura

EMENTA

Recurso especial. Ação de rescisão contratual. Mútuo habitacional. SFH. Negativa de prestação jurisdicional. Não-ocorrência. Amortização negativa e tabela *price*. Questão fático-probatória. Incidência dos enunciados n. 5 e 7-STJ. Plano de Comprometimento da Renda. Reajuste dos encargos mensais pelo mesmo índice e mesma periodicidade de atualização do saldo devedor. Legalidade. Art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.692/1993. Substituição pelo Plano de Equivalência Salarial. Descabimento. Recurso parcialmente provido.

I - Não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, pois todas as questões suscitadas pelo recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto.

II - Aferir a existência de amortização negativa ou de capitalização de juros pela utilização da Tabela *Price* implicaria reexame de material fático-probatório e interpretação de cláusula contratual, o que encontra óbice nos enunciados n. 5 e 7-STJ.

III - Nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda, o reajuste dos encargos mensais tem por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor, conforme o art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.692/1993, respeitado o percentual máximo de comprometimento da renda estabelecido no contrato.

IV - Reconhecida a legitimidade na adoção do Plano de Comprometimento de Renda - PCR, nos contratos firmados após a vigência da Lei n. 8.692/1993, descabe a sua substituição pelo Plano de Equivalência Salarial.

V - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 26.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Banco Banestado S.A, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, no qual alega violação dos arts. 535, II, do Código de Processo Civil; 1º, 4º e 33 da Lei n. 8.692/1993, além de divergência jurisprudencial.

Compulsando-se os autos verifica-se tratar-se de ação de rescisão de contrato de financiamento habitacional, ajuizada por Nilton Gomes e outro. O Tribunal de origem decidiu, no que interessa, que: *i)* o uso da Tabela *Price* implica capitalização de juros; *ii)* o reajuste das prestações não pode ser superior à equivalência salarial da categoria profissional do mutuário, devendo ser substituído o Plano de Comprometimento da Renda contratado pelo Plano de Equivalência Salarial; *iii)* a Taxa Referencial é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/1991, desde que pactuada.

O recorrente sustenta, preliminarmente, negativa de prestação jurisdicional. Aduz, ainda, que o sistema de amortização da Tabela *Price* não contempla anatocismo. Alega que o Plano de Comprometimento da Renda contratado deve ser mantido, não podendo ser substituído pelo Plano de Equivalência Salarial. Defende, portanto, o reajuste das prestações na mesma periodicidade e pelo mesmo índice de correção do saldo devedor.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A irresignação merece prosperar, em parte.

Com efeito.

Inicialmente, constata-se que não há se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC, pois todas as questões suscitadas pela recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto. Na realidade, a matéria recursal, em seus pontos essenciais, foi analisada pelo egrégio Tribunal *a quo*, sendo que o Órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa mencionar todos os argumentos levantados pelas partes, mas, tão-somente, explicitar os motivos que entendeu serem suficientes à composição do litígio.

No concernente à existência de amortização negativa ou capitalização de juros pela utilização da Tabela *Price*, já decidiu este Tribunal Superior que a questão não pode ser revista na via eleita, uma vez que implicaria reexame de material fático-probatório e interpretação de cláusula contratual, o que encontra óbice nos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido, já se decidiu: AgRg nos EDcl no REsp n. 890.160-RS, relator Ministro Humberto Martins, DJ 11.04.2008; REsp n. 806.395-RS, relatora Ministra Denise Arruda, DJ 14.04.2008; REsp n. 740.632-PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 05.03.2008; AgRg no REsp n. 930.340-SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 14.12.2007; REsp n. 756.973-RS, relator Ministro Castro Filho, DJ 16.04.2007; REsp n. 747.767-PR, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 1º.02.2006; REsp n. 624.654-PR, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07.11.2005.

No mais, com razão o recorrente.

Conforme asseverado no acórdão recorrido (fls. 313/315), o presente contrato foi celebrado no ano de 1997, portanto, após a entrada em vigor da Lei n. 8.692/1993, com previsão expressa do reajustamento dos encargos mensais pelo Plano de Comprometimento da Renda - PCR (cláusula quarta). Na cláusula sétima, reconhecida como válida pelo Tribunal de origem, está previsto que o saldo devedor será atualizado mensalmente mediante a aplicação dos mesmos índices utilizados para os depósitos de poupança.

Desse modo, tratando-se, *in casu*, de contrato regido pelo Plano de Comprometimento da Renda, aplica-se o artigo 4º, *caput*, da Lei n. 8.692/1993, que assim dispõe:

> Art. 4º O reajustamento dos encargos mensais nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda terá por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos, mas a aplicação deste índice não poderá resultar em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal Superior de Justiça:

Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de mútuo. Saldo devedor. Reajuste. Variação da poupança. Legitimidade. TR. Prestação. Atualização. Plano de Comprometimento de Renda.

I. Legítima adoção do Plano de Comprometimento de Renda - PCR para o cálculo dos encargos mensais do mútuo hipotecário, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, nos contratos firmados após a vigência da Lei n. 8.692/1993 (REsp n. 556.797-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 25.10.2004; REsp n. 769.092-PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 17.10.2005).

II. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do saldo devedor do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado. Precedentes.

III. Agravo desprovido.

(AgRg no REsp n. 401.741-SC, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 26.02.2007, p. 593)

Recurso Especial. Civil. Contrato. Mútuo. SFH. Plano de Comprometimento de Renda - PCR. Saldo devedor. Encargos mensais. TR. Tabela *Price*. Súmulas n. 5 e 7-STJ.

1. A jurisprudência iterativa desta Corte é no sentido de admitir a utilização da TR como índice de correção monetária do saldo devedor nos contratos de mútuo, desde que pactuada.

2. Em se tratando de contrato que adota o Plano de Comprometimento de Renda - PCR - como modalidade de reajustamento dos encargos mensais, aplica-se o artigo 4º, *caput*, da Lei n. 8.692/1993, sendo, portanto, legal a correção dos encargos mensais pela TR, desde que pactuada como índice de atualização do saldo devedor e respeitado o percentual máximo de comprometimento da renda estabelecido no contrato.

3. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como tabela price, somente com detida incursão no contrato e nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de amortização negativa e, conseqüentemente, de anatocismo, vedado em lei (AGREsp n. 543.841-RN e AGREsp n. 575.750-RN). Precedentes da Terceira e da Quarta Turma.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 769.092-PR, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 17.10.2005, p. 314)

Reconhecida, portanto, a legitimidade na adoção do Plano de Comprometimento de Renda - PCR para o cálculo dos encargos mensais do mútuo hipotecário, no âmbito do SFH, nos contratos firmados após a vigência da Lei n. 8.692/1993, descabe a sua substituição pelo Plano de Equivalência Salarial.

Assim, dá-se parcial provimento ao recurso para declarar a validade da cláusula contratual que estipula o reajuste das prestações mensais pelo Plano de Comprometimento da Renda.

Em razão da sucumbência recíproca, as partes arcarão com as custas e os honorários advocatícios, na proporção de 40% pelo recorrente e 60% pelos recorridos, estes últimos nos moldes fixados na r. sentença, admitindo-se a compensação, nos termos da lei.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.063.304-SP (2007/0236532-9)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: B S S
Advogado: Bruno Salla Squilar
Recorrido: Empresa Folha da Manhã Ltda
Advogado: Mônica Filgueiras da Silva Galvão e outro(s)

EMENTA

> Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Reportagem de jornal a respeito de bares freqüentados por homossexuais, ilustrada por foto de duas pessoas em via pública. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

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

unanimidade, conhecer do recurso especial e, por maioria, dar-lhe parcial provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Massami Uyeda, que conhecia do recurso e dava-lhe total provimento. Sustentou oralmente pelo recorrente o Dr. Bruno Salla Squilar.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 13.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que B. S. S. ajuizou ação de indenização por danos morais contra Empresa Folha da Manhã - Ltda., responsável pelo Jornal Folha de São Paulo, alegando que no dia 27 de maio de 2001 foi publicada no Jornal Folha de São Paulo uma matéria com o título "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual" com fotografia do Autor cumprimentando um amigo na Rua Haddock Lobo, ao lado do Fran's Café que, segundo a matéria, é local destinado a encontro do público GLS na cidade de São Paulo; a forma como foi tirada a fotografia demonstra claramente a maldosa intenção de insinuar um possível beijo entre dois homens; a atitude da Ré causou-lhe um profundo abalo de ordem emocional porque a sua imagem ficou vinculada ao público homossexual; além de constrangimentos diante de amigos e familiares, a matéria trouxe-lhe inúmeros aborrecimentos na vida profissional, pois no exercício da advocacia passou a ser motivo de chacota por parte de advogados e servidores públicos do Poder Judiciário; além disso, o Autor passou a conviver com a desconfiança dos amigos, familiares e clientes do escritório de advocacia acerca de uma possível homossexualidade (fls. 18/33).

A MM. Juíza de Direito Dra. Maria Laura de Assis Moura Tavares julgou procedente o pedido, condenando a Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais) - fls. 404/411.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador Morato de Andrade, negou provimento à apelação do Autor e deu provimento em parte à apelação da Ré para reduzir o valor da indenização para R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) - fls. 492/498.

Opostos embargos de declaração pelas partes (fls. 501/513 e 514/518), foram acolhidos os do Autor sem efeitos modificativos (fls. 522/525).

B. S. S. interpôs, então, recurso especial com base na violação do artigo 186 do Código Civil e na divergência jurisprudencial, pedindo a majoração do valor da indenização (fls. 528/598).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): No dia 27 de maio de 2001 (domingo), o Jornal Folha de São Paulo publicou a matéria "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual", abordando o tema da freqüência do chamado público *GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes)* em determinada região da cidade de São Paulo, onde bares, cafés, restaurantes, discotecas e lojas atraem, dia e noite, os homossexuais.

A matéria de meia página foi ilustrada com uma fotografia do Autor, sem sua autorização, abraçando um amigo em frente ao Fran's Café, constando da legenda nomes fictícios:

> Renato, 28, e Rodrigo, 35, se abraçam na frente do Fran's Café, destinado ao público GLS da cidade (fl. 35).

A teor da matéria jornalística:

> A primeira parada para a noite é no Fran's Café, na rua Haddock Lobo, quase esquina com a avenida Paulista. O café é o local preferido para os *blind dates*, ou encontro às escuras, marcados pela *internet* entre pretendentes que ainda não se conhecem pessoalmente (fl. 35).

Segundo o acórdão recorrido, "o autor estava na calçada logo ao lado desse bar. Na fotografia, aparece apenas a metade de seu rosto, numa fotografia relativamente escura, mas o suficiente para algumas pessoas de seu conhecimento identificarem-no" (fl. 496).

É incontroverso que a fotografia retrata o abraço de dois homens e ilustra uma reportagem sobre determinado local, na cidade de São Paulo, freqüentado por *gays*, lésbicas e simpatizantes.

A fotografia, associada ao teor da reportagem, leva a crer que as duas pessoas do sexo masculino presentes naquele local indicado como encontro de homossexuais representam esse público.

Sem dúvida, a publicação da fotografia desrespeitou os valores do Autor, sua vida íntima, familiar e profissional, prejudicando sua imagem no meio social em que vive, trabalha e se relaciona.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça no arbitramento do valor indenizatório a título de danos morais só se dá por exceção, quando o valor arbitrado na instância ordinária for irrisório ou abusivo.

Na espécie, a indenização fixada pelo tribunal *a quo* em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é irrisória à vista dos prejuízos morais sofridos pelo Recorrente, justificando a intervenção excepcional do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento em parte para fixar o valor da indenização por danos morais em R$ 250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil reais), corrigido monetariamente a partir desta data.

VOTO-VENCIDO, EM PARTE

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, quanto ao mérito do recurso especial, estou inteiramente de acordo com o posicionamento do eminente Relator e da eminente Ministra Nancy Andrighi e, mormente diante do depoimento pessoal que a parte trouxe, que, na verdade, é o advogado em causa própria, e considerando também esse precedente que participamos, em que havia esse aleijão e essa dor, observando que a dor física é uma situação vivenciada e a dor moral algo que pertence ao universo interior de cada qual e, por isso, na verdade, a lesão da dor moral tem efeitos deletérios não só para quem está vivenciando esse problema, pois isso depende da sensibilidade de cada um, mas, embora o venerando acórdão não tenha descido a essas minúcias que o ilustre advogado aqui particulariza, é natural as conseqüências de uma irrefletida e irresponsável conduta de um profissional do jornalismo, pois a imprensa tem não somente o direito e o dever de informar, mas é preciso ter responsabilidade; ao publicar uma fotografia sem prévia autorização, colocando nomes fictícios, expondo a imagem, estamos diante de uma agressão ao patrimônio moral, e o patrimônio moral é tão valioso quanto a própria vida. Talvez diria mais, o seguinte: alguém que sofra uma agressão moral enxovalhado em sua honra, nome e imagem, e estando vivo - pode até não estar vivo - sofre uma conseqüência de que passa aquele quadro traçado por Dante: "O inferno em vida".

Quer dizer, na verdade são situações que devemos sopesar. A dor física, o aleijão também causam sofrimento físico e moral, o abatimento, tanto que a própria doutrina estabelece a distinção do dano estético, muito ligado ao conteúdo do dano moral. São situações que devemos realmente analisar e fazer, digamos, um debate em termos de valoração. É realmente algo muito difícil, porque passará pelo subjetivismo de cada qual de nós. Mas, a circunstância, como também acentuada da Tribuna, do *pretium doloris,* a *pecunia doloris*, na verdade temos que fazer com que as nossas decisões sejam propedêuticas, no sentido de traçar uma orientação para o corpo social da qual uma das missões institucionais do Tribunal é exatamente uniformizar a jurisprudência, dar adequada interpretação à legislação infraconstitucional e nós, aqui, estamos enfrentando claramente os arts. 186 e o antigo 159, uma lesão que causa.

Não ficaria nada constrangido em manter essa solicitação que o recorrente faz e majorar isso. Aí é uma questão que, depois, as partes podem se compor, ou alguma coisa, mas, na verdade, é uma forma de poder fazer com que todos nós sejamos realmente responsáveis pelos nossos atos. É preciso respeitar a dignidade humana, um dos fundamentos basilares da nossa Constituição no Brasil, que é um Estado democrático de direito, uma República, cujo fundamento está no respeito à dignidade humana.

Dou integral provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 782.433-MG (2005/0154850-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Relator para acórdão: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Souza Cruz S/A
Advogado: Álvaro Sérgio Frazão Montenegro e outro(s)
Advogados: Janaina Castro de Carvalho e outro
Eduardo Antonio Lucho Ferrão
Recorrido: Maurício Carneiro Elian
Advogado: Antônio Ribeiro Romanelli e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Dano moral e estético. Indenização. Tabagismo. Reparação civil por fato do produto. Prescrição quinquenal. Reconhecimento no caso concreto.

I - Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada a petição inicial no art. 27 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

II - Tratamento do caso como "danos causados por fato do produto ou do serviço prestado" (CDC, art. 27).

III - Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil.

IV - Art. 7º do Código de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, renovando o julgamento, após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, não conhecendo do recurso especial, e do voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, e mantidos os votos anteriormente proferidos, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Votaram com o Sr. Ministro Sidnei Beneti os Srs. Ministros Ari Pargendler e Massami Uyeda.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator para acórdão

DJe 20.11.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por Souza Cruz S.A., com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-MG.

Ação: de indenização por danos morais ajuizada por Maurício Carneiro Elian, ora recorrido, em desfavor da recorrente, em virtude de males que alega decorrerem do tabagismo.

Aduz que, induzido pelas propagandas veiculadas pela recorrente, acabou por consumir seus cigarros, vindo a se viciar em virtude das *substâncias* agregadas "para provocar a rápida e definitiva dependência".

Sentença: declarou extinto o processo, com o julgamento do mérito, afirmando estar prescrita a pretensão do autor, com fulcro no art. 27 do CDC.

Acórdão: deu provimento ao apelo do recorrido (fls. 1.036/1.040), nos termos do acórdão (fls. 1.116/1.123) assim ementado:

> Indenização. Tabagismo. Prescrição. Inocorrência.
>
> Não tendo a pretensão do autor se fundado em vícios do produto, deve ser afastado o prazo prescricional previsto no art. 27 do Codecom, aplicando-se o lapso ordinário do direito civil.

Recurso especial: alega a recorrente em suas razões (fls. 1.126/1.138) que o acórdão hostilizado violou o art. 27 do CDC e divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, na medida em que a lide versa sobre acidente de consumo.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões (fls. 1.160/1.164), a Vice-Presidência do Tribunal *a quo* negou seguimento ao especial (fls. 1.166/1.167), dando azo à interposição de agravo de instrumento, ao qual dei provimento para determinar a subida destes autos (fls. 1.169).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a determinar o prazo prescricional aplicável à hipótese dos autos - indenização por dano moral causado pelo tabagismo - se o de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC ou o de 20 (vinte) anos contido no art. 177 do CC/1916.

Inicialmente, ressalto que, ao contrário do que consta do acórdão vergastado, a pretensão do autor, ora recorrido, de fato fundamenta-se em suposto defeito de segurança e informação do produto, nos termos do art. 12 do CDC, na medida em que, segundo consta da petição inicial, além do consumo dos cigarros fabricados pela recorrente ter sido causa determinante dos danos ocorridos à sua incolumidade física e psicológica, a empresa de tabaco prestou informações insuficientes e inadequadas sobre os efeitos nocivos dos seus produtos.

Consta do acórdão vergastado que "apesar de o requerente ter começado a fumar aos 9 (nove) anos, somente aos 32 (trinta e dois) anos tomou conhecimento dos prejuízos e do seu causador, isto é, nos idos de *1989*, portanto, há aproximadamente 14 (quatorze) anos antes da propositura da ação" (fls. 1.121) (grifei).

A Lei n. 8.078/1990 foi publicada no Diário Oficial da União em 12.09.1990, com uma *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, cujo término deu-se em *11.03.1991*, data da efetiva entrada em vigor do CDC.

Portanto, o conhecimento do dano e de sua autoria se deu de 01 (um) a 02 (dois) anos antes do CDC entrar em vigor, quando então vigia o CC/1916, cujo art. 177 dispunha que "as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos (...), contados da data em que poderiam ser propostas".

Dessa forma, a despeito de se tratar de norma especial, para que se possa concluir pela incidência, na espécie, do prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC, ter-se-á que admitir a aplicação retroativa deste diploma legal, ainda que, como fez o juiz de primeiro grau, se conte o prazo tão somente da entrada em vigor da lei.

Não se pode olvidar que a CF/1988 adotou, como regra geral do sistema, o princípio da não-retroatividade da lei, admitindo-se, por outro lado, a sua retroatividade como exceção. Assim o fez ao prescrever em seu art. 5º, XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Não outro o sentido imposto pelo comando legal constante do art. 6º da LICC, segundo o qual "a lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

Destarte, em princípio, o fato rege-se pela lei em vigor na data de sua ocorrência. Trata-se de regra geral de direito intertemporal, de incidência imediata e inexorável da lei. Se está em vigor, portanto apta para incidir, e o fato nela previsto ocorre, dá-se a incidência, vale dizer, o fato ganha imediatamente a significação jurídica que a lei vigente lhe atribui.

Acrescente-se, por oportuno, que não há necessidade de dispositivo expresso fixando essa incidência imediata. A norma que inclui artigo nesse sentido terá caráter meramente explicitante. Sua ausência não faz com que as leis silentes sobre a questão intertemporal sejam retroativas. Uma lei que nada diz a respeito de sua aplicação a fatos ocorridos antes do início de sua vigência, a estes evidentemente não se aplica, a não ser quando a situação regulada seja, por natureza, envolvente daqueles fatos, como ocorre, por exemplo, com a anistia.

Não obstante a regra geral de irretroatividade, a questão que se põe é saber se, por ser norma de ordem pública, o CDC se aplicaria retroativamente àquelas situações já consumadas.

Nesse aspecto, Caio Mário da Silva Pereira anota que "quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública" (*Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 149).

A partir dessas ponderações, conclui-se que o CDC não tem efeito retroativo pelo mero fato de ser uma norma de ordem pública. O texto constitucional, ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Quisesse o legislador constituinte

admitir como regra a retroatividade das leis de ordem pública, deveria, como fez com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu, excepcionar expressamente tal situação no próprio texto constitucional.

Sendo assim, os fatos já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas anteriores à Lei *consumerista*, não são atingidos por sua força e autoridade legislativa. Evidentemente, as normas de incidência imediata, como é o caso do CDC, atingem, além de fatos ocorridos já no decorrer de sua vigência, também situações não definitivamente concluídas ou os efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados. Nessas hipóteses, porém, não se tratará de efeito retroativo da lei, senão da própria aplicação imediata dela.

Outro não é o entendimento consolidado nesta Corte, que já decidiu reiteradas vezes que, a despeito de ser norma de ordem pública, os dispositivos do CDC não se aplicam a situações consolidadas antes de sua vigência, justamente por não trazer em si a faculdade de desconstituir atos e fatos jurídicos formalizados sob a égide de norma anterior.

Diversos são os julgados nesse sentido, valendo destacar os seguintes: REsp n. 570.755-PR, 4ª Turma, Relator Ministro Massami Uyeda, DJ de 18.12.2006, AgRg no REsp n. 489.858-SC, 3ª Turma, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 17.11.2003; REsp n. 439.880-MT, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 17.11.2003; e REsp n. 194.531-RJ, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 27.03.2000; este último assim ementado, no que pertine à espécie:

> O art. 27 do Código de Defesa do Consumidor não alcança o prazo prescricional em curso quando do ajuizamento da ação, não se aplicando o Código aos fatos anteriores a sua vigência.

Do quanto exposto até aqui, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, dada a sua irretroatividade, devendo incidir, portanto, a prescrição vintenária do art. 177 do CC/1916, vigente á época em que o recorrido teve conhecimento do dano e de sua autoria.

Ressalto, por oportuno, a inaplicabilidade à espécie do REsp n. 304.724-RJ, 3ª Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.2005, que cuidou de hipótese semelhante à dos autos e no qual ficou assentado que "a prescrição definida no Art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do Art. 177 do CC/1916".

Isto porque, naquele processo, não havia certeza quanto à data em que o autor teria tido ciência do dano, o que impossibilitou dizer se tal circunstância havia ou não ocorrido sob a égide do CDC.

Por outro lado, não obstante tenha acompanhado o voto do i. Ministro Humberto Gomes de Barros, melhor refletindo sobre o assunto, me parece que não se pode generalizar a regra de especialidade do CDC, que deve ser relativizada e interpretada em consonância com o seu art. 7º, o qual estabelece uma interface da lei consumerista com o sistema geral de defesa do consumidor.

O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. O denominado "direto do consumidor" tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico.

Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor.

Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

Conforme ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, "o CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro" (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 185).

Nesse contexto, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e ajuda o CDC, de modo que se aquele for mais favorável ao consumidor do que este, não será a lei especial que limitará a aplicação da lei geral, mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de fazer prevalecer a proteção do parte hipossuficiente da relação de consumo.

Na espécie, não cabe dúvida que o prazo mais favorável ao consumidor é aquele do art. 177 do CC/1916, que fixa um prazo prescricional de 20 (vinte) anos, devendo, também por esse motivo, prevalecer sobre o prazo de 05 (cinco) anos previsto no art. 27 do CDC.

Forte em tais razões, *não conheço* do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- O Recurso Especial foi interposto por Souza Cruz S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra Acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (Relatora Juíza Eulina do Carmo Almeida), o qual,

dando provimento à Apelação interposta pelo autor, ora recorrido, afastou a prescrição qüinqüenal do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor acolhendo a prescrição vintenária do Cód. Civil/1916, e anulou sentença de ação movida pelo ora recorrido (inicial datada de 10.01.2003 e autuada a 14.03.2003), fumante desde os nove anos de idade e padecente de "tromboangiíte obliterante", que o levou à perda de extremidades das mãos e pés, com várias intervenções cirúrgicas e amputações, inclusive de dedos e da perna direita, visando à condenação da ré, ora recorrente, indústria fabricante de cigarros, ao pagamento de "uma compensação por danos morais, em face dos enormes sofrimentos do autor, cujo montante deverá ser fixado na forma dos ensinamentos doutrinários acima, e acrescido de juros de mora e demais consectários de direito", bem como à "condenação do réu ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios" (sic fl. 16).

2.- O autor alega a violação do art. 27 do CDC, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, "iniciando-se o prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria" (CDC, art. 27, parte final), e divergência de julgados relativos a acidente de consumo, no caso, o tabagismo, que teria levado aos danos físicos de monta alegados na inicial e vistos nas fotos trazidas ao processo.

Informou o autor que teve consciência da moléstia, decorrente do tabagismo, no ano de 1983, vindo, entretanto, a ajuizar o processo apenas no ano de 2003, quando já em vigor o Cód. de Defesa do Consumidor, cuja *vacatio legis* foi de noventa dias (CDC, Lei n. 8.078, de 11.07.1990).

3.- A sentença focalizou a questão do prazo prescricional, única matéria ora em exame, expondo que, segundo o autor:

> O diagnóstico ocorreu, segundo o próprio autor, quando ele tinha trinta e dois (32) anos de idade, ou seja, no ano de 1989, já que nasceu em 1957 (cf. fl. 21).
>
> Tendo o Código de Defesa do Consumidor entrado em vigor no ano de 1990, a partir de então se iniciou o prazo de cinco anos para a propositura da ação.
>
> Apesar disto, esta ação somente foi ajuizada em janeiro de 2003 (cf. bilhete de distribuição às fl. 51), quando já decorrido o prazo prescricional.
>
> Prescrita, portanto, encontra-se a pretensão ao autor, o que conduz à extinção do processo, com julgamento do mérito, a teor do disposto no item IV do artigo 269 do Código de Processo Civil (fl. 1.013).

O Acórdão ora recorrido, contra o qual não interpostos Embargos de Declaração, por sua vez, sobre o ponto em análise, assim expôs segundo o voto da E. Relatora:

Colhe-se da exordial, portanto, que o sustentáculo do pedido apóia-se nos efeitos nocivos que o uso do cigarro causa à saúde, na periculosidade inerente ao seu consumo, não sendo alegado qualquer defeito na produção deste. Ao contrário, é informado que o perfeito funcionamento das substâncias ("agentes nocivos", no dizer do suplicante), as quais são agregadas à matéria-prima do bem, foram a causa dos males discorridos na peça de ingresso.

A ausência de súplicas quando ao mau funcionamento, juntamente com a afirmativa de que os males decorrentes das características essenciais do objeto consumido, afastam a incidência do disposto no artigo 27 do CDC.

Assim, o prazo aplicável à espécie há de ser o ordinário previsto no Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos, pelo que não é possível cogitar-se da ocorrência da prescrição.

Neste sentido é da jurisprudência: 'Prescrição qüinqüenal do art. 27, do CDC, não incidente, por não estar, a reparação perseguida na inicial, calcada em defeito do produto, mas nas características essenciais do mesmo' TJRS, Ap. 70006270508, 5ª CC, rel. Des. Léo Lima, j. 18.09.2003.

Apesar de o requerente ter começado a fumar aos 9 (nove anos), somente aos 32 (trinta e dois) anos tomou conhecimento dos prejuízos e do seu causador, isto é, nos idos de 1989, portanto, há aproximadamente 14 (quatorze) anos antes da propositura da ação.

Cumpre ressaltar, ainda, que apesar de a ação ter sido proposta já na vigência do Novo Código Civil, são incabíveis na espécie as disposições deste, como preceitua o seu artigo 2028: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se,na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada" (fls. 1.120/1.121).

E o voto do E. Revisor, Juiz Francisco Kupidlowski, veio a ajuntar, expressamente:

Também dou provimento ao apelo, na esteira do voto da eminente Juíza Relatora, e, com a consideração de que, na espécie, o cerne do pedido indenizatório não é o vício ou defeito no cigarro e, sim, o vício causado pelo seu uso e as seqüelas e moléstias dele decorrentes, o que torna inaplicável, para efeito de prescrição, a norma insculpida no artigo 27 da Lei Consumerista (fls. 1.122/1.123).

É o relatório.

4.- O autor moveu a ação invocando expressamente a regência do Código de Defesa do Consumidor, isto é, ubicando o caso integralmente em seu sistema e no disposto no art. 27 do mesmo Código. O Recurso Especial interposto pela ré

funda-se na negativa de vigência do art. 27 do CDC, que estabelece a prescrição qüinqüenal para “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado”, cuja regência foi negada pelo Acórdão recorrido, que, salientando não haver o autor apontado nenhum defeito na fabricação dos cigarros, mas, sim, “males decorrentes das características essenciais do objeto consumido”, concluiu pela incidência do prazo prescricional de vinte anos (CC/1916, art. 177), “por incidência do prazo prescricional ordinário previsto no Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos”.

Não está posta em exame agora, neste recurso, a data a partir da qual o autor teria tido conhecimento da ação nociva do cigarro sobre a sua saúde, data essa fixada pelo autor no ano de 1989 (pois afirma que começou a fumar aos nove anos de idade e que somente aos trinta e dois anos tomou conhecimento dos prejuízos causados pelo cigarro à sua saúde), matéria que ficaria para exame da sentença, à volta dos autos ao 1º Grau.

A alternativa em questão é esta: - Moléstias que tenham o tabagismo como causa exclusiva ou agravante, são “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado”, cuja ação indenizatória é subordinada ao prazo de cinco anos, nos termos do art. 27 do Cód. de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)", ou: são “males decorrentes das características essenciais do objeto consumido”, cuja ação indenizatória é regida pelo prazo prescricional ordinário de vinte anos, segundo o Código Civil/1916"?

Embora a definição da tese para o caso dos autos, pressuponha a imersão profunda na prova, após exaurimento das fontes probatórias (cuja produção ainda não se possibilitou, pois ocorreu julgamento antecipado da lide, sem prévia prévia prova pericial e testemunhal), tem-se que a fixação do prazo prescricional é decorrência do enquadramento da hipótese fática no art. 27 do CDC, efetuada pela própria petição inicial deste processo.

5.- Ao menos um precedente deste Tribunal é no sentido do enquadramento da hipótese no art. 27 do CDC. Nesse sentido foi o julgamento do REsp n. 304.724-RJ, 3ª T., Relator Humberto Gomes de Barros, em que se adiantou que “a prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/1916”.

Meu voto segue a orientação do precedente, mantendo o enquadramento fático e a prescrição nos termos do art. 27 do CDC.

Essa é, sem dúvida, a melhor orientação, pois, por um lado, preserva a higidez da manifestação jurisprudencial do Tribunal e, por outro, erige marco divisor, pela prescrição, entre os casos anteriores e os posteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor.

No caso concreto, o autor firmou ter tido conhecimento dos efeitos nocivos do tabagismo em 1989, isto é, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor. Teve ele dez anos para acionar com fundamento no art. 159 do Código Civil/1916 e não o fez. Vigente o Código de Defesa do Consumidor a partir do ano de 1990, teve o autor cinco anos em seguida para acionar e novamente não o fez. Isso já em meio à notória enfâse da divulgação, por todos os meios de comunicação social, dos efeitos nocivos do cigarro.

Apenas veio a acionar em janeiro de 2003 (cf. bilhete de distribuição às f. 51), treze anos após a edição do Código de Defesa do Consumidor. Infelizmente, o autor deixou transcorrer tempo enormemente excessivo antes de trazer a Juízo a sua pretensão, já encontrando, então, fechadas as portas da litigância pela prescrição.

Nunca é demais lembrar que, no mundo moderno, em que a comunicação celeremente informa a respeito dos fatos e dos direitos, os prazos prescricionais vêm sendo encurtados, não mais sendo razoável imaginar a demorada circulação das informações, que levava aos prazos longos dos tempos da promulgação do Código Civil de 1916. Por isso, o novo Código Civil/2002, veio a encurtar os prazos prescricionais, inclusive o prazo ordinário, fixando o prazo máximo em dez anos, que já, por si só, bem interior ao tempo em que o autor se quedou inerte. É claro que o novo prazo prescricional do Código Civil de 2002 não regeria o caso, mas impossível deixar de atentar ao vetor interpretativo que resulta do fenômeno do encurtamento dos prazos prescricionais evidenciado pelo Novo Código Civil.

6.- Não se cuida de rejeição de pretensa retroatividade do prazo prescricional do Código de Defesa do Consumidor, nem de ultratividade do prazo prescricional do Código Civil de 1916, mas, sim, de pura e simples regência do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, a partir de sua vigência, para hipótese concreta já qualificada pela jurisprudência da Corte como subsumida no mesmo art. 27 do aludido Código.

Nem pode ser extraída do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor conclusão que arrede a prescrição no prazo do seu art. 27, em processo em que a pretensão do autor foi expressamente fundamentada no mesmo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e não na regra geral do Código Civil. Não há no caso como misturar os sistemas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil/1916, de modo a duplamente beneficiar o litigante autor - ou seja, com a prescrição maior do Código Civil/1916 e com os diversos institutos especiais de favorecimento do consumidor, especialmente a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

Em suma, a tese que, pelo meu voto, deve reger o caso de ação ajuizada com expresso fundamento no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, é a da primeira alternativa (n. 3, supra): "Moléstias que tenham o tabagismo como causa exclusiva ou agravante, são “danos causados por fato do produto ou do serviço prestado”, cuja ação indenizatória de dano moral é subordinada ao prazo de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)".

Aplica-se, pois, o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) à pretensão a indenização formulada pelo autor, de danos resultantes de moléstia causada ou agravada pelo tabagismo por longo tempo, mesmo que constatada anteriormente a esse Código, fixado o prazo prescricional de cinco anos, contado a partir da data em que o Código aludido entrou em vigor.

7.- Pelo exposto, com o maior respeito pelo voto da E. Relatora, meu voto dá provimento ao Recurso Especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do art. 105, II, da Constituição Federal, restabelecendo-se a sentença que julgou extinto o processo ante o reconhecimento da prescrição, mantidos os consectários legais da sucumbência, tal como fixados pela sentença (fl. 1.014).

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: 1. Os autos dão conta de que Maurício Carneiro Elian ajuizou ação de indenização por danos morais contra Souza Cruz S/A em razão dos terríveis males que lhe foram causados pelo consumo de cigarros. Segundo a inicial, o tabagismo ocasionou-lhe tromboangiíte obliterante, cujo agravamento da doença levou-lhe a amputar os dedos das mãos, os pés e, após, a perna direita. Alegou que, além dos sofrimentos causados pelas cirurgias, padece de outros prejuízos de ordem moral, tais como, dores provocadas pela prótese, noites insones, necessidade de auxílio da esposa para satisfazer às necessidades fisiológicas básicas, pressões psicológicas à esposa devido à sua doença mutilante, dificuldade de deslocamento para o tratamento da doença, constrangimentos e humilhações (fls. 02/17).

O MM. Juiz de Direito Dr. Maurílio Gabriel Diniz, reconhecendo a incidência do prazo prescricional qüinqüenal do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, extinguiu o processo com julgamento do mérito (fls. 1.011/1.014).

Lê-se na sentença:

> O referido Código, em seu artigo 27, determina que 'prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do

serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria'.

No caso em exame, o autor Maurício Carneiro Elian, na exordial, afirmou que, após consulta com um angiologista, foi diagnosticado que estaria sofrendo de 'tromboangiíte obliterante', decorrente do consumo de cigarros, e que ele, 'não obstante as recomendações médicas e por mais esforços que fizesse, não conseguia livrar-se daquele insidioso, e mais que isso, imperioso vício' (cf. fl. 4).

Este diagnóstico ocorreu, segundo o próprio autor, quando ele tinha trinta e dois (32) anos de idade, ou seja, no ano de 1989, já que nasceu em 1957 (cf. fl. 21).

Tendo o Código de Defesa do Consumidor entrado em vigor no ano de 1990, a partir de então se iniciou o prazo de cinco anos para a propositura da ação.

Apesar disto, esta ação somente foi ajuizada em janeiro de 2003 (cf. bilhete de distribuição, às fl. 51), quando já decorrido o prazo prescricional.

Prescrita, portanto, encontra-se a pretensão do autor, o que conduz à extinção do processo, com julgamento do mérito, a teor do disposto no item IV do artigo 269 do Código de Processo Civil (fl. 1.013).

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relatora a Juíza Eulina do Carmo Almeida, deu provimento à apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

Indenização. Tabagismo. Prescrição. Inocorrência.

Não tendo a pretensão do autor se fundado em vícios do produto, deve ser afastado o prazo prescricional previsto no artigo 27 do Codecom, aplicando-se o lapso ordinário do direito civil (fl. 1.116).

Lê-se no acórdão recorrido:

... em sua inicial, requer a reparação pelos danos decorrentes da conduta culposa da recorrida, baseando-se em dispositivos do direito civil e fundamentando sua pretensão no fato de ter se tornado viciado:

> ... por substâncias específicas que as empresas fabricantes de cigarros (entre as quais, a ré) agregam para provocar a rápida e definitiva viciosa dependência (fl. 3).

Colhe-se da exordial, portanto, que o sustentáculo do pedido apóia-se nos efeitos nocivos que o uso do cigarro causa à saúde, na periculosidade inerente ao seu consumo, não sendo alegado qualquer defeito na produção deste. Ao contrário, é informado que o perfeito funcionamento das substâncias ('agentes nocivos' no

dizer do suplicante), as quais são agregadas à matéria-prima do bem, foram a causa dos males discorridos na peça de ingresso.

A ausência de súplicas quanto ao mau funcionamento, juntamente com a afirmativa de que os males decorrentes das características essenciais do objeto consumido, afastam a incidência do disposto no artigo 27 do CDC.

Assim, o prazo aplicável à espécie há de ser o ordinário previsto no Código Civil de 1916, isto é, 20 (vinte) anos, pelo que não é possível cogitar-se da ocorrência de prescrição (fl. 1.120/1.121).

As razões do recurso especial alegam violação do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, bem como divergência jurisprudencial (fl. 1.125/1.138).

A Relatora Ministra Nancy Andrighi votou no sentido de não conhecer do recurso especial, dela divergindo o Ministro Sidnei Beneti que, reconhecendo a incidência do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, votou pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

2. Sabido que o julgamento do recurso especial não vai além dos fatos reconhecidos pelo tribunal *a quo*, a base empírica a ser considerada para esse efeito é a de que o diagnóstico da doença de Maurício Carneiro Elian remonta ao ano de 1989 (*sentença*, fl. 1.013; *acórdão*, fl. 1.121).

À época, o Código de Defesa do Consumidor inexistia, resultando que a respectiva disciplina não pode retroagir, seja para dirimir o mérito da lide, seja para regular o prazo prescricional da ação.

Por esse fundamento, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Nesse momento, é como sempre digo: se há um exemplo característico e uma solidão, a solidão da alma, é a solidão do juiz, porque deve, nesse momento, consultar a sua consciência, os fundamentos jurídicos, a sua formação, a sua convicção e, até mesmo, eventualmente, a sua intuição e, depois de tomada essa decisão - isso eu faço por mim mesmo - deixar na mão de Deus, porque essa é a inspiração que se tem.

É claro que este julgamento é um julgamento pioneiro que está deitando diretrizes, inclusive jurisprudenciais, para todo o País, quer dizer, a natureza institucional, a função institucional do nosso Tribunal, da Corte, é fazer isso, a uniformização da jurisprudência, adequá-la à interpretação do direito

infraconstitucional e, nesse traço do direito infraconstitucional, a todo o momento estamos tangenciando a própria Constituição.

Então, quando a Sra. Ministra Nancy Andrighi diz que "se fosse o caso, deveria ter excepcionado", penso com todo o respeito que não seja tarefa do legislador, porque se o legislador tivesse que, a todo o momento, disciplinar a conduta dos que estão sob o império da lei, primeiro não haveria necessidade do Judiciário; segundo, deixaríamos um programa de computador, e sairia muito mais rápido, mas, penso eu, sem essa possibilidade de analisarmos o espírito humano.

Com todo o respeito, Sra. Ministra Nancy Andrighi, admiro muito o trabalho de V. Exa., uma arauta, sempre altaneira no sentido de defesa do consumidor, também me alinhando a isso, mas não a ponto de chegar e dizer que esse sistema faz tábula rasa do art. 27.

Acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Sidnei Beneti.

RECURSO ESPECIAL N. 802.372-MG (2005/0201434-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Marly Bernardes Chaves Motta - Espólio e outros
Repr. por: Mirian Bernardes Chaves Duarte - Inventariante
Advogado: Sérgio Murilo Diniz Braga e outro(s)
Recorrido: Júlio Cezar Nicolosi Motta
Advogado: Emiliana Sábio Procópio Valente e outro

EMENTA

Direito Civil. Sucessões. Usufruto vidual. Exclusão testamentária. Prevalência.

- O art. 1.574 do CC/1916, estabelece que, na hipótese de morrer a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos.

- Se houver disposição testamentária, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, prepondera a última vontade transmitida pelo testador, notadamente quando manifestada por meio de testamento público, com o cumprimento de todos os requisitos e solenidades legalmente previstos no art. 1.632 e seguintes do CC/1916.

- O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano.

- Se, ao dispor de seu patrimônio por meio de testamento público, silencia o testador a respeito do cônjuge que a ele sobreviver, opera-se a exclusão deste, conforme disposto no art. 1.725 do CC/1916, o que se contrapõe, diretamente, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo com base no art. 1.611, § 1º, do mesmo Código, que não deve ter guarida na hipótese; sobrepõe-se, dessa forma, a vontade explícita do testador em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo, que somente seria resguardado se não houvesse a referida disposição testamentária.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 10.12.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Espólio de Marly Bernardes Chaves Motta e outros, representado por Mirian Bernardes Chaves Duarte, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-MG.

Procedimento especial de jurisdição contenciosa: abertura do inventário de Marly Bernardes Chaves Motta, falecida em 1º.03.2000, requerido em 10.03.2000, por sua irmã, Mirian Bernardes Chaves Duarte, em estrita consonância com disposição de última vontade (testamento público). Relata que Marly era casada sob o regime de separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único, do CC/1916) e que deixou como única herdeira necessária sua mãe, Elza Bernardes

Chaves, a quem ficou reservada a legítima, distribuindo a parte disponível de seus bens em legados, inclusive para a inventariante.

Plano de partilha: apresentado pela inventariante e pelo testamenteiro, Luiz Antônio Martins Borges (fls. 213/292).

Petição: por meio da qual Júlio Cezar Nicolosi Motta, cônjuge sobrevivente da falecida, ora recorrido, requer sua admissão no inventário, alegando que faz jus ao usufruto de metade de todos os bens deixados pela sua mulher, nos termos do art. 1.611, § 1º, do CC/1916 (fls. 328/330).

Sentença: o I. Juiz deferiu o pedido deduzido pelo recorrido, para admiti-lo como interessado no inventário e, por conseqüência, "conceder-lhe o direito de usufruto à metade dos bens inventariados, na forma do § 1º do art. 1.611 do Código Civil, durante o tempo que permanecer a viuvez, devendo recair sobre a metade dos bens, em razão da inventariada não possuir filhos, não tendo o viúvo sido contemplado no testamento, sendo o casamento sob o regime da separação de bens" (fl. 665). Homologou, por fim, o plano de partilha, ressalvado o direito de usufruto deferido ao viúvo.

Acórdão: o TJ-MG negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo espólio, com a seguinte ementa:

> (fl. 742) Civil. Usufruto vidual. Casamento sob o regime de separação de bens. Ausência de filhos. Cônjuge supérstite. Não contemplação em testamento da autora da herança. Legitimação processual para aviar a postulação. Matéria de ordem sucessória que não se sujeita à discussão em vias ordinárias. Reconhecimento de usufruir a metade dos bens. Inteligência do § 1º, dos arts. 1.611 e 1.725, ambos do Código Civil e arts. 267, VI e 984, ambos do CPC. Mostra-se patente a legitimidade do cônjuge viúvo em pretender o reconhecimento do usufruto vidual, e a participar da correspondente relação processual. O pedido de tal natureza tem chão próprio no processo de inventário, não comportando sua remessa em procedimento ordinário, visto que está previsto em expressa disposição legal, a exigir, apenas, prova documental, não demandando a produção de 'outras provas' e nem se erige em questão de 'alta indagação'. Restando comprovado que o casamento celebrado entre o cônjuge sobrevivente e a *de cujus* ocorreu sob o regime de separação de bens, não resultando do consórcio nascimento de filhos, e nem figurando ele como beneficiário de disposição testamentária, o reconhecimento de seu direito ao usufruto da metade dos bens do espólio, é de rigor.

Embargos de declaração: foram rejeitados (fl. 775).

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts. 1.725 do CC/1916; 5º da LICC; 535, incisos I e II, do CPC; além de dissídio jurisprudencial (fls. 781/793).

Contra-razões: às fls. 800/816.

Inadmitido o recurso especial na origem (fls. 818/821), foi provido o agravo de instrumento interposto pelos recorrentes, razão pela qual subiram os autos principais (fl. 829).

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral da República, Washington Bolívar Junior, opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 835/839).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia em determinar se é cabível o afastamento do usufruto previsto no art. 1.611, § 1º, do CC/1916, quando o testador não houver contemplado o cônjuge sobrevivente no seu testamento.

- Da violação ao art. 535, inciso I e II, do CPC.

Sustentam os recorrentes que houve omissão, contradição e obscuridade no acórdão impugnado, mesmo após interposição de embargos de declaração, especificamente porque o Tribunal de origem não se pronunciou "quanto à matéria referente à interpretação sócio-jurídico construtiva e quanto a fatos determinantes para a solução da lide" (fl. 790), bem assim, por não ter considerado a alegação de que o recorrido não teria colaborado para a construção do patrimônio da falecida, constituído por legados recebidos do pai dela, todos anteriores ao casamento.

Ao julgador não cumpre esmiuçar a questão sob a ótica tal como deduzida pelas partes, bastando que dê solução fundamentada à controvérsia, sem omissões, contradições ou obscuridades no julgado.

Dessa forma, não se ressente o acórdão impugnado de violação ao art. 535, incisos I e II, do CPC.

- Da violação ao art. 5º da LICC.

A matéria jurídica versada no art. 5º da LICC, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, no acórdão recorrido, a despeito da interposição de embargos de declaração, o que atrai, no particular, o óbice da Súmula n. 211 do STJ.

- Da violação ao art. 1.725 do CC/1916.

Entendem os recorrentes que o usufruto conferido ao viúvo, nos termos do art. 1.611, § 1º, do CC/1916, colide com a regra prevista no art. 1.725 do mesmo Código, de que, para excluir o cônjuge da sucessão, basta que o testador não o contemple em sua disposição de última vontade.

Presente o expresso prequestionamento da matéria jurídica contida no dispositivo apontado como vulnerado, abre-se a via especial para a análise da controvérsia que, frise-se, será pautada inteiramente na dicção do CC/1916, vigente à época da abertura da sucessão.

Para que se estabeleça claramente o limite da temática em discussão, deve-se atentar para os dispositivos legais em possível contraposição – art. 1.611, § 1º e art. 1.725, ambos do CC/1916 – os quais abrangem institutos jurídicos diversos. Vale dizer, o art. 1.611, § 1º, trata do usufruto de parcela dos bens deixados pelo cônjuge falecido, enquanto o art. 1.725 determina que, para excluir o viúvo da sucessão, basta que o testador não o contemple em sua disposição de última vontade.

O testamento público deixado pela falecida não contempla, conforme se constata no acórdão recorrido, o viúvo, ao qual, por sua vez, foi conferido, por decisão judicial referendada em segundo grau de jurisdição, o direito de usufruto da metade dos bens da falecida.

Sob a ótica do Direito das Coisas, dadas as peculiaridades do processo, há uma certa discrepância entre o direito de propriedade da herdeira necessária e dos legatários, com o direito de usufruto conferido ao viúvo, porquanto este obstaria a livre disposição dos bens herdados pela mãe da falecida e recebidos em legado pelos legatários.

Isso porque o usufruto engloba a posse direta, o uso, a administração e a percepção dos frutos dos bens, o que interfere, sem dúvida, nos direitos da herdeira e dos legatários sobre a metade dos bens inventariados, porque despidos das prerrogativas inerentes ao exercício pleno do direito de propriedade, que se torna tão-só, nua-propriedade.

O nu-proprietário tem, assim, limitado seu direito sobre a coisa porquanto poderia, em tese, apenas dispor do bem, não existindo, por conseguinte, plenitude em seu domínio.

Estabelecida a existência de contraponto entre os direitos reais de propriedade e de usufruto, este último definido pelo ordenamento jurídico como direito real sobre coisa alheia, o qual absorve para si a faculdade conferida ao proprietário de usar e gozar da coisa, segue-se à necessária ponderação dos reflexos dessa conclusão na questão de Direito das Sucessões, ora em exame.

O art. 1.574 do CC/1916 estabelece que, na hipótese de morrer a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos. Como se vê, a disposição de última vontade assume relevância embora coexista, na interpretação do referido dispositivo de lei, à transmissão da herança aos herdeiros legítimos.

Portanto, havendo disposição testamentária, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, na hipótese, a ascendente em primeiro grau da falecida, considerada a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.603 do CC/1916, prepondera a última vontade transmitida pela testadora, notadamente quando manifestada por meio de testamento público, com o cumprimento de todos os requisitos e solenidades legalmente previstos no art. 1.632 e seguintes do CC/1916.

Consoante abalizado ensinamento de Orlando Gomes *(in Sucessões*, 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007), do prólogo de sua obra, extrai-se:

> O direito das Sucessões não é campo aberto a inovações de grande porte, mas, tendo estrita conexão com duas instituições básicas do ordenamento jurídico de qualquer povo, como são a *família* e a *propriedade*, é compreensível que receba influência das transformações por que estas passam. Não chegam, contudo, a provocar mudanças radicais no regime hereditário, que continua orientado por três conceitos gerais: 1) *o do respeito à vontade do finado*; 2) o de que a sucessão legítima é supletiva de sua vontade; e 3) o da igualdade das legítimas. (grifo nosso).

Conforme lição de *Troplong* descrita por Washington de Barros Monteiro, ao longo de sua obra, (*in Curso de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12, 122, 126) "desde os primeiros tempos, a Igreja procurou favorecer o ato de última vontade, encorajando as liberalidades *pro anima defuncti*" (...) além de salientar que "o testamento é o triunfo da liberdade no direito civil". Por fim, analisa que "o testamento de Cézar fez tremer seus inimigos e o de Luís XVI desarmou os adversários. Tal a força desse ato de última vontade que dele se pode afirmar, na frase do mesmo jurista, ser o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do homem: '*S'il y a quelque chose de sacré parmi les hommes c'est la volonté des mourants*'".

Com a transposição do raciocínio acima delineado para a temática ora em debate, conclui-se que a vontade explícita da testadora em excluir o cônjuge da sucessão deve sobrepor-se ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo, que somente seria resguardado se não houvesse a aludida disposição testamentária.

Em conclusão, por não ter a testadora, ao dispor do seu patrimônio por meio de testamento público, mencionado expressamente o ora viúvo, sua exclusão da sucessão é questão pacífica em lei – art. 1.725 do CC/1916 –, o que se contrapõe, diretamente, ao direito de usufruto por ele pleiteado com base no art. 1.611, § 1º, do mesmo Código, configurada, dessa forma, violação ao dispositivo primeiro.

Deve, portanto, ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença na parte em que deferiu o usufruto ao ora recorrido, mantendo-se, por conseguinte, irrepreensível, quanto aos demais aspectos decididos.

Ressalte-se, por fim, que em cada processo a envolver questões de Direito de Família e Sucessões, deve o Julgador atentar, acima de tudo, para os sentimentos em conflito e as causas que a eles subjazem, cumprindo uma missão de pacificador, de serenador de espíritos, ainda que as cicatrizes já estejam fixadas no âmago de cada um dos litigantes. Assim, são diversos matizes e especificidades em cada demanda, a exigir o prudente arbítrio do Juiz em sua solitária missão de decidir, sob as mais diversas roupagens, sempre amparado nos limites definidos na ponderada interpretação da Lei.

- Do dissídio jurisprudencial.

Por fim, registre-se, quanto ao dissídio jurisprudencial, que não há similitude fática entre as hipóteses comparadas, bem como não há como se proceder, nesta via especial, ao reexame de provas, porquanto o STJ deve considerar os fatos assim como descritos no acórdão recorrido.

Forte em tais razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento* para declarar a não incidência do art. 1.611, § 1º, do CC/1916, mas sim do art. 1.725 do mesmo Código, indeferindo, portanto, o pedido deduzido pelo recorrido referente ao usufruto vidual de 50% da totalidade dos bens deixados pela falecida.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, mais uma preciosa lição que a Sra. Ministra Relatora nos dá no Direito de Sucessões. Realmente, o ponto prevalente da liberdade da pessoa está no ato de testado, tanto é que a discussão de última vontade, em todas as culturas, é muito respeitada.

A circunstância de o casal, antes do falecimento da cônjuge, ter celebrado o casamento sob o regime de separação de bens e haver a exclusão expressa do viúvo na participação dos bens que restaram não leva à outra conclusão senão essa de que, realmente, o espólio tem razão neste recurso especial.

Concordo inteiramente com a Sra. Ministra Relatora, parabenizando, novamente, S. Exa.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 904.127-RS (2006/0258006-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE
Advogado: Cíntia Moraes e outro(s)
Recorrido: Raquel Dias de Oliveira
Advogado: Luis Felipe Rosselli Irigoyen
Interes.: Jorge Augusto Alvaro Branco
Advogado: Albino de Mattos Nunes

EMENTA

Responsabilidade civil e Processual Civil. Recurso especial. Indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito. Legitimidade passiva. Empresa tomadora de serviços. Funcionário terceirizado. Atuação como preposto. Precedentes. Responsabilidade objetiva.

- O fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade;

- A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem. Precedentes;

- O acórdão recorrido fixou a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, por ter o acusado agido na qualidade de agente da recorrente.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 03.10.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial, interposto por Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ação: Raquel Dias de Oliveira ajuizou ação de reparação de danos morais contra a ora recorrente e Jorge Augusto Alvaro Branco, afirmando, em apertada síntese, que Jorge Augusto, funcionário da empresa Sirtec-R, a serviço da recorrente, ao dirigir-se à residência do genitor da autora com o intuito de cortar a luz do imóvel, a teria ofendido moralmente com a expressão "negros do retiro", além de desferir-lhe dois socos no pescoço, fatos que lhe causaram transtornos, abalos e dores morais (fls. 14/19).

A ora recorrente, em contestação, alegou ilegitimidade passiva *ad causam*, por ser o acusado das agressões funcionário da empresa Sirtec-R, "que presta serviços terceirizados" à recorrente (fl. 32); a preliminar, contudo, foi rejeitada pelo Juízo (fls. 81/81 vs).

Agravo de instrumento: insurgiu-se a recorrente contra tal decisão, pleiteando, novamente, o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva (fls. 02/12).

Decisão unipessoal: o Desembargador Relator do agravo de instrumento negou seguimento ao recurso (fls. 86/88).

Acórdão: negou provimento ao agravo interno, em decisão assim ementada (fls. 96/98):

> Agravo interno em agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Dano moral. Concessionária de serviço público. Agressão por funcionário terceirizado. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada.
>
> A concessionária de serviço público responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
>
> Desimporta o fato de o serviço ser terceirizado, pois o que é assegurado á prestadora originária é tão-somente o direito de regresso. Logo, não há falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.
>
> *Agravo Interno Desprovido.*

Embargos declaratórios: foram desacolhidos (fls. 107/109).

Recurso especial: a) alega nulidade do acórdão recorrido por contrariedade aos arts. 535, II, 165, 458, II e 515, §§ 1º e 2º, todos do CPC, por ter solicitado esclarecimentos quanto à aplicabilidade do art. 1.521, III, do CC/1916 e do art.

267, IV, do CPC, que não teriam sido enfrentados no julgamento do agravo; *b)* sustenta negativa de vigência ao art. 1.521, III, do CC/1916, uma vez que o suposto agressor não possui contrato empregatício com a recorrente e sim com empresa prestadora de serviços, fato incontroverso; afirma ainda que a solidariedade não se presume, resultando de lei ou vontade das partes, o que não ocorreu (fls. 113/122).

Foi também interposto recurso extraordinário para o STF (fls. 126/138); não foram apresentadas contra-razões; negativa de seguimento na origem ao especial (fls. 141/144); dei provimento ao agravo de instrumento contra tal decisão, determinando a subida dos autos principais ao STJ (fl. 146).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia a dois pontos específicos: a alegada nulidade do acórdão recorrido pelo vício de omissão e a legitimidade ou não da recorrente para figurar no pólo passivo da demanda.

I - Da ausência de vícios do acórdão recorrido

Alega a recorrente que o aresto vergastado possuiria o vício de omissão, por não ter se manifestado sobre a aplicação à espécie dos arts. 1.521, III, do CC/1916 e 267, VI, do CPC.

O TJ-RS, ao julgar o agravo, afastou a ilegitimidade da Companhia Estadual de Energia Elétrica, decretando que "o fato de o co-réu Jorge Augusto ser funcionário da empresa terceirizada não elide a responsabilidade da concessionária agravante (...) Dessa forma, o agente, mesmo que terceirizado, atua na prestação de serviço público" (fl. 97).

Acrescente-se que o acórdão que julgou os embargos de declaração tratou adequadamente do tema (fl. 108 vs). Confira-se:

> Descabe a análise, no caso concreto, da aplicação do art. 1.521, III, do Código Civil de 1916, porquanto reconhecida a responsabilidade objetiva da embargante, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, c.c. o art. 15 do *Codex* antes referido.
>
> A argüição de ilegitimidade passiva *ad causam* restou afastada, daí que reconhecida a presença da correspondente condição da ação tal como prevista no art. 267, VI, do CPC, não sendo hipótese de incidência do art. 295, II, do mesmo diploma legal.

Dessarte, as decisões da Corte de Justiça local não exibem o alegado vício de omissão do art. 535, II, do CPC, tampouco os demais artigos cuja contrariedade se alega pelo mesmo motivo (arts. 165, 458, II e 515, §§ 1º e 2º do CPC).

Não há, com efeito, obrigatoriedade de o órgão julgador responder a todos os argumentos levantados pelas partes, máxime quando tenha deixado expressar razões suficientes para fundamentar sua decisão, como ocorre no presente caso.

II - Da legitimidade *ad causam* da recorrente

No mérito, melhor sorte não socorre a recorrente.

Com efeito, prescrevia o art. 1.521, III, do CC/1916, também serem responsáveis pela reparação civil por atos ilícitos "o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele"; tal regra encontra equivalência no art. 932, III, do novo Código Civil.

É incontroverso que Jorge Augusto – co-réu acusado pela agressão à autora – não é funcionário da Companhia Estadual de Energia Elétrica, mas da empresa Sirtec-R, que presta serviços à recorrente. A própria autora reconhece esta condição.

Tal fato, contudo, não exime a tomadora do serviço de sua responsabilidade pelos supostos atos ilícitos cometidos pelo funcionário terceirizado. O acusado não se dirigiu à residência do genitor da recorrida em nome da empresa Sirtec-R, e sim atuando em nome da companhia energética, responsável pela ordem de corte da energia elétrica daquela residência em decorrência de alegado inadimplemento.

Assim, embora não empregado diretamente da recorrente, Jorge Augusto atuava na qualidade de seu preposto. Esta é a orientação pacífica do STJ, que entende ser suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse de outrem para reconhecimento do vínculo de preposição.

Confira-se:

> Responsabilidade civil. Usina. Transporte de trabalhadores rurais. Motorista prestador de serviço terceirizado. Vínculo de preposição. Reconhecimento.
>
> - Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse e o comando de outrem. Precedentes.
>
> Recurso especial não conhecido. (REsp n. 304.673-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 11.03.2002)

> Civil e Processo Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Contrato de fretamento e transporte de pessoal. Legitimidade passiva da contratante.
>
> - A empresa contratante do serviço de frete e transporte de pessoal é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de reparação de danos causados a terceiros, decorrentes de acidente de trânsito, se o veículo estava a seu serviço em tarefa de seu imediato interesse econômico. (REsp n. 325.176-SP, Terceira Turma, de minha Relatoria, DJ de 25.03.2002)

Ainda no mesmo sentido o REsp n. 284.586-RJ, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 28.04.2003.

A reforçar a responsabilidade da Companhia de Energia Elétrica gaúcha, está a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, prevista na Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, *verbis*: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa", argumento que não escapou à análise do TJ-RS, uma vez inconteste que o acusado agiu na qualidade de agente da recorrente.

Por fim, mas não menos importante, destaque-se que eventual decisão em sentido contrário, afastando a legitimidade passiva da empresa tomadora de serviço para responder por ato ilícito praticado por funcionário terceirizado que atuava sob seu comando e/ou interesse implicaria em indevido estímulo à terceirização, justamente numa época em que esta forma de contratação, tão comum na década de 90, perde espaço nas empresas brasileiras.

Este movimento contrário à terceirização pode ser observado na reportagem de capa do jornal *Valor Econômico* de 25 de agosto próximo passado ("Terceirização perde espaço nas empresas", da repórter Marta Watanabe), onde resta claro que, além de resolver questões trabalhistas e fiscais, a integração ao quadro de funcionários de profissionais que antes prestavam serviços a empresas fornecedoras de mão-de-obra é vista como modo de reduzir queixas no atendimento e na própria prestação do serviço, além de aumentar o controle efetivo sobre a qualidade do serviço, o que resulta em maior eficiência e impulsiona a criação de empregos formais.

Na espécie, onde a acusação – ainda pendente de confirmação no mérito – é gravíssima, de agressão física cumulada com ofensa moral, pelos fundamentos legais já destacados, resta patente a legitimidade passiva da recorrente.

Forte em tais razões, *não conheço* do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 982.857-RJ (2007/0204335-4)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: C R M (menor) e outros
Repr. por: A P L R
Advogado: José Armando Bezerra Falcão e outro(s)
Recorrido: Carlos Maximiliano
Advogado: Ana Carla Safadi e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Execução de prestação alimentícia sob o rito do art. 733 do CPC. Limites da matéria de defesa do executado e liqüidez dos créditos deste. Prequestionamento. Ausência. Compensação de dívida alimentícia. Possibilidade apenas em situações excepcionais, como *in casu*. Recurso especial não conhecido.

1. É inviável, em sede de recurso especial, o exame de matéria não prequestionada, conforme Súmulas n. 282 e 356-STF.

2. Vigora, em nossa legislação civil, o princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desses créditos: a subsistência dos alimentários.

3. Todavia, em situações excepcionalíssimas, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos, como na espécie.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 03.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por C R M (menor) e outros com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

Verifica-se, da análise dos autos, que os ora recorrentes, C.R.M (menor) e outros, propuseram, com fulcro no art. 733 do CPC, ação de execução de alimentos provisórios fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais) mensais, em desfavor do seu pai, o ora recorrido, o sr. Carlos Maximiliano.

Intimado, este defendeu, no que importa à controvérsia, que deve ser deduzido do montante dos alimentos o valor correspondente às cotas condominiais e ao IPTU relativos ao imóvel em que residem os ora recorrentes (seus filhos) com a mãe destes. Esclarece, ainda, que - embora seja titular da nu-propriedade do referido imóvel e o usufruto pertença à avó paterna dos ora recorrentes (C R M (menor) e outros) - os seus filhos (ora recorrentes) e a mãe destes habitam gratuitamente o referido imóvel, com a obrigação de arcar com o condomínio e o IPTU. Aduz, ademais, que, em virtude da omissão dos ora recorrentes (seus filhos) e da mãe destes quanto a essa obrigação, pagou os referidos encargos reais (estimados em aproximadamente R$ 1.040,00 por mês) para evitar a perda do imóvel, razão por que seria cabível a compensação desses valores com o débito alimentar exeqüendo.

O r. juízo de primeiro grau, acolhendo essa argüição do ora recorrido, o sr. Carlos, determinou "a remessa dos autos ao Contador, para que proceda à atualização dos cálculos, deduzindo-se os valores relativos às cotas condominiais e de IPTU" (fl. 115).

Interposto agravo de instrumento, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou-lhe provimento em aresto assim ementado:

> Agravo. Execução de alimentos. Pagamento dos encargos condominiais e de IPTU do imóvel onde residem as alimentandas. Dedução de tais valores do total do débito exeqüendo. Hipótese excepcional. Enriquecimento sem causa das beneficiárias.
>
> É possível a compensação da verba alimentar paga in natura, em hipóteses excepcionais (enriquecimento sem causa por parte do beneficiário).
>
> Desprovimento do recurso. (fl. 162).

No presente recurso especial, buscam os recorrentes, C R M (menor) e outros, a reforma do v. acórdão, sustentando, em síntese, haver ofensa aos arts. 368 e 1.707 do CC, além de dissídio jurisprudencial.

Às fls. 233, o Ministério Público Federal oficiou pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A celeuma instaurada neste apelo nobre centra-se em saber se as dívidas alimentícias podem ser objeto de compensação. Controverte-se, ainda, sobre a liqüidez dos créditos relativos ao IPTU e às cotas condominiais. Discute-se, ademais, acerca da possibilidade de haver compensação no curso do procedimento executivo do art. 733 do CPC.

O inconformismo não merece prosperar.

Com efeito.

Inicialmente, verifica-se que a discussão concernente às matérias que podem ser argüidas pelo executado no curso do feito executivo do art. 733 do CPC não foi objeto de debate pelo v. aresto hostilizado, o que impede a análise desse tema em sede de recurso especial por faltar o requisito do prequestionamento. Inafastável, assim, a incidência dos óbices das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Igualmente carece de prequestionamento a controvérsia respeitante à liqüidez dos créditos alegados pelo ora recorrido, o sr. Carlos, fato que faz o apelo nobre, nesse ponto, esbarrar nos enunciados sumulares retrocitados.

No mais, é certo que vigora, em nossa legislação civil, o princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desses créditos: a subsistência dos alimentários.

Todavia, em situações excepcionalíssimas, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos.

A propósito, esta Corte já decidiu:

> Alimentos (prestação). Execução. Compensação. No STJ há precedentes pela não-compensação da dívida alimentar: REsp n. 25.730 e RHC n. 5.890, DJ's de 1°.03.1993 e 04.08.1997. De acordo com a opinião do Relator, admite-se a compensação em caso excepcional (enriquecimento sem causa da parte do beneficiário). 2. Caso em que não era lícito admitir-se a compensação, à míngua da excepcionalidade. 3. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp n. 202.179-GO, 3ª Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 08.05.2000). E, ainda: REsp n. 925.957-MS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 24.04.2007; Ag n. 774.449-SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 04.09.2006.

Nesse contexto, oportuno anotar que abalizada doutrina abalança-se no sentido de afastar o absolutismo do princípio da incompensabilidade da dívida alimentar em determinadas hipóteses peculiares.

O ilustre jurista Yussef Said Cahali, por exemplo, após debruçar-se em uma análise de direito comparado acerca do tema, registrou, *in verbis:* "Parece-nos que o princípio da não-compensação da dívida alimentar deve ser aplicado ponderadamente, para que dele não resulte eventual enriquecimento sem causa da parte do beneficiário" (Cahali, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 88).

Não afasta dessa tendência o eminente civilista Arnaldo Rizzardo, para quem, *in litteris*:

> Justamente por terem um caráter de indispensabilidade, advém a proibição em se compensarem os alimentos com dívidas pessoais do credor, o que está cristalizado no art. 1.707. Do contrário, não teria sentido a determinação em pagar alimentos, que dizem respeito à própria vida.
>
> (...)
>
> Dada a função que representa a pensão, a compensação é também proibida expressamente pelo art. 373 (art. 1.015, inciso II, do Código revogado), tenham ou não as dívidas a mesma natureza: 'A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: ... II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos.'
>
> A pensão equivale àquela importância necessária para os alimentandos viverem no período em que foi paga. Este o sentido imprimido na fixação. Se expressasse uma obrigação civil comum, não se negaria a compensação. Mas, em se tratando de alimentos, há de se ponderar que os abatimentos pretendidos resultam na insuficiência do valor no mês em que se busca a compensação. Não interessa a quantia a mais paga em período anterior. Não se pode exigir do alimentando o controle dos valores recebidos nos gastos, e reservar uma parte tendo em vista uma possível redução posterior da pensão.
>
> Apenas se o alimentante atende obrigações pecuniárias abrangidas na pensão é tolerável o abatimento. Se no quantum estipulado encontram-se incluídas as mensalidades escolares, e estas vêm a ser pagas diretamente pelo alimentante, é óbvio que se permite o desconto, na pensão, daquela importância.
>
> (...)
>
> O pragmatismo de Yussef Said Cahali, sobre o tema, dá correta dimensão ao problema, ao advertir que o princípio da não-compensação da dívida alimentar deve

> ser aplicado ponderadamente, para que dele não resulte eventual enriquecimento sem causa da parte do beneficiário.
>
> A adoção desse critério permite ao julgador examinar, em cada caso, sem compromisso com o dogmatismo, até que ponto a ortodoxia levará o intérprete a infringir o princípio do não-enriquecimento sem causa. (Rizzardo, Arnaldo. Direito de Família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 728/730)

In casu, observa-se que, embora não possuísse qualquer obrigação judicial ou legal, o ora recorrido, o sr. Carlos, arcou com as despesas de condomínio e de IPTU relativas ao imóvel de residência dos alimentandos ora recorrentes e da mãe destes nos meses de vencimento dos alimentos ora exeqüendos, de maneira a garantir a continuidade da moradia dos alimentandos.

Não há falar em mera liberalidade do ora recorrido, o sr. Carlos, que, ao adimplir os débitos fiscais e condominiais referentes ao imóvel em tela, arcou com uma despesa que, necessariamente, os alimentandos ora recorrentes deveriam suportar para assegurar a própria habitação.

Cabe acrescer que, conforme assinalado pela colenda Corte *a quo*, não há nos autos qualquer indício de que o ato do ora recorrido, o sr. Carlos, cuidou de uma liberalidade.

Ademais, verifica-se que a superioridade do valor dos alimentos provisórios (R$ 3.000,00 por mês) em relação aos encargos fiscais e condominiais em tela (aproximadamente R$ 1.040,00 por mês) é de tal monta que, *id plerumque accidit*, conduz à conclusão de que a compensação dos valores resultará em um saldo final suficiente para o custeio das demais necessidades básicas dos alimentários. Não se olvide, ainda, que, conforme assentado pelas Instâncias de origem, o dever de sustento dos alimentandos ora recorrentes não foi carreado apenas ao ora recorrido, o sr. Carlos, mas também à mãe daqueles.

Por todas essas razões, assentadas nas peculiaridades fáticas do caso *sub judice*, forçoso se torna concluir que a rejeição da compensação, *in casu*, importaria manifesto enriquecimento sem causa dos alimentários ora recorrentes.

Aliás, em hipótese similar à presente, o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros anotou, *in verbis*:

> É possível, em casos excepcionalíssimos, a compensação de pagamentos de outras verbas com relação à pensão alimentícia. Os valores pagos pelo agravado, *in casu*, referentes aos encargos de condomínio e IPTU, a fim de evitar as perdas do imóvel de que é nu-proprietário, devem ser deduzidos do total dos cálculos nos

autos da execução, e planos de saúde, tratando-se pois de um caso excepcional, onde entendimento contrário ensejaria enriquecimento sem causa por parte do beneficiário. (*ut* AG n. 961.271-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17.12.2007)

Não se conhece, pois, do recurso especial.

É o voto.

Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.059.913-SP (2008/0107631-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Tarraf Filhos e Companhia Ltda e outro
Advogado: Carlos Alberto Redigolo Novaes e outro(s)
Recorrido: Banco Bamerindus do Brasil S/A - em liquidação extrajudicial
Advogados: Alexandre Cerullo e outro(s)
José Walter de Sousa Filho e outro(s)
Sustentação oral: Stella Santos Oliveira, pela parte recorrente

EMENTA

Ação Rescisória. Art. 485, incisos V e VII, do Código de Processo Civil. Recurso que ataca os fundamentos do julgado rescindendo. Ofensa a literal disposição de lei. Não-demonstração. Documento cuja existência era ignorada. Não-comprovação oportuna.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos dessa ação, e não aos fundamentos do julgado rescindendo.

2. A liquidez e certeza dos títulos executivos, representados por contratos de mútuo financeiro, são requisitos que não envolvem o lastro dos recursos repassados pela instituição financeira, mas atributos do próprio contrato, aferível por meio das cláusulas nele inseridas.

Não há iliquidez quando os valores podem ser determináveis por meros cálculos aritméticos. Assim, se do título extraem-se todos os elementos, faltando apenas definir a quantidade, não se pode dizer que ele é ilíquido.

3. A Resolução n. 63 do Banco Central do Brasil estabeleceu obrigações que as instituições financeiras interessadas em operar com capital estrangeiro deveriam cumprir na internalização do capital alienígena e autorizou essas entidades a repassar os recursos captados a nacionais sob a forma de empréstimos (mútuos bancários). Contudo, tal norma, com exceção da paridade cambial, não estabeleceu nenhuma obrigação em relação àquele que toma empréstimo de instituição financeira e muito menos indicou quaisquer critérios para formação de título executivo, atribuição de competência legislativa.

4. A propositura da ação rescisória com base no inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil não aproveita ao autor se a sua juntada vier a confirmar decisão que lhe seja desfavorável.

5. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2008 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 26.02.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de ação rescisória proposta por Tarraf, Filhos & Cia Ltda. e José Eduardo Tarraf na qual pretendem seja rescindida a sentença que julgou parcialmente procedentes embargos do devedor, propostos na execução que lhe move o Banco Bamerindus, para afastar alguns encargos do contrato ajustado.

Sustentam os autores que a sentença merece ser rescindida, tendo em vista que o título apresentado à execução não pode ser tido por executivo. Afirmam que o contrato firmado entre as partes é um "mútuo para repasse de empréstimo externo amparado na Resolução n. 63 do Banco Central do Brasil" e que a instituição financeira não comprovou o cumprimento das exigências contidas na resolução nem mesmo a origem do dinheiro.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, revendo a sentença, reformou-a apenas para afastar a comissão de permanência das cláusulas ajustadas no contrato firmado. Os termos do acórdão estão sintetizados na seguinte ementa:

> Sentença. Nulidade. Ausência de solução sobre questão concernente à cláusula abusiva do contrato. Inocorrência, porque admitida a validade do contrato, sendo desnecessário estender-se sobre a negação das alegações. Vício apontado inocorrente. Preliminar rejeitada.

Execução de título extrajudicial. Contrato de mútuo com garantia hipotecária. Validade formal e material do título; despicienda, pois, a discussão suscitada pelos embargantes sobre a sua inexistência, tanto que pagaram a primeira parcela e parte das outras duas seguintes. Recurso dos embargantes improvido.

Legitimidade passiva *ad causam*. Execução do titulo extrajudicial. Pretensão do co-obrigado solidário à extinção do processo em relação a ele, porque, cuidando-se de contrato, só poderia responder como fiador, o que não ocorreu nos autos. Argumento sem fomento jurídico, porque, firmando os títulos como devedor solidário, assumiu a obrigação do pagamento e não a de garante. Legitimidade passiva reconhecida. Recurso dos embargantes provido.

Juros. Limite constitucional. Norma não auto-aplicável, dependente de lei que a regulamente. Falta de legislação complementar ao texto constitucional, porém, que não induz, necessariamente, à inexistência da cláusula abusiva. Questão, entretanto, que, analisada no âmbito da verdade sabida, leva à conclusão da inexistência da lesão contratual, porque a empresa embargante certamente repassou os elevados juros ao consumidor final. Inexistência de prova de que os juros decorrentes do empréstimo erigiram-se em obstáculos ao comércio regular de seus produtos. Recurso dos embargantes improvido.

Execução de título extrajudicial. Contrato de mútuo com garantia hipotecária. Encargos da inadimplência. Impossibilidade de cumular outras verbas, que não a correção monetária, os juros moratórios e a multa contratual. Comissão de permanência afastada. Embargos do devedor procedentes em parte. Recurso dos embargantes parcialmente provido.

Juros. Anatocismo. Inadmissibilidade, ressalvadas as leis especiais que a admitem, como as que versam sobre as cédulas de crédito. Cobrança de juros compostos afastada. Recurso do embargado improvido.

Foram aviados recursos especiais por ambas as partes, os quais não foram admitidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apenas Tarraf Filhos & Companhia e José Eduardo Tarraf interpuseram agravo de instrumento nesta Corte, que, autuado sob o n. 325.689-SP, não foi provido. Essa decisão transitou em julgado.

Assim, a ação rescisória foi julgada improcedente pelo Tribunal *a quo* sob fundamentos reduzidos na seguinte ementa:

Execução por título extrajudicial. Contrato de mútuo para repasse de empréstimo externo e escritura pública de abertura de limite de crédito. Assinatura por duas testemunhas. Exeqüibilidade do título executado. Embargos parcialmente procedentes. Apelo parcialmente provido. Rescisória improcedentes. Voto vencido.

Rescisória. Contrato de mútuo para repasse de empréstimo. Ausência de prova de captação de recursos na ação de execução. Situação insuficiente para concluir-se pela inexistência de prova e de falência do titulo executado. Embargos parcialmente procedentes. Apelo parcialmente provido. Rescisória improcedente. Voto vencido.

Rescisória. Documento novo. Realização de perícia para apuração do valor devido em continuação de execução. Inocorrência da hipótese prevista no art. 485, VII, do CPC. Acolhimento do laudo pelo juiz singular para manter o valor da execução. Embargos parcialmente procedentes. Apelo parcialmente provido. Rescisória improcedente. Voto vencido.

Inconformados com a improcedência de sua ação, aviaram recurso especial, aduzindo o seguinte:

I. Nulidade do acórdão recorrido ante a vulneração das disposições do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois omisso quanto a importantes questões ao correto deslinde da lide proposta.

II. Ofensa às disposições do art. 485, V, do Código de Processo Civil, porque a ação de execução cuja sentença que se pretende rescindir está calcada em título destituído dos requisitos de liquidez e certeza, porquanto a instituição financeira não comprovou ter cumprido com o disposto na Resolução n. 63 do Banco Central do Brasil. Afirmam os recorrentes que a mencionada comprovação, inclusive de que o empréstimo tivesse sido realizado com repasse de recurso estrangeiros, é imprescindível à exigibilidade de determinados encargos ajustados no contrato de mútuo.

III. A execução se fundou em prova falsa, pois o cumprimento pelo banco da Resolução n. 63 não passou de presunção admitida pelo Juízo. Afirma que vulnerados foram os artigos 333, I, e 302 do Código de Processo Civil.

IV. Violação das disposições do art. 485, VII, do Código de Processo Civil. Sustentam que "somente após o julgamento do acórdão rescindendo é que se constatou, materialmente, por meio de laudo pericial, a inexistência da comprovação, a qual deveria ter sido feita com a inicial da execução, de que os recursos repassados aos recorrentes teriam origem no mercado estrangeiro". Com base nisso, afirmam que o banco fez afirmação falsa ao elaborar um contrato com base na Resolução n. 63, visando unicamente defender-se "dos efeitos sempre deletérios da economia interna". Portanto, a desconsideração do laudo pericial que tudo elucidou resultou na ofensa indicada.

V. Não tem cabimento a condenação a 10% a título de honorários advocatícios porquanto a sentença proferida em ação rescisória não tem natureza

condenatória, mas meramente declaratória, mormente na hipótese dos autos, em que foi de improcedência.

VI. Vulneração do artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, pois houve onerosidade excessiva no contrato ajustado, tendo em vista que, "de um dia para o outro, implantou-se um plano econômico, em que a alteração da base monetária trouxe uma desvalorização da moeda então em curso da ordem de 1/3 (um terço), diminuindo, drasticamente, o valor emprestado para os recorrentes, mantendo-se, em contrapartida, o mesmo débito contratado em moeda norte-americana".

O recurso não foi admitido na origem, mas os autos vieram a esta Corte por força do provimento do Agravo de Instrumento n. 855.015-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O recurso não merece prosperar.

Todas as assertivas desenvolvidas pelos recorrentes, bem como a alegação de vulneração à lei sustentada no recurso especial, pairam em torno de um único argumento: o de que o título que embasa a ação executiva - ação na qual o acórdão rescindendo está contido - prescinde dos requisitos de liquidez e certeza, porque, sendo um contrato de mútuo financeiro firmado sob a égide da Resolução n. 63 do Banco Central, teria o exeqüente de ter comprovado o cumprimento das exigências contidas na resolução, o que não foi feito.

I

Primeiramente, a irresignação não merece prosperar quanto à ofensa ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, pois verifica-se que o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pela parte, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

Decisão diversa da almejada pela parte não pressupõe a existência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado que enseje a oposição de embargos de declaração. Ausentes tais hipóteses, impõe-se a rejeição dos embargos.

II

No que tange à questão da vulneração dos artigos 333, I, e 302 do Código de Processo Civil e artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, há de

se considerar que a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta (artigo 485 do Código de Processo Civil), e não aos fundamentos do julgado rescindendo.

A propósito, confira-se o seguinte precedente jurisprudencial:

> Processual Civil. Agravo regimental. Ação Rescisória. Ofensa a literal disposição de lei. Texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. URP de fevereiro de 1989. Artigo 485, V, do CPC. Súmula n. 343, do STF.
>
> - É pacífico o entendimento assentado na jurisprudência, nos termos do pontificado no verbete n. 343 da súmula do STF, no sentido do não cabimento da rescisória fundada em afronta direta a texto legal se, à época do julgamento, a pretensão deduzida na rescisória era dissonante no âmbito dos tribunais.
>
> - O recurso especial interposto contra decisão proferida em ação rescisória, ajuizada sob alegação de violação literal de lei, deve cingir-se ao exame de eventual afronta ao disposto no artigo 485, V, do CPC, e não aos fundamentos do julgado rescindendo.
>
> - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 210.599-RN, relator Ministro Vicente Leal, DJ de 23.08.1999.)
>
> Agravo Regimental em Recurso Especial. Artigo 485 do Código de Processo Civil. Recurso que ataca os fundamentos do acórdão rescindendo. 1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta (artigo 485 do Código de Processo Civil) e, não, aos fundamentos do julgado rescindendo. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 727.371-CE, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.06.2006.)

III

De outro lado, os recorrentes apontam vulneração do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil e, como esclareci anteriormente, a base de sua argumentação está em que a instituição financeira não teria comprovado ter cumprido com os requisitos da Resolução n. 63 do Bacen. Observe-se o que consta da peça vestibular:

> Pois bem, com atenta análise do disposto na Resolução n. 63, observamos que com na ação de execução (docs. Anexos), não foram anexados os documentos exigidos nos itens III, IV, V e VI da citada Resolução.

Também, com base nesse mesmo argumento e ressaltando o fato de não ter o banco feito prova da captação de recursos no exterior para o repasse nos termos da Resolução n. 63, embasou a rescisória também no inciso VI do art. 485, afirmando que o documento que demonstra a respectiva captação é imprescindível ao deslinde da execução, mas de existência ignorada pelos recorrentes/executados ao tempo da propositura daquela ação.

A resolução em questão, atualmente revogada, tem a seguinte inscrição:

> O Banco Central do Brasil, na forma da deliberação do Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 17.08.1967, de acordo com o disposto nos arts. 4º, inciso V, e 9º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e art. 29 da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965,
>
> *Resolve:*
>
> I - Facultar aos bancos de investimento ou de desenvolvimento privados e aos bancos comerciais autorizados a operar em câmbio a contratação direta de empréstimos externos destinados a ser repassados a empresas no país, quer para financiamento de capital fixo, quer de capital de movimento, observado o disposto nesta Resolução e nas demais normas legais e regulamentares em vigor;
>
> II - As responsabilidades globais da espécie não poderão exceder, relativamente ao respectivo capital realizado e reservas livres, os seguintes coeficientes:
>
> a) Bancos de Investimento ou de Desenvolvimento Privados:
>
> 1. Empréstimos externos com prazo de um a dois anos: duas (2) vezes;
>
> 2. Empréstimos externos com prazo superior a dois anos: duas (2) vezes;
>
> b) Bancos comerciais:
>
> - Empréstimos externos com prazo máximo de até um ano: duas (2) vezes.
>
> III - As instituições financeiras de que trata esta Resolução poderão repassar os recursos provenientes da conversão, em moeda nacional, dos empréstimos externos negociados, obrigando-se o mutuário à respectiva liquidação mediante cláusula de paridade cambial.
>
> IV - Os bancos deverão preencher formulário próprio, apresentando-o ao Banco Central, para fins de verificação da compatibilidade da taxa de juros declarada com a vigorante no mercado financeiro de onde procede o empréstimo.
>
> V - Aprovada a operação, a venda da moeda estrangeira poderá ser efetuada em qualquer banco autorizado a operar em câmbio.
>
> VI - O certificado de registro do empréstimo será fornecido pelo Banco Central mediante pedido instruído com cópia autenticada do contrato de câmbio respectivo, devidamente liquidado.

> VII - As instituições financeiras referidas no item I deverão encaminhar ao Banco Central, anexa aos seus balancetes mensais, relação pormenorizada das operações de empréstimo contratadas durante o mês anterior, indicando os repasses efetuados com o contravalor em cruzeiros novos.

Vê-se, claramente, que o mencionado normativo estabelece obrigações que as instituições financeiras interessadas em operar com capital estrangeiro deveriam cumprir para com o Banco Central do Brasil, agente responsável pelo controle, gerenciamento e fiscalização das atividades de câmbio e capitais estrangeiros. Essa norma, com exceção da paridade cambial, não estabeleceu nenhuma obrigação em relação àquele que toma empréstimo de instituição financeira; apenas autorizou essas entidades, conforme item III, a repassar os recursos captados no exterior a terceiros sob a forma de empréstimos.

Portanto, a única imposição constante da resolução diz respeito à paridade cambial. Essa norma não desceu a detalhes sobre o aspecto formal dos contratos de mútuos firmados pelas instituições financeiras e muito menos estabeleceu quaisquer critérios para formação de títulos executivos. Portanto, não é com base nessa resolução que o autor (devedor no processo executivo) obterá êxito na sua intenção de desconstituir a característica de título executivo extrajudicial do contrato objeto da execução. Ademais, formalidade de títulos de crédito cabe à lei estabelecer.

Quanto à liquidez e certeza, tais requisitos não envolvem o lastro dos recursos repassados pela instituição financeira, mas são atributos do próprio contrato, aferível através das cláusulas nele inseridas. Não há iliquidez quando os valores podem ser determináveis por meros cálculos aritméticos. Assim, se do título extraem-se todos os elementos, faltando apenas definir a quantidade, não se pode dizer que ele é ilíquido. Sobre a questão, elucida Luiz Rodrigues Wambier, *in* Curso Avançado de Processo Civil V. 2, 8ª edição, p. 68/69:

> Há liquidez, autorizadora da execução, quando o título permite, independentemente da prova de outros fatos, a exata definição da quantidade de bens devidos, quer porque a traga diretamente indicada, quer porque o número final possa ser aritmeticamente apurado mediante critérios constantes do próprio título ou de fontes oficiais pública e objetivamente conhecidas. Em outros termos, liquidez consiste na determinação (direta ou por mero cálculo) da quantidade de bens objeto da prestação (e, conseqüentemente, da execução).

Mesmo na hipótese de que sejam apurados valores que o executado considere excessivos, isso não tem o condão de retirar a liquidez do título, pois o decotamento do excesso é realizável por cálculos. Confira-se, a propósito, entendimento deste Tribunal sobre a cobrança de encargos excessivos:

> Execução. Nota promissória. Vinculação a contrato de confissão de dívida. Encargos tidos como abusivos. Circunstância que não afasta a liquidez. Título executivo extrajudicial, hábil a embasar a execução.
>
> – A nota promissória constitui título executivo, em nada afetando para a sua eficácia a circunstância de haver sido emitida em razão de débito constante de um contrato.
>
> – A liquidez do título não fica prejudicada pela alegação de cobrança abusiva de determinados encargos, devendo os eventuais excessos ser decotados do montante exeqüendo.
>
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 594.773-RS, Ministro Barros Monteiro, DJ de 03.04.2006)

Ao fim e ao cabo, nada obstante o contorno jurídico que os recorrentes imprimem à sua rescisória, o que pretendem, de fato, é minimizar os prejuízos com relação à excessividade da execução decorrente da queda do câmbio à época, mas que não alegaram no momento oportuno. Veja-se:

> Importante também destacar que aludido contrato de mútuo encontra-se datada de 27.abril.1994, sendo certo que 62 dias depois tivemos a desvalorização de nossa moeda em 3 dígitos, além da mudança da moeda de cruzeiro reais para reais (fl. 26).

Em razão dessa indignação, não destacada quando da oposição dos embargos à execução – momento em que tramitava no Judiciário inúmeros questionamentos em razão da desvalorização da moeda e do prejuízo excessivo que isso representou ao tomador do empréstimo – é que nasceu a presente rescisória; tanto que todas as hipóteses de cabimento informadas convergiram numa única fundamentação.

IV

Quanto à vulneração do inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil, afirmou-se: "somente após o julgamento do acórdão rescindendo é que se constatou, materialmente, por meio de laudo pericial, a inexistência da comprovação, a qual deveria ter sido feita com a inicial da execução, de que os recursos repassados aos recorrentes teriam origem no mercado estrangeiro".

Primeiramente, não desconheciam os autores da ação que o mútuo firmado decorria de repasse de moeda estrangeira.

O contrato, constante das fls. 57/58 dos autos, tem na epígrafe "Contrato de Mútuo Para Repasse de Empréstimo Externo Amparado pela Resolução n. 63

do Banco Central do Brasil". E não é só, pois estão nele consignados o agende estrangeiro financiador, o valor internalizado, as taxas respectivas e todas as cláusulas usuais desse tipo de contrato.

Assim, o inciso VII do artigo 485 não socorre os recorrentes no seu intento de descaracterizar o contrato como executivo, porque a origem do dinheiro não interfere na formalidade do título, como sustentei anteriormente, e porque a existência do documento haveria de ser desconhecido dos autores, fato que não lhes é lícito afirmar, tendo em vista que o contrato é explícíto quanto ao fato de tratar-se de repasse de dinheiro alienígena; e, depois, os recorrentes nem sequer elucidaram que tipo de documento seria esse, apenas dizendo que o banco não comprovou isso ou aquilo, e isso refoge às disposições da norma em questão.

Esclarece Alexandre Freitas Câmara (*in* Ação Rescisória, p. 95):

> Tendo ele [o autor] sido vencido e, posteriormente, vindo a obter documento novo, capaz – por si só – de lhe assegurar resultado favorável, poderá obter a rescisão da sentença que lhe foi desfavorável.

Ora, os autores não obtiveram nenhum documento, e não há documento que desconhecesse, pois, como afirmei, não indicaram que documento seria esse. A falta de prova, base de sua sustentação, não é aferível sob a vertente do dispositivo mencionado. Por fim, se o banco necessitasse comprovar que efetivamente negociou com o ente financeiro apontado no contrato em questão, isso não teria condão de modificar o acórdão rescindendo, mas de confirmá-lo.

Portanto, não há violação de lei que possa dar sustentação à ação rescisória ou mesmo que viabilize o conhecimento do presente recurso.

Observo ainda que os autos não estão instruídos com a peça dos embargos à execução, mas há outras que bem elucidam que a presente indignação foi inaugurada em sede de ação rescisória.

Com efeito a sentença que acolheu os embargos do devedor explica que, naquela oportunidade, o inconformismo dos recorrentes era em relação à cobrança excessiva de juros, capitalização e encargos moratórios (fl. 94).

Posteriormente, os recorrentes atacaram a executividade de título ao fundamento de que se tratava de contrato de abertura de crédito em conta corrente, fl. 647 (relatório do acórdão rescindendo). E foi esse o ponto atacado no recurso especial (fls. 687/715).

Agora, em vias de solver o débito, tendo em vista o transcorrer dos trâmites processuais relativos ao processo executivo, é que aviaram a presente rescisória atacando a executividade do título, porque o banco não teria comprovado o repasse de recursos estrangeiros.

Ora, a ação rescisória não se presta para o reexame da decisão rescindenda.

"A ação rescisória tem como finalidade extirpar do ordenamento jurídico sentenças ou acórdãos que contenham nulidades absolutas que perduram mesmo ao trânsito em julgado da decisão que encerra o processo" (Scarpinella, *in* Código de Processo Civil, p. 1.473). Contudo, isso depende de que a hipótese de cabimento sustentada pela parte esteja entre as previstas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, pois não se pretende fazer de tal ação um recurso com prazo mais elastecido.

Portanto, uma vez que os recorrentes não demonstraram a efetiva vulneração das normas contidas nos incisos V e VII do artigo 485 do Código de Processo Civil, *não conheço do recurso especial*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, louvando a qualidade da sustentação oral da ilustre advogada, apenas quero adicionar que parece que haveria uma alegada violação ao artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, porque teria havido onerosidade excessiva.

Em relação a esse aspecto incide a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal, porque essa questão da banda cambial de 19 de janeiro de 1999 foi muito debatida, inclusive, no STJ essa questão foi levada à 2ª Seção e entendeu-se de fracionar, quer dizer, metade do ônus da variação cambial abrupta ficou com o tomador do empréstimo e a outra metade com a instituição financeira.

De modo que não daria margem também a uma rescisória, porque realmente incide a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal.

Com essas considerações, acompanho o voto do Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.079.293-PR (2008/0170939-4)

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF1ª Região)

Recorrente: Olivio dos Santos

Advogado: José Silvio Gori Filho

Recorrido: Cattalini Terminais Marítimos Ltda.

Advogado: Elian Prado Caetano e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Indenização. Explosão de navio. Derramamento de óleo. Contenção. Não-ocorrência. Responsabilidade solidária entre a administradora do porto e empresa proprietária do navio. Transação. Quitação parcial. Exclusão de um dos devedores. *Quantum* indenizatório remanescente. Divisão *pro rata*.

1. A quitação dada a um dos responsáveis pelo fato, réu da ação indenizatória, no limite de sua responsabilidade, não inibe a ação contra o outro devedor solidário.

2. Quando o credor dá quitação parcial da dívida - mesmo que seja por meio de transação - tal remissão por ele obtida não aproveita aos outros devedores, senão até a concorrência da quantia paga ou relevada.

3. Fica explicitado que a transação significou a liberação do devedor que dela participou com relação à quota-parte pela qual era responsável. Em razão disso, a ação contra a Recorrida somente pode ser pelo saldo que, *pro rata*, à esta cabe.

4. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Relator

---

DJe 28.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região): Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nesses termos ementado (fls. 316/336):

Ação de indenização por danos morais. Explosão de navio.Vazamento de óleo. Proibição de pesca. Responsabilidade solidária da empresa proprietária do navio e da empresa administradora do porto. Transação entre o autor e a empresa proprietária do navio. Art. 843 e art. 844, *caput*, do Código Civil. A transação deve ser interpretada restritivamente, não produzindo efeitos para terceiros. Impossibilidade de aplicação do § 3º do art. 844, do Código Civil. Aplicação do art. 275 do Código Civil. O pagamento parcial da dívida por um dos devedores solidários faz com que os demais permaneçam obrigados pelo restante. Processo encontra-se em condições de imediato julgamento. Art. 535, § 3º, do CPC.

I - Competência da Justiça Estadual. Reparação dos Danos ocasionados diretamente ao Autor e não a danos ambientais.

II - Petição inicial apta e fundamentada. Os fatos apresentados pelo autor restaram devidamente comprovados.

III - Legitimidade ativa. O Autor busca a reparação dos danos que lhe foram causados, por força da impossibilidade de prover seu sustento por meio da pesca, e não com base no direito difuso.

IV - Legitimidade ativa. Pescador. Prova suficiente de sua atividade nos autos.

V - Legitimidade passiva. Responsabilidade objetiva das empresas que operam com produtos nocivos à saúde. Além disso, a proibição da pesca na Baía de Paranaguá se deu em decorrência, não só da explosão do navio, mas também devido à não contenção do vazamento de óleo, responsabilidade esta que cabia à empresa ré.

VI - Possibilidade jurídica do pedido. Pesca com a carteirinha vencida ou sem ela acarreta sanção administrativa e não a perda da condição de Pescador.

VII - Responsabilidade da empresa que representa o Porto pela contenção do óleo em caso de vazamento. Responsabilidade objetiva.

VIII - Nexo de causalidade. Presença diante da responsabilidade da empresa ré na contenção do óleo.

IX - Dano moral configurado. Valor da indenização fixado no mesmo patamar que aquele pago pela empresa proprietária do navio, diante da transação. Os dois réus são igualmente responsáveis pelos danos ocasionados diante da responsabilidade objetiva. Impossibilidade de fixação da indenização em valor diverso daquele tido como adequado na transação.

X - Recurso Provido.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 369/372).

Em recurso especial, aduz o Recorrente negativa de vigência aos artigos 275 e 277 do Código Civil e artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Afirma que como o processo foi extinto apenas para um dos co-devedores, o outro continua obrigado solidariamente pelo restante da dívida.

Sustenta, ainda, que a condenação da Recorrida deve se dar em montante distinto daquele fixado em sede de transação com a outra co-devedora, tendo em vista a extensão da responsabilidade da empresa na ocorrência e lesividade do dano ambiental causado.

Contra-razões nos autos (fls. 422/436).

Admitido na origem, subiram os autos a esta Superior instância (fls. 438/440).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do Recurso Especial (fls. 447/450).

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) (Relator): Dessume-se que a Recorrente propôs ação de indenização em face de Sociedade Navieira Ultragás Ltda., em razão da explosão de navio de propriedade da Recorrida, com conseqüente vazamento de óleo, fato que impediu o ora autor de exercer sua profissão de pescador.

Durante o curso do processo, o Recorrente e uma das rés, a Sociedade Navieira Ultragás Ltda., firmaram acordo, o que resultou na extinção do processo com fundamento no artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil, seguindo a ação em face da ré Cattalini Terminais Marítimos Ltda.

O magistrado singular, quando da prolação da sentença, entendeu que a transação realizada entre o autor e a Sociedade Navieira Ultragás Ltda. aproveitaria também à Cattalini Terminais Marítimos Ltda, diante da solidariedade entre as rés, extinguindo o processo com fundamento no artigo 267, VI, do CPC.

O Tribunal estadual entendeu o seguinte, *in verbis* (fls. 334/335):

> No que diz respeito ao valor da indenização, deve-se ter em mente que as duas rés têm igual parcela de responsabilidade nos danos causados ao autor, e, portanto, terão que arcar com indenização em igual valor.
>
> Como se pôde notar, na transação formada entre a parte autora e a Sociedade Navieira Ultragás, foi acordado que esta pagaria àquela, a título de indenização, a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais).

> Ao concordar com os valores estabelecidos no contrato de transação, o autor entendeu ser esta a parcela da indenização que dizia respeito à ré Sociedade Navieira Ultragás.
>
> Assim sendo, caberá á apelada, Catallini Terminais Marítimos, arcar com indenização por danos morais em igual valor, visto que, conforme já restou aqui esclarecido, as rés são igualmente responsáveis pelos danos ocasionados ao autor, diante da sua responsabilidade objetiva e solidária.

As declarações de quitação plena e geral, feitas em recibos ou acordos, devem ser interpretadas restritivamente, sendo limitadas às pessoas envolvidas e ao valor ali registrado.

Ao contrário do consignado pelo magistrado singular, consolidado está o entendimento, por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o recibo de quitação passado de forma geral, mas relativo a obtenção de parte do direito legalmente assegurado, não traduz renúncia a este direito e, muito menos, extinção da obrigação.

Percebe-se, pelo disposto na cláusula 08 do termo de transação, que o acordo foi firmado entre o Recorrente e a Sociedade Nevieira Ultragás, em que fora expressamente assentada a exclusão da Recorrida Cattalini Terminais Marítimos.

Portanto, tendo em conta que a transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos, os efeitos do acordo não podem ser elastecidos para alcançar personagens não constantes de seus termos.

Ressalte-se, contudo, tratar-se, na espécie, de solidariedade passiva entre Sociedade Nevieira Ultragás e Cattalini Terminais Marítimos, ora Recorrida, fato que conduz ao entendimento no sentido de que quando o credor dá quitação parcial da dívida - mesmo que seja por meio de transação - tal remissão por ele obtida não aproveita aos outros devedores, senão até a concorrência da quantia paga ou relevada.

Cumpre salientar, por oportuno, que cada um dos devedores está obrigado ao cumprimento integral da obrigação, que pode ser exigida de todos conjuntamente ou apenas de um deles. Como a solidariedade passiva é constituída em benefício do credor, pode ele abrir mão da faculdade que tem de exigir a prestação por inteiro de um só devedor, podendo exigi-la, parcialmente, de um ou de alguns. Nesta última hipótese, permanece a solidariedade dos devedores quanto ao remanescente da dívida.

Isto é, fica explicitado que a transação significou a liberação do devedor que dela participou com relação à quota-parte pela qual era responsável. Em razão disso, a ação contra a Recorrida somente pode ser pelo saldo que, *pro rata*, à esta cabe.

Portanto, apesar da solidariedade, o total do débito remanescente é reduzido proporcionalmente à totalidade da quota-parte que tocava ao devedor que celebrou o acordo, qual seja, R$ 600,00 (seiscentos reais).

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.090.635-PR (2008/0209073-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogado: Conrado de Figueiredo Neves Borba e outro(s)
Recorrido: João Anfilóquio de Souza
Advogado: Antonio Valmor Junkes e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Embargos à execução. Garantia do juízo. Importância levantada a maior pelo exeqüente. Cumprimento de sentença. Arts. 475-I a 475-R do CPC. Restituição nos autos dos embargos ou da própria execução. Cabimento. Desnecessidade de ação autônoma.

1. Nada obstante o caráter definitivo da execução fundada em título judicial, depositado o montante para garantia do juízo, o seu levantamento, na pendência de final desfecho dos embargos opostos, importa em plena assunção do exeqüente da responsabilidade pelos riscos de eventual êxito recursal do embargante.

2. Na fase de cumprimento de sentença – arts. 475-I a 475-R do CPC –, impedir a restituição ao executado, nos autos dos embargos ou da própria execução, de importância levantada a maior pelo credor não se harmoniza com a reforma instituída pela Lei n. 11.232/2005, delineada, precipuamente, para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

3. Reconhecido o excesso de execução por ato decisório com trânsito em julgado, não há óbice em determinar ao exeqüente, mediante intimação na pessoa do seu advogado, que devolva a parcela declarada indevida, observando-se o disposto nos arts. 475-B e 475-J do diploma processual, sem a necessidade de propositura de ação autônoma.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2008 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 18.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal (CEF) com fulcro no art. 105, III, alínea 'c', da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e assim ementado:

> Processual Civil. Execução de sentença. Apadeco. Juros remuneratórios. Devolução. Inversão da execução. Incabimento.
>
> A decisão proferida em sede de embargos à execução, salvo no tocante à condenação nos ônus da sucumbência, não se amolda ao conceito de decisão condenatória, para fins execução ou cumprimento de sentença, sendo incabível a pretendida inversão dos pólos da própria execução originária, para fins de compelir o credor, que executou regularmente o título executivo, a restituir ao devedor parcela do recebeu (fl. 222).

Nas razões do especial, aduz-se que a Corte Regional, ao concluir que a CEF deveria buscar a via processual adequada para rever valores levantados a maior pelo exeqüente, diverge de orientação firmada pelo STJ.

Em conclusão, pretende a parte recorrente a reforma do acórdão de origem a fim de que seja autorizada a intimação do devedor nos mesmos autos, para efetuar a devolução do referido crédito.

Sem a apresentação das contra-razões, o apelo foi admitido conforme decisão de fl. 240.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Atendidos os pressupostos ensejadores da divergência jurisprudencial, tenho que o recurso reúne condições de acolhimento.

Traduz-se o pleito em ver restituídos, com base no art. 475-J do Código de Processo Civil, valores relativos aos juros remuneratórios pagos a maior ao exeqüente e, posteriormente, excluídos por decisão do STJ no âmbito da impugnação à execução.

Nada obstante o caráter definitivo da execução fundada em título judicial, depositado o montante para garantia do juízo, o seu levantamento, na pendência de final desfecho dos embargos opostos, importa em plena assunção do exeqüente da responsabilidade pelos riscos de eventual êxito recursal do embargante.

Portanto, na fase de cumprimento de sentença – arts. 475-I a 475-R do CPC –, impedir a restituição ao executado, nos autos dos embargos ou da própria execução, de importância levantada a maior pelo credor não harmoniza com a reforma instituída pela Lei n. 11.232/2005, delineada, precipuamente, para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Dirigindo-se as novas regras exatamente no sentido de cumprimento da sentença na mesma relação processual, se ao juiz cabe, no exercício do seu ofício, adotar medidas que exortem o devedor a satisfazer a obrigação formulada pelo exeqüente, não adimplida voluntariamente após a decisão condenatória, também pode e deve, em proveito do direito material, suprir exageros e incorreções de valores apurados em face do provimento de recurso interposto no âmbito dos embargos à execução.

Dessa forma, reconhecido o excesso de execução por ato decisório com trânsito em julgado, não há óbice em determinar ao exeqüente, mediante intimação na pessoa do seu advogado, que devolva a parcela declarada indevida, observando-se o disposto nos arts. 475-B e 475-J do diploma processual, sem a necessidade da propositura de ação autônoma.

A propósito da matéria, dou destaque a orientação firmada pela Terceira Turma desta Corte no julgamento do REsp n. 757.850-RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, cujo acórdão se definiu nos termos da ementa abaixo:

> Recurso Especial. Execução. Título Extrajudicial. Levantamento pelo exeqüente do depósito que garantiu o juízo. Posterior provimento da apelação interposta contra sentença de improcedência dos embargos. Dever de restituir. Ação autônoma desnecessária.
>
> 1. Na pendência de apelação contra a rejeição dos embargos, a execução - embora definitiva - é resolúvel; pode ser desconstituída por eventual provimento do recurso.
>
> 2. Provida a apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes embargos à execução, o exeqüente tem o dever de restituir, de forma atualizada, o valor levantado anteriormente.
>
> 3. O pedido de restituição do executado não exige ação autônoma. O ideal é que seja feito nos autos dos embargos, mas nada obsta que, excepcionalmente, tenha lugar na própria execução. (DJ de 15.05.2006.)

No mesmo sentido, confiram-se estes precedentes: REsp n. 1.018.874-PR, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.02.2008; e Ag n. 1.098.903-PR, relator Ministro Massami Uyeda, DJ de 30.10.2008.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe provimento* para admitir a possibilidade de devolução ao embargante, nos próprios autos, de quantia levantada a maior pelo exeqüente.

Remetam-se os autos à instância ordinária com vista ao regular prosseguimento do feito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 199.671-SP (1998/0098968-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Casa Moysés Enxovais e Tecidos Ltda
Advogado: Athanazios Georgios Flessas
Recorrido: Banco Boavista S/A
Advogado: Christian A H Cardoso de Almeida e outro(s)

EMENTA

Penhor mercantil garantido por bens fungíveis e consumíveis. O desaparecimento de tais bens não descaracteriza a garantia real, admitindo-se a substituição por outros da mesma natureza e, consequentemente, o prosseguimento da execução, mesmo estando a devedora em regime de concordata.

1. A alegação genérica de afronta ao art. 535-II, CPC, não é suficiente para o processamento deste apelo nobre, devendo a impugnação vir especificada, sob pena de impedir a exata compreensão da controvérsia, nos termos da Súmula n. 284 do STF.

2. Desaparecendo os bens dados em penhor, para garantia de contrato de financiamento bancário, e estando em concordata a devedora, a execução pode prosseguir com a penhora de outros bens da mesma natureza e qualidade. O crédito não se transforma em quirografário, a ponto de submeter o credor aos efeitos da concordata.

3. Dissídio não aperfeiçoado, no caso, ante a inobservância dos requisitos da sua comprovação (art. 255, § 2º, RISTJ e 541 do CPC).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: "Casa Moysés Enxovais e Tecidos Ltda" interpôs agravo da decisão que, nos autos da execução que lhe move o

"Banco Boavista S/A", determinou o prosseguimento do feito, após requerida a concordata da agravante, além do que estabeleceu a penhora sobre bens diferentes daqueles havidos em penhor mercantil pela instituição financeira.(fl. 02/07).

A Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por unanimidade, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

> Penhor mercantil. Incidência sobre bens entregues em garantia real. Irrelevância da concordata preventiva para efeitos de suspensão da execução. A alienação das mercadorias apenhadas não acarreta perda do privilégio. Sentença mantida. Recurso improvido (fl. 73).

Rejeitados os embargos de declaração (fls. 86/87), a agravante manifestou este recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando contrariedade dos artigos 535, II, do CPC, 802, II, do CC/1916 e 102, § 4º, da Lei de Falência, além de dissídio jurisprudencial. Sustentou a extinção do penhor pelo desaparecimento do seu objeto, situação que qualifica o crédito como quirografário, devendo ser submetido aos efeitos da concordata. Argumenta ainda que não pode prevalecer a penhora sobre bens absolutamente díspares daqueles originariamente exigidos em penhor(fls. 91/103).

Oferecidas as contra-razões (fl. 130), o recurso não foi admitido na origem (fls. 150/151), subindo os autos a esta Corte por provimento do Ag n. 187.211-SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha (fl. 166).

Pela decisão de fl. 184 o Sr. Ministro, então relator, determinou o sobrestamento do feito, em face das alterações do § 3º do art. 542, do CPC, introduzidas pelas Lei n. 9.756/1998.

Diante da manifestação da parte (fls. 187/189) Sua Excelência reconsiderou a referida decisão (fl.192), vindo-me os autos por atribuição em 19.06.2008.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): De início, a mera alegação genérica de afronta à lei federal, no caso do art. 535, II, do CPC, não é suficiente para o processamento deste apelo nobre, devendo a impugnação vir especificada, sob pena de impedir a exata compreensão da controvérsia, nos termos da Súmula n. 284 do STF.

No mérito, o recurso também não merece acolhida.

Cuida-se de execução baseada em crédito decorrente de penhor mercantil, que recaiu sobre bens destinados à comercialização (jogos de cama e edredons). No processo executório, a própria recorrente ofereceu à penhora bem imóvel que foi recusado pelo credor, insistindo na penhora das mercadorias empenhadas. Diante da dificuldade de encontrá-los, o magistrado intimou a devedora para indicar outros bens similares (fl. 40). Contudo, insistiu ela que o perdimento dos bens torna o credor quirografário.

A questão aqui colocada trata de saber se, desaparecendo os bens dados em penhor, para garantia de contrato de financiamento bancário, e estando em concordata a devedora, pode prosseguir a execução com a penhora de outros diferentes bens ou, ao contrário, o crédito se transforma em quirografário, submetendo-se o credor à concordata.

Das lições de Fábio Ulhoa Coelho extraio o seguinte trecho:

> Nem todos os credores do concordatário, no entanto, encontram-se sujeitos aos efeitos da concordata. A remissão parcial ou a dilação do vencimento das obrigações do comerciante dizem respeito apenas aos seus credores quirografários. Os credores com preferência - ou seja, *com garantia real*, trabalhista (Súmula n. 227 do STF), tributária, com privilégio geral ou especial - não estão atingidos pela concordata e podem executar os seus bens normalmente. (Manual de Direito Comercial, Ed. Saraiva, p. 383, 14ª edição).

Sobre o tema esta Quarta Turma já se pronunciou por diversas vezes, de que é exemplo o REsp n.169.963-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cujos fundamentos estão assim ementados:

> Penhor mercantil. Penhora.
>
> Na execução de dívida garantida com penhor mercantil, a penhora há de ser feita sobre bens empenhados; sendo estes fungíveis e destinados à comercialização, a obrigação persiste e recai sobre os bens da mesma qualidade. Art. 272 do Código Comercial.
>
> Recurso não conhecido.

O fato de o ônus recair sobre bens fungíveis e comercializáveis não desfigura a garantia, que continua existindo, ou seja, não retira do credor a qualidade de privilegiado. Essa também a orientação traçada pela Terceira Turma no AgRg n. 199.761-SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter.

Assim deve ser porque, se admissível que o devedor venha dispor da coisa dada em garantia, pois esse é o meio pelo qual exerce o seu comércio, igual

tratamento deve se dar ao credor com a permanência da garantia real sobre bens equivalentes. Do contrário, o devedor estaria sendo privilegiado, uma vez que vende a mercadoria, não paga a dívida, libera-se do penhor e desnatura o crédito, transformando-o em quirografário.

Colho trecho do voto do Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar no voto proferido, quando do julgamento do REsp n. 230.997-SP, *in verbis:*

> Se os bens fungíveis e comerciáveis já não existem ao tempo do vencimento e da execução do débito, a garantia pode se estender sobre outros da mesma natureza e qualidade. Isso decorre da própria essência das coisas, pois o comerciante ou o produtor rural que têm os bens dados em garantia para a venda não podem ficar privados da sua atividade negocial, indispensável à sua sobrevivência econômica. Por isso, não se pode dizer que tenham sido infiéis à garantia tê-los alienado. Mas, de outra parte, é preciso reconhecer que a venda permitida não pode prejudicar o credor, que continua com a garantia sobre outros bens da mesma natureza. Do contrário, o ato do devedor, alienando os bens, seria causa de sua exoneração, em prejuízo do credor.

Nesse passo, conclui-se que se o penhor recaiu sobre bens comerciáveis e não tendo estes sido encontrados no momento da penhora, admite-se a transferência para outros da mesma natureza e igualmente comerciáveis, ou seja, não se extingue a garantia. O que não se aceita é que tal constrição recaia sobre outros bens, de diversa natureza, que não é o caso dos autos, em que as instâncias ordinárias determinaram à recorrente nomeasse à penhora bens similiares.

Por conseqüência, não há falar em submeter-se o credor aos efeitos da concordata, pois persistente o seu crédito com garantia real.

Destarte, não tenho como violados os dispositivos apontados pela recorrente, tampouco o dissídio restou aperfeiçoado, no caso, uma vez que, além de não preenchidos os requisitos para sua demonstração (art. 255, § 2º, RISTJ e 541 do CPC), o precedente colacionado, REsp n. 20.002-0-RJ, não ampara a tese da recorrente, pois que que andou na mesma linha do aqui decidido, ou seja, não entendeu descaracterizado o penhor por ter sido ele garantido por bens fungíveis e comerciáveis.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 325.622-RJ (2001/0055824-9)

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF1ª Região)

Recorrente: Cláudia Sá Rego Ribeiro de Menezes

Advogado: Dauro Francisco Villela Schettino e outro(s)

Recorrido: Master Estacionamento S/C Ltda.

Advogado: Sérgio Murilo Herrera Simões

EMENTA

Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Danos materiais e morais. Empresa de estacionamento que permite a retirada de veículo pelo filho da proprietária do mesmo, sem a apresentação do comprovante de estacionamento. Acidente de trânsito ocorrido horas mais tarde em cidade diversa. Nexo de causalidade. Inexistência.

1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente *Códex,* sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato.

2. Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1.060 do CC/1916 e 403 do CC/2002).

3. A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.

4. *In casu,* revela-se inequívoca a ausência de nexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da

autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Relator

---

DJe 10.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por Cláudia Sá Rego Ribeiro de Menezes, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 159, *caput*, 957, 1058, 1060, 1265 e 1275 do Código Civil de 1916.

Noticiam os autos que a ora recorrente ajuizou ação indenizatória em desfavor de Master Estacionamento S/C Ltda, em decorrência dos danos causados em acidente automobilístico envolvendo seu filho menor e dois amigos que o acompanhavam, quando o veículo conduzido pelos mesmos havia sido deixado em depósito sob os cuidados da demandada.

Sustentou a recorrente, em sua peça inaugural, ter deixado seu veículo no estacionamento do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, no dia 21 de março de 1995, recebendo *ticket* de seu depósito. Veículo este que naquele mesmo dia, foi retirado, sem a apresentação do comprovante ou de qualquer outro documento, por seu filho menor e outros dois rapazes que o acompanhavam, um

deles maior de idade, que mais tarde se envolveram em acidente automobilístico ao colidirem com um poste de iluminação pública. Daí a pretensão de ser ver ressarcida pelos danos materiais e morais que, a seu entender, seriam de responsabilidade da empresa demandada, responsável pela guarda do veículo.

O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora da demanda, por não vislumbrar a existência de nexo causal entre a conduta da demandada (entrega do veículo) e o evento danoso (acidente automobilístico). Na ocasião, determinou ainda o e. Juiz sentenciante fossem enviadas ao Ministério Público cópias de peças dos autos para que apurada a suposta prática da infração penal de falsa comunicação de crime por parte da autora da demanda.

A Sétima Câmara Cível do egrégio TJ-RJ, por unanimidade de votos dos seus integrantes, proveu parcialmente o recurso de apelação manejado pela autora para, tão-somente, excluir a determinação de remessa de peças ao Ministério Público. O aresto exarado naquela ocasião recebeu a seguinte ementa:

> Ementa: Civil. Responsabilidade civil. Proprietária de veículo, que o deixa em estacionamento de aeroporto e viaja para outra cidade, levando o respectivo comprovante. Sua retirada, no mesmo dia, por seu filho e companheiros, sob alegação de que tinham perdido o *ticket* do estacionamento, o que foi confirmado pela avó paterna. Abalroamento de um poste pelo veículo à noite, em outra cidade, com perda quase total e lesões físicas nos passageiros.
>
> Ação pela mãe ajuizada em face da Administradora do estacionamento postulando seu ressarcimento.
>
> Acórdão que não acolheu Agravo de Instrumento interposto pela ré contra decisão que repeliu o chamamento ao processo do menor e companheiros, sob fundamento de que a ação se fundava em inadimplemento de contrato celebrado entre a mãe e a Administradora.
>
> Descumprimento, contudo, que, por si, não configura causa adequada da colisão posterior, a qual não se vincula à retirada do carro, mas foi resultado de fatores outros. Concepção da causalidade adequada, que não justifica a imputação da responsabilidade à Administradora (art. 1.060 do Código Civil).
>
> *Recurso desprovido.*

Após opor (fls. 512) e ter rejeitados (fls. 515/517) seus embargos de declaração, interpôs a autora da demanda o recurso especial que ora se apresenta.

Em suas razões, insiste a recorrente na alegação de que a responsabilização da ora recorrida se impõe ante a inexecução do contrato de depósito firmado, vez

que seu veículo foi indevidamente entregue a terceiro, fato que, a seu entender, seria causa necessária ao dano perpetrado, justificando, assim, o pagamento da pretendida indenização por danos materiais e morais resultantes do acidente que ocorreu.

Conclui sua argumentação aduzindo que "*a teoria da causa adequada acolhida pelo r. acórdão, com fulcro no art. 1.060 do Código Civil, não tem o condão de desfigurar o nexo de causalidade que atinge a recorrente e a recorrida, fruto da inexecução do contrato de depósito*" (fl. 531). Ao final requer seja conhecido e provido o especial, "*mediante a negativa de vigência e contrariedade à norma do art. 1060 do Código Civil, no escopo de ser adequadamente interpretada, vis a vis a sistemática legal, especialmente retratada pelos arts. 159 caput, 957, 1.058, 1.265, 1.275 do Código Civil, e conseqüentemente reformado o acórdão proferido, à luz dos preceitos da responsabilidade objetiva nesta consubstanciada, face a reconhecida inexecução do contrato, que como única e portanto adequada causa enseja responsabilidade.*

A ora recorrida apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, pugnando pela inadmissão ou desprovimento do mesmo, vez que inexistente nexo causal entre o fato de não ter sido o veículo retirado pessoalmente pela autora da demanda e o acidente em que o mesmo terminou envolvido horas mais tarde.

Na origem, em exame de prelibação, o recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade (fls. 546/547), ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) (Relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pela recorrente como malferidos e estando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do presente apelo nobre.

No mérito, todavia, tenho que não merecem guarida as pretensões da recorrente, devendo ser mantido hígido o aresto ora hostilizado.

Com efeito, à luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente *códex*, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio denominado, por alguns, de princípio da causalidade adequada e, por outros, princípio do dano direto e imediato.

Referido princípio pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, a *contrario sensu*, do art. 159 do CC/1916 e do art 927 do CC/2002), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a segunda (que decorre mais especificamente do art. 1.060 do CC/1916 e do art. 403 do CC/2002, fixando o conteúdo e os limites do nexo causal) segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.

Sobre a primeira parte desse enunciado, esclarece didaticamente Sérgio Cavalieri Filho que: "*não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito*" ("Programa de Responsabilidade Civil", Malheiros, 5.ª ed., p. 65)

Prossegue, o supracitado doutrinador, mais adiante:

> A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi a causa do dano. Determina se o resultado surge como conseqüência natural da voluntária conduta do agente. Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado (...). Pode-se afirmar que o nexo causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...) mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal (*op. cit*., p. 66).

E sobre a segunda parte, invocando lição de consagrados doutrinadores em tema de responsabilidade civil (Aguiar Dias, Martinho Garcez Neto, Caio Mário da Silva Pereira, Agostinho Alvim) Sérgio Cavalieri Filho esclarece que, no sistema brasileiro:

> ... enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (...), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva (*op. cit*., p. 68/69).

A imputação de responsabilidade civil, portanto, como bem destacado pela Corte de origem, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta

do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é *normativo*, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, *segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente*).

Não é outro o entendimento desta Corte Superior acerca do tema, consoante se depreende do recentíssimo precedente, colacionado à guisa de exemplo:

> Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Nexo de causalidade entre a negligência do Estado e o ato ilícito praticado por foragido de instituição prisional. Ausência.
>
> 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).
>
> 2. Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., n. 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE n. 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.1992, Ministro Moreira Alves).
>
> 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE n. 130.764, 1ª T., Ministro Moreira Alves, DJ de 07.08.1992; RE n. 369.820-6, 2ª T., Ministro Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE n. 341.776-2, 2ª T., Ministro Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp n. 858.511-DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008).
>
> *4. Recurso especial a que se dá provimento.* (REsp n. 719.738-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 22.09.2008)

À luz dessas premissas é que se impõe a análise do caso concreto.

In casu, os fatos que ensejaram o ajuizamento da presente demanda são incontroversos: a) as 09:19 hs. do dia 21.03.1995, a autora da demanda deixou seu veículo no estacionamento do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro; b) o veículo foi retirado pelo filho da autora (menor de idade) acompanhado por dois amigos (um deles maior de idade), deixando a recorrida de exigir dos mesmos a exibição do comprovante de estacionamento, em razão de terem os mesmo informado tê-lo perdido; c) por volta das 22:00 hs. daquele mesmo dia o referido veículo foi encontrado pela Polícia Militar de Petrópolis, na rua Floriano Peixoto, totalmente avariado, em decorrência da colisão contra um poste de iluminação pública, que resultou, ainda, em lesões aos seus ocupantes, dentre os quais o filho da autora.

Isto posto, tenho que inequívoca a ausência de nexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde).

É evidente que evento danoso descrito na petição inicial não decorreu direta e imediatamente da suposta inexecução do contrato de depósito estabelecido entre a recorrente e a empresa recorrida, razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade desta pelo ocorrido.

Ex positis, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 512.278-GO (2003/0051277-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: E B
Advogado: Eduardo Bernardes
Recorrido: J de M M
Advogado: Saulo Felipe de Araújo

EMENTA

Civil e Processual. Ação de investigação de paternidade. "Pai registral" não citado para integrar a lide. Litisconsórcio necessário.

Nulidade do procedimento. CC anterior, art. 348. Lei n. 6.015/1973, art. 113. CPC, art. 47, parágrafo único.

I. Conquanto desnecessária a prévia propositura de ação anulatória de registro civil, sendo bastante o ajuizamento direto da ação investigatória de paternidade, é essencial, sob pena de nulidade, a integração à lide, como litisconsorte necessário, do pai registral, que deve ser obrigatoriamente citado para a demanda onde é interessado direto, pois nela concomitantemente postulada a desconstituição da sua condição de genitor. Precedentes do STJ.

II. Aplicação combinada das disposições dos arts. 348 do Código Civil anterior, 113 da Lei de Registros Públicos e 47, parágrafo único, do CPC.

III. Recurso especial conhecido e provido, para declarar nulo o processo a partir da contestação, inclusive, determinada a citação do pai registral.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 03.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: E.B. interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (fl. 166):

> Embargos de declaração. Inexistência de dúvida, obscuridade ou contradição. Investigação de paternidade. Não poderão ser recebidos os embargos se ausentes a dúvida, a obscuridade ou contradição. Os embargos de declaração não poderão servir para novo exame da causa. Os pedidos da investigação de paternidade não poderão ser considerados juridicamente impossíveis se o infante já tiver sido

> registrado por outra pessoa, porquanto, por economia processual, o resultado da ação determinará a correção de possíveis erros de registro.
>
> Embargos rejeitados.

Alega o recorrente que a decisão violou o art. 348 do Código Civil anterior, porquanto além de haver sido reconhecida a paternidade, apesar de os sinais físicos serem absolutamente distintos, baseado apenas em resultado de exame de DNA, que é falho, o aresto desconheceu que para a desconstituição do registro de nascimento do investigante deveria ter sido necessariamente demonstrado erro ou falsidade em processo contencioso integrado pelo pai registral, a quem deveria ser dado o direito de defesa.

Aduz que também restou contrariado o art. 113 da Lei n. 6.015/1973, pois a anulação ou alteração do registro exigem processo contencioso específico, destacando que "a criança fora concebida, nasceu e viveu os primeiros anos de vida na constância do casamento de sua genitora com o pai registral, Sr. N.R.M., *sendo que este é quem fora o declarante, com a anuência da mãe, junto ao Registro Público*" (fl. 176).

Aponta o recorrente a imprescindibilidade de ser integrado à lide o pai registral, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC.

Invoca precedentes jurisprudenciais.

Sem contra-razões (fl. 185).

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 194/195), subindo a esta Corte por força de provimento dado ao AG n. 472.680-GO (fl. 202).

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 208/210, pelo Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de ação de investigação de paternidade movida por J. M. M, representado por sua mãe D. L. M. M, contra o ora recorrente, E. B, julgada procedente por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, conduzido por voto do eminente Desembargador Floriano Gomes, que traz a seguinte fundamentação (fls. 140/143):

> Primeiramente, cabe examinar a respeito da possibilidade de o Juiz de primeiro grau pronunciar-se sobre o pedido de perícia formulado diretamente na sentença final. A meu ver, não há impedimento legal algum quanto o seu posicionamento, vez que seu convencimento já se encontrava formado.

O art. 131, do Código de Processo Civil, prega que: 'o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento'.

No caso vertente, o Juízo a *quo* apreciou a prova apresentada nos autos, qual seja, o exame de DNA feito pelas partes, que entendeu suficiente para o deslinde do processo. Neste caso, percebendo que não mais havia provas a produzir, vez que as requeridas em momento oportuno pelas partes já tinham sido apresentadas, prolatou o seu *decisum* de forma correta e fundamentada.

Assim, não há falar que deveria o Julgador ter decidido primeiro interlocutoriamente, para posterior decisão de mérito, vez que decidiu por completo todas as questões aventadas, conforme determina a legislação pátria. Desta forma, quanto a este quesito, não assiste ao Apelante razão alguma.

Quanto ao aspecto do suposto cerceamento de defesa, concluo que as alegações do Apelante não merecem crédito, vez que a decisão do emérito Julgador está escorada no melhor direito. O art. 130, do Código Processual, reza que:

> Caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O Apelante, ao requerer nova perícia, não indicou nenhum motivo plausível para a desconsideração do exame anteriormente feito. Suas alegações cingem-se ao campo do ouvir dizer da remota possibilidade de falha humana.

Não provou e nem mesmo aventou alguma falha durante a feitura do exame. Não demonstrou indícios capazes de tornar a perícia questionável, sendo que, à oportunidade, poderia ter indicado assistente técnico e não o fez.

Destarte, entendo que o pedido de novo exame de DNA é meramente protelatório, razão pela qual deve ser mantida a sentença. Ademais, o art. 437, da Lei Adjetiva Civil, enseja que a realização de nova perícia só deverá ser deferida pelo Juiz quando a matéria não lhe parecer esclarecida e, tal coisa, não aconteceu, dado à robustez do exame firmado.

Entendendo o Juiz pela desnecessidade de nova perícia por estarem todos os fatos provados pela prova anteriormente apresentada, bem como não havendo indícios de mácula no exame feito, o indeferimento do pedido formulado se faz premente.

Assim entende a jurisprudência a respeito:

> Só ao juiz cabe avaliar a necessidade de nova perícia (JTJ 142/220, 197/90).

Em sede de embargos declaratórios, adicionou a Corte estadual, *verbis* (fls. 159/160):

> Apesar das alegações do Embargante, o voto proferido não merece qualquer reparo, posto que não é portador de nenhuma obscuridade, omissão ou contradição, tendo sido claro e fundamentado na melhor interpretação legal.
>
> O argumento de cerceamento de defesa apresentado não merece acolhida pelos mesmos motivos já apresentados no voto embargado. No referido voto encontram-se todas as razões jurídicas que motivaram o entendimento desta Relatoria, sendo inexistentes as contradições alegadas. Não poderá o presente recurso servir para novo exame da causa, eis que vedado pelo nosso sistema legal e confirmado pela mais recente jurisprudência.
>
> Quanto ao requerimento de modificação do voto motivada pela impossibilidade jurídica do pedido na investigatória de paternidade, posto que o Embargado fora registrado por outra pessoa, tenho que ao Embargante não assiste razão alguma, pois a existência de registro não impede a promoção da investigação de paternidade.
>
> Aliás, contrariamente ao alegado, possível é a promoção da investigação, sendo que da decisão de mérito, se concludente pela paternidade, será determinada a substituição do nome paterno, *corrigindo-se, então, o erro anteriormente cometido.*

É apontada ofensa aos arts. 348 do Código Civil revogado, 113 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), 47, parágrafo único, do CPC, e dissídio jurisprudencial.

Tenho que os temas foram suficientemente prequestionados, notadamente na apreciação dos aclaratórios opostos pelo réu-recorrente.

Considerou o acórdão objurgado que bastante o reconhecimento da paternidade para a automática desconstituição do registro, em lide promovida pelo menor contra o suposto genitor verdadeiro, o único a constar do pólo passivo da ação.

Todavia, não é esta a orientação que se firmou nesta Turma, porquanto se afigura inconcebível que alguém seja demovido da sua condição de pai sem que integre, forçosamente, a lide que poderá nisso resultar. Até se admite, em certas situações, havendo manifestação de concordância do pai registral, a excepcional dispensa da sua integração à lide, mas, sem isso, torna-se impossível a substituição da paternidade sem o devido processo legal. É evidente que não se está exigindo um prévio procedimento judicial de anulação do registro, para subseqüentemente se proceder à investigação. Não. Tudo pode ser feito em um só processo, mas com a integração do pai registral.

O voto condutor que proferi como relator no REsp n. 117.129-RS, traduz a orientação deste Colegiado a respeito do tema:

> No julgamento do REsp n. 107.222-MG, esta 4ª Turma, conduzida pelo voto do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidiu pela dispensabilidade da citação, tomando, como um dos fundamentos, o fato de que, naquele processo, o pai registral, conquanto não citado, fornecera declaração colocando-se de acordo com a postulação da menor. O aresto restou assim ementado:
>
> > Investigação de paternidade. Falta de ação ou de pedido para anulação do registro. Desnecessidade.
> >
> > A alteração do assento de nascimento no registro civil é conseqüência da sentença de procedência da ação de investigação de paternidade.
> >
> > Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.
> >
> > (por maioria, DJU de 26.03.2001)
>
> Votei vencido, por entender que a citação era indispensável, ainda que constante dos autos tal declaração, pelos argumentos que então alinhei em voto oral na sessão do dia 21.09.1999, e que ora reproduzo:
>
> > Sr. Presidente, fico com a conclusão de V. Exa. no que se refere à admissibilidade do recurso, porquanto me parece que o fato de, num caso, o registro ter sido feito pela própria declarante e, em outro, pelo pai, não afasta a discussão sobre a tese principal. Mas, em relação a esta, divirjo de V. Exa. Entendo que registro civil, registro público, não pode ser afastado numa ação em que ao seu cabo a pessoa termina com um novo pai, sem haver desconstituição do primeiro pai, em processo com direito de defesa assegurado. Ele sequer foi parte na ação, como litisconsorte.
> >
> > O art. 348 do Código Civil, no qual se baseou o voto-vencido no julgamento da apelação, é preciso em relação à desconstituição do registro público, que tem procedimento próprio. V. Exa. afirma que, como o pai supostamente falso declarou no curso da lide que não era o pai, isso seria suficiente, e inócuo, portanto, o procedimento de citação. Mas indago se fosse o contrário, se o pai de uma pessoa falece e deixa uma declaração de que não é o pai, *e na hora da abertura do inventário há uma certidão dizendo que o de cujus era o pai. O que vai valer? O registro de nascimento? Ou vai valer a declaração do de cujus? Entendo que é fundamental a desconstituição do registro previamente. Poderia até admitir, se o pai for vivo, que não haja a pré-desconsituição por ação própria. Se o pai for vivo, como é o caso dos autos, eu poderia admitir a citação do pai como litisconsorte passivo, como bastante. Mas vejam como a situação é complexa. Reparem nos reflexos. E os irmãos? Quer*

dizer, o cidadão tem, por exemplo, cinco irmãos, aí o pai declara que não é o pai; daí os cinco irmãos vão desaparecer de uma hora para outra por força de uma declaração do pai. E se já tivesse sido aberta a sucessão do pai, vai haver herança dos dois. Sim, porque sem a citação, o registro primitivo não fica desconstituído.

Por tais circunstâncias, sem, pelo menos, a integração do pai que consta do registro civil, à lide, ela não tem como prosperar, com a *maxima venia*.

A tese agora se repete, - mas com algumas diferenças fáticas - e se já estava então convencido de minha posição, animo-me a ratificá-la ao reexaminar o presente processo.

Dispõe o art. 348 do Código Civil, que:

Art. 348. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

E a Lei de Registros Públicos, diz:

Art. 113. As questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.

As normas legais acima reproduzidas são muito claras e muito fortes em cuidar da preservação dos registros públicos, pela importância dos dados neles assinalados geradores de direitos e deveres dos mais diversos e relevantes, a par de emprestarem segurança e estabilidade à organização social *e jurídica, inclusive em* face do efeito *erga omnes* que conferem.

Na lição de Walter Ceneviva:

Não há notícia histórica segura sobre o começo do registro de fatos essenciais, para o cidadão, como os da vida e da morte. Sabe-se, porém, de sua antigüidade remota: desde cedo o homem civilizado teve presente a importância de conservar assentos que arrolassem, numa determinada coletividade, o número e a idade dos cidadãos, e seu falecimento.

O Estado tem no registro civil a fonte de referência estatística: comete crime o oficial que não remeter, trimestralmente, à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, os mapas de nascimentos, casamentos e óbitos. É uma base para que os governos decidam suas medidas administrativas e de polícia jurídica. O indivíduo nele encontra meios de provar seu estado, sua situação jurídica. Fixa, de modo inapagável, os fatos relevantes da vida humana, cuja conservação em assentos públicos interessa à Nação, ao indivíduo e a todos os terceiros. Seu interesse reside na importância mesma de tais fatos e, outrossim, na sua repercussão na existência do cidadão: ele é maior ou menor, capaz ou incapaz, interdito, emancipado, solteiro ou casado,

filho, pai. É todo um conjunto de condições a influir sobre sua capacidade e sobre as relações de família, de parentesco e com terceiros.

(Lei dos Registros Públicos Comentada, 12ª edição, 1997, p. 73)

Por outro lado, o direito de defesa constitui fundamental pressuposto constitucional, e é bastante simples imaginar-se os inúmeros reflexos decorrentes da paternidade, sejam eles no seio de cada família, notadamente quando a prole adveio de relações sem vínculo oficial, envolvendo, portanto, núcleos familiares estranhos entre si.

Daí, seja em face das exigências legais, que firmam o primado do devido processo legal, seja pela imperiosidade de ser resguardada a defesa daquele que possui direto interesse e envolvimento na discussão – o pai registral – me parece induvidosa a necessária presença deste em lide onde é buscada – aqui, à sua revelia – a sua desconstituição da qualidade de genitor da menor que já levava seu sobrenome (Cuenca) há dezesseis anos, quando do ajuizamento da ação, em 1994.

Sem isso, dá-se a hipótese prevista no art. 47, parágrafo único, do CPC, que comina de nulidade o processo sem a integração do litisconsorte passivo necessário, caso do pai registral.

E não impressiona o argumento contido no acórdão *a quo*, de que a declarante do registro fora a mãe e não o pai registral, porquanto por toda a vida da menor foi o que valeu, e não se pode, mais ainda por essa razão, prestigiar a dispensa de formalidade constitucional e legal essencial – a citação de interessado direto – exatamente em face de ato impensado ou mesmo crime de falsidade ideológica praticado por aquela que agora, representando a menor, mas, em verdade, por iniciativa sua como detentora do pátrio poder, move ação investigatória justamente desdizendo registro a que deu, ela própria, origem.

Estou em que, mesmo dispensada a prévia ação anulatória ou pedido cumulativo nesse sentido, para entendê-lo subsumido na postulação alusiva ao reconhecimento da nova paternidade, a citação era e é indispensável.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para declarar a nulidade do processo a partir da citação do réu, exclusive, determinando que esta se estenda ao pai registral, José Raul Cuenca, nos exatos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC.

Na espécie dos autos, é fato incontroverso que o menor autor, J.M.M, tinha como pai registral N.R.M, que não foi citado para integrar a lide na qualidade de litisconsorte necessário passivo, ao teor da aplicação combinada que se dá, como acima explicitado, aos arts. 348 da lei substantiva civil anterior, 113 da Lei de Registros Públicos e 47, parágrafo único, do CPC.

Destarte, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para declarar nulo o processo desde a contestação, inclusive, determinando a citação do pai registral, N.R.M, para integrar a ação, procedendo-se daí como de direito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 540.257-RS (2003/0067993-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: PTI Power Transmission Industries do Brasil S/A
Advogado: Ricardo Dornelles Chaves Barcellos e outro
Recorrido: ACE Comercio de Equipamentos Industriais Ltda
Advogado: Marco Antônio Bezerra Campos e outro

EMENTA

Civil e Processual. Representação comercial. Denúncia do contrato. Ação indenizatória movida pela empresa representante em local de sua sede. Leis n. 4.886/1965 e 8.420/1992, art. 39. Competência relativa. Contrato de adesão. Hipossuficiência não configurada. Prevalência do foro contratual.

I. A competência firmada no art. 39 da Lei n. 4.886/1965, na redação dada pela Lei n. 8.420/1992 é relativa, podendo ser alterada por vontade expressa das partes, ainda que em contrato de adesão, se não configurada, de modo cabal, a hipossuficiência de qualquer delas. Precedente da Segunda Seção.

II. A mera circunstância de uma litigante ser de maior porte que a outra, em relação à qual, todavia, não é reconhecida a hipossuficiência, não constitui razão suficiente para se afastar a cláusula de eleição de foro.

III. Recurso especial conhecido e provido, para se determinar a competência da Comarca de São Paulo, SP, para onde devem ser os autos remetidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe

provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 03.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: PTI Power Transmission Industries do Brasil S/A interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 105):

> Agravo de Instrumento. Representação comercial. Exceção de incompetência. Inviável a alteração da competência definida no artigo 39, da Lei n. 4.886/1965, pelo contrato de adesão. Decisão mantida.
>
> Agravo improvido. Unânime.

Alega a recorrente que ajuizou exceção de incompetência, pois a escolha do foro da ação principal movida pela ora recorrida é equivocada, dada a inafastabilidade da cláusula contratual de eleição de foro que definia a competência da Comarca de São Paulo para dirimir a controvérsia.

Aduz que o aresto é nulo por omissão e desfundamentação, contrariando os arts. 111, *caput*, 458, II, do CPC, e 39 da Lei n. 4.886/1965.

Salienta que não se aplica à espécie tampouco o art. 100, V, a, da Lei Adjetiva Civil, mas o art. 111, que faculta às partes a possibilidade de modificarem, de comum acordo, a competência em razão do valor ou do território, o que fizeram ao firmarem o contrato de representação comercial, que não é abusivo.

Invoca dissídio jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 196/215, refutando os alegados vícios atribuídos ao acórdão estadual, que não é nem omisso, nem desfundamentado. Afirma que o dissídio é defeituoso e que em se tratando de contrato de adesão, há de prevalecer a regra do art. 39 da Lei n. 4.886/1965.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 219/222.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Discute-se no presente recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, sobre o foro competente para processar ação de rescisão contratual e indenizatória movida por ACE Comércio de Equipamentos Industriais Ltda. contra PTI *Power Transmission* Industries do Brasil S/A, referentemente a contrato de representação comercial celebrado entre ambas as empresas.

O acórdão estadual, ao afastar a exceção de incompetência oferecida pela ré, assim solucionou a controvérsia, *verbis* (fls. 106):

> Às fls. 79/81, assim decidi:
>
> Vistos.
>
> Este Tribunal vem entendendo pela impossibilidade do contrato por adesão alterar a competência definida no art. 39 da Lei n. 4.886/1965, com a redação da Lei n. 8.420/1992:
>
> > Ação de indenização. Representação comercial. Competência. Tratando-se de ação indenizatória fundada em infração a cláusula de exclusividade contida em contrato de representação comercial, a competência para apreciação da demanda é do foro do domicílio do representante, afastado o de eleição (Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, artigo 39). Exceção rejeitada. Agravo improvido. (3 fls) (Agi n. 70001287655, 1ª Câmara Especial Cível, TJRS, Rel.: Des. Honorio Gonçalves da Silva Neto).
> >
> > Agravo. Ação de resolução contratual cumulada com indenização por perdas e danos. Exceção de competência. Foro de eleição. Agravo desprovido. (6 fls.) (Agv 70000850446, 15ª Câmara Cível, TJRS, Rel: Des. Vicente Barroco de Vasconcelos).
> >
> > Agravo interno. Representação comercial. Foro de eleição. Contrato de adesão. O foro de eleição previsto em contrato de adesão, por dificultar o acesso a justiça, não tem validade. Tratando-se de contrato de presentação comercial, a Lei n. 4.886/1965, com a redação da Lei n. 8.420/1992, fixa a competência do foro do domicílio do representante. Precedentes. Transferência de domicílio da pessoa jurídica não comprovada. Agravo interno improvido. Unânime. (5 fls.) (Agv n. 70000766196, 15ª Câmara Cível, TJRS, Rel.: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos).
> >
> > Contrato de representação comercial. Competência de foro. Art. 39 da Lei n. 4.886/1965 com sua nova redação. Pelo contido no art.

39, da Lei n. 4.886/1965, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.490/1992, é competente para dirimir o litígio entre o representante comercial e a representada o foro do domicílio daquele, pois se trata de norma de caráter especial e de ordem pública, a qual prevalece, inclusive, sobre o foro de eleição. Agravo de instrumento provido. (Agi 70000257972, 16ª Câmara Civel, TJRS, Rel.: Des. Roberto Expedito da Cunha Madrid).

Agravo de instrumento. Foro de eleição. Contrato de adesão. Representação comercial (distribuição). O foro do domicílio do representante comercial (distribuidor) é o lugar apropriado para a solução do litígio estabelecido entre as partes contratantes (art. 39 da Lei n. 4.886/1965, modificado pelo Lei n. 8.492/1992), não havendo de prevalecer o foro eleito por adesão, embora o contrato tenha sido pactuado anteriormente a nova lei, pois as regras de competência são de ordem pública, pertencentes ao direito processual, não se podendo invocar ato jurídico perfeito, instituto de direito substutivo. Precedentes. Agravo provido. Unânime. (05 fls) (Agi n. 70000119420, 15ª Câmara Cível, TJRS, Rel: Des. Otavio Augusto de Freitas Barcellos).

Contrato de representação comercial. Competência. Foro de eleição. O foro competente para dirimir litígios a envolver contrato de representação comercial e o do domicílio do representante, conforme determina o art. 39, da Lei n. 4.886/1965, com redação da Lei n. 8.420/1992. Não prevalece o foro de eleição quando em prejuízo a uma das partes contratantes. Agravo improvido. (Agi n. 599100021, 15ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Manuel Martinez Lucas).

Foro de eleição em contrato de representação comercial. A redação do art. 39 da Lei n. 8.420/1992 não oferece dúvidas quanto ao foro competente para dirimir litígios entre representante e representada, ainda que o contrato tenha sido firmado na vigência da Lei n. 4.886/1965. exceção de incompetência que se confirma, sendo competente para demanda principal o foro de Porto Alegre. Agravo improvido. (Agi n. 198068504, 18ª Câmara Cível, TARGS, Rel: Des. José Francisco Pellegrini).

Competência de foro. Conflito envolvendo pacto de representação comercial. A nova redação atribuída ao art. 39 da Lei n. 4.886/1965 pela Lei n. 8.490/1992, fixou a competência da Justiça Comum do foro do domicílio do representante comercial para o julgamento das controvérsias entre este e o representado. tratando-se de regra pública

impositica especial e de incidência imediata, sobrepõe-se a eleição de foro contratual e a regra difusa do art. 100, inciso IV, do CPC. agravo improvido. (Agi n. 197156730, 4ª Câmara Cível, TARGS, Rel: Des. Aymore Roque Pottes de Mello).

Agravo. Competência. Foro de eleição. Contrato de representação comercial. O contrato foi firmado anteriormente a alteração da Lei n. 4.886/1965 (art. 39), que determinou a competência do foro do domocílio do representante comercial. Privilégio posterior que incide de imediato, conforme AI n. 195038492, 4ª Câmara Cível deste tribunal. (Ago n. 195191200, 5ª Cãmara Cível, TARGS, Rel: Des. Jasson Ayres Torres)'.

No Superior Tribunal de Justiça há julgados neste sentido:

Processual Civil. Foro de eleição. Representante comercial. I - O contrato de adesão, no qual se firma o foro de eleição diverso do domicílio do réu, não deve prevalecer quando acarreta desequilíbrio contratual, dificultando, em razão da distância, a própria defesa do devedor. II - Tratando-se de contrato de representação comercial, há lei expressa que determina o foro do domicílio do representante como o lugar apropriado para dirimir conflitos entre as partes. III - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 140.648-MG, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro).

Foro de eleição. Representação comercial. Contrato de adesão. O foro de eleição previsto no contrato de adesão, porque significa dificuldade de acesso a justiça, não tem validade. Tratando-se de contrato de representação comercial, a Lei n. 4.886/1965, com a redação da Lei n. 8.420/1992, fixa a competência do foro do domicílio do representante. Recurso não conhecido. (REsp n. 47.074-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Indefiro o efeito suspensivo.

Assim sendo, com base no acima exposto, nego provimento ao agravo.

Inicialmente, entendo que não há omissão ou desfundamentação, apesar da forma peculiar de apresentação dos argumentos, mediante transcrição de precedentes. Todavia, não se pode ter por viciado o aresto, sendo certo que se pode extrair dos precedentes citados o embasamento do acórdão, que também não necessita apreciar todas as alegações das partes, bastando apresentar aquelas que sustentam as conclusões a que chegaram os eminentes julgadores.

No mérito, é apontada ofensa aos arts. 111 do CPC e 39 da Lei n. 4.886/1965, além de dissídio jurisprudencial.

Reza o referenciado art. 39, na redação dada pela Lei n. 8.420/1992, que:

> Art. 39. Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o Foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas.

A controvérsia já foi reiteradamente enfrentada pelo STJ, até que foi recentemente pacificada no julgamento do EREsp n. 579.324-SC, de relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrighi, cujo voto condutor diz:

> Cinge-se a controvérsia a determinar a possibilidade de eleição de foro em contrato de adesão de representação comercial.
>
> De acordo com o art. 39 da Lei n. 4.886/1965, com a nova redação dada pela Lei n. 8.420/1992, 'para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas'.
>
> Muito se discute acerca da natureza desta competência, se absoluta ou relativa, notadamente se haveria a possibilidade de contratualmente deslocar o foro para o domicílio do proponente.
>
> A questão já foi objeto de diversas manifestações da 2ª Seção deste Tribunal, bem como das Turmas que a compõe, contudo sem a consolidação de um entendimento.
>
> Em um dos primeiros – se não o primeiro – precedentes sobre o tema, advindo do julgamento do REsp n. 47.074-MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 06.02.1995, a 4ª Turma, por unanimidade, consignou que 'o foro de eleição previsto no contrato de adesão, porque significa dificuldade de acesso à justiça, não tem validade. Tratando-se de contrato de representação comercial. A Lei n. 4.886/1965, com a redação da Lei n. 8.420/1992, fixa a competência do foro do domicílio do representante'.
>
> Por este mesmo caminho trilharam outros julgados, não apenas da própria 4ª Turma (REsp n. 149.759-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.09.1998), mas também da 3ª Turma (AgRg no REsp n. 473.897-MG, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 19.05.2003; e REsp n. 608.983-MG, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 12.04.2004).
>
> Vale destacar precedente da 4ª Turma, que também invalida a eleição de foro em contrato de adesão, mas com ressalva no sentido de que deve ficar 'constatada

a hipossuficiência do representante' (REsp n. 533.230-RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 03.11.2003).

Juntamente com essas decisões foram proferidas outras, afirmando que 'a competência estabelecida pelo art. 39 da Lei n. 4.886/1965, com a redação da Lei n. 8.420/1992, é de natureza relativa, podendo, pois, ser modificada pela vontade das partes, na forma da parte final do art. 111 do CPC' (CC 19.849-PR, 2ª Seção, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 13.04.1998). Entretanto, o fato da eleição de foro vir estipulada em contrato de adesão foi considerada irrelevante para aquela hipótese específica, por não ter resultado em dificuldade de acesso à justiça.

Ainda assim, também este entendimento encontrou aprovação nesta Corte, tendo sido reproduzido em acórdãos da 3ª Turma (REsp n. 11.104-SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Relator p/ acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 26.04.1999; REsp n. 63.775-DF, Relator Ministro Nilson Naves, Relator p/ acordão Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 19.06.2000; e REsp n. 255.076-MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 12.03.2001).

Na espécie, a 4ª Turma decidiu que 'a competência estabelecida pelo art. 39 da Lei n. 4.886, com a redação da Lei n. 8.420/1992, é de natureza relativa, permitindo que as partes ajustem o foro de eleição, o qual deve prevalecer a não ser nos casos em que caracterizada a hipossuficiência' (fl. 355).

A solução se aproxima bastante daquela dada para o já mencionado REsp n. 533.230-RS, também da 4ª Turma, de que a circunstância da eleição de foro estar inserida em contrato de adesão, por si só, não implica em nulidade da cláusula, devendo, além disso, haver debilidade econômica do representante frente ao representado.

A Lei n. 4.886/1965, sobretudo após as modificações impostas pela Lei n. 8.420/1992, assumiu nítido caráter protetivo do representante comercial, que na maioria dos casos atua como autônomo e tem condição econômica modesta.

Essa feição amparadora já foi reconhecida não só por este Tribunal (REsp n. 9.144-MG, 3ª Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 1º.07.1991), como pelo STF (RE n. 81.128-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 19.09.1975), tendo ambas as Cortes admitido tratar-se de 'lei de caráter social'.

Na hipótese específica do art. 39 da Lei n. 4.886/1995, conforme anota Rubens Requião, seu objetivo é assegurar ao representante comercial 'o acesso à Justiça' (Do Representante Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 277).

A despeito disso, não cabe dúvida de que a competência fixada naquele dispositivo legal é territorial e, portanto, relativa, a teor do que dispõe o art. 111 do CPC. Sendo a competência relativa, nada impede sua modificação por escrito pelas

partes, desde que não reste violado o intuito maior da lei, que é a proteção do mais fraco.

Acrescente-se, por oportuno, que o fato do foro ter sido alterado por contrato de adesão, por si só, não permite inferir pela nulidade da cláusula, devendo, para tanto, concorrer a hipossuficiência do representante e a efetiva dificuldade de acesso à justiça.

Nesse contexto, impende salientar que, embora referida Lei tenha sido editada com vista na realidade vivenciada pela grande maioria dos representantes comerciais, não se pode ignorar a existência de exceções.

Com efeito, entre os milhares de pequenos representantes comerciais autônomos, há aqueles bem sucedidos, que se organizam na forma de pessoas jurídicas de médio e, por vezes até, de grande porte e que, por isso, têm plenas condições de negociar em pé de igualdade com seus representados.

Em tais circunstâncias, ainda que a relação entre as partes continue a ser regulada pela Lei n. 4.886/1965, esta deve ser interpretada e aplicada como temperança e mitigação, sob pena da norma se transformar em instrumento de beneficiamento indevido do representante em detrimento do representado.

Dessa forma, conclui-se que a competência prevista no art. 39 da Lei n. 4.886/1965 é relativa, podendo ser livremente alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial.

No particular, conforme frisou o i. Ministro Cesar Asfor Rocha em seu voto, 'contendem duas empresas de porte razoável' (fl. 343). O i. Ministro Aldir Passarinho Junior complementa esclarecendo que 'muito embora uma das partes seja a Empresa de Navegação Aliança, de grande porte, é a outra a Agência Marítima, também de porte considerável' (fl. 345).

Realmente, segundo consta da decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, 'o valor das comissões auferidas pela autora (excepta) durante todo o contrato (pactuado somente com a excipiente) soma a importância de US$ 15.152.097,46 (quinze milhões, cento e cinqüenta e dois mil, noventa e sete dólares norte americanos e quarenta e seis centavos). Em suma, a Agência Marítima Osny Ltda. é uma empresa de grande porte e de muito destaque na região e país' (fl. 16). Aliás, o valor da causa, fixado, para efeitos fiscais, em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), corrobora tal assertiva.

O próprio TJ-SC, apesar de concluir que a embargada é uma empresa 'de porte muito mais elevado' (fl. 139), admite que a ora embargante 'não é propriamente uma empresa de pequeno porte' (fl. 138).

Assim, inegável que a embargante é, no mínimo, uma empresa de médio porte, portanto, ainda que não possa ser equiparada à embargada, não há como reconhecer sua hipossuficiência, tampouco qualquer transtorno no acesso à justiça.

Note-se que a aferição ora realizada não esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ, na medida em que partiu tão-somente daquilo que foi consignado nas decisões das instâncias ordinárias, sem implicar no revolvimento do substrato fático-probatório dos autos.

Ante os fundamentos acima declinados, dadas as peculiaridades da espécie e pedindo a máxima vênia aos i. Ministros que adotam tese diversa, deve prevalecer o entendimento contido no acórdão embargado, no sentido de ser reconhecida a validade do foro contratualmente eleito, face à inexistência de hipossuficiência, tampouco obstáculo ao acesso à justiça.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Direito Comercial. Representação comercial. Art. 39 da Lei n. 4.886/1965. Competência relativa. Eleição de foro. Possibilidade, mesmo em contrato de adesão, desde que ausente a hipossuficiência e obstáculo ao acesso à justiça.

- A Lei n. 4.886/1965 tem nítido caráter protetivo do representante comercial.

- Na hipótese específica do art. 39 da Lei n. 4.886/1995, o objetivo é assegurar ao representante comercial o acesso à justiça.

- A competência prevista no art. 39 da Lei n. 4.886/1965 é relativa, podendo ser livremente alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial.

- Embora a Lei n. 4.886/1965 tenha sido editada tendo em vista a realidade vivenciada pela grande maioria dos representantes comerciais, não se pode ignorar a existência de exceções. Em tais circunstâncias, ainda que a relação entre as partes continue a ser regulada pela Lei n. 4.886/1965, esta deve ser interpretada e aplicada como temperança e mitigação, sob pena da norma se transformar em instrumento de beneficiamento indevido do representante em detrimento do representado.

Embargos conhecidos, mas não providos.

(2ª Seção, EREsp n. 579.324-SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJe de 02.04.2008)

Verifica-se, portanto, que o entendimento último, consagrado pelo órgão uniformizador competente, é no sentido de que a competência de foro é relativa,

portanto pode ser alterada por vontade das partes ainda que em contrato de adesão, desde que não exista hipossuficiência reconhecida.

No caso específico dos autos, a situação se me afigura assemelhada à do precedente acima, porquanto não foi assinalado no aresto recorrido cuidar-se a autora, representante comercial, de empresa que teria dificuldades, por hipossuficiência, para se defender perante a Comarca de São Paulo, ainda que possa eventualmente ter menor porte que a ré. O fundamento do aresto objurgado calcou-se, exclusivamente, no fato de se tratar de um contrato de adesão (cf. fl. 106), tese repelida pela jurisprudência, agora consolidada, da Segunda Seção.

Aliás, a própria excepta, aqui recorrida, ACE Comércio de Equipamentos Industriais Ltda., reconhece ter "*higidez econômica*" (fl. 61), apenas que se diz hipossuficiente comparativamente com a excipiente, o que não é razão para se afastar a cláusula contratual de eleição do foro, já que, a toda evidência, jamais se encontraria, em um litígio, uma exata correlação de portes empresariais. Se uma das litigantes é maior que a outra, mas ambas reúnem condições de se defender adequadamente na comarca prevista na avença que celebraram, é de ser mantida a vontade constante do contrato, mesmo que de adesão.

Registro, por fim, que o argumento da recorrida, de que a ação de rescisão e indenizatória está calcada em ilícitos contratuais e extracontratuais, não tem como ser aferido pelo STJ, porquanto está cingida a apreciação da Corte ao que consta do *decisum* de segundo grau, cuja fundamentação nada versa a respeito.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para determinar a remessa dos autos para distribuição em uma das varas da Comarca de São Paulo-SP.

É como voto.

Jurisprudência da Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 88.027-MG (2007/0171806-1)

Relator: Ministro Og Fernandes
Autor: Justiça Pública
Réu: Márcia Silva de Oliveira
Suscitante: Juízo de Direito da 1a Vara Criminal de Governador Valadares-MG
Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG

EMENTA

Conflito de competência. Penal. Juizado Especial Criminal e Juiz de Direito. Crime com violência doméstica e familiar contra mulher. Crime contra honra praticado por irmã da vítima. Inaplicabilidade da Lei n. 11.340/2006. Competência do Juizado Especial Criminal.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei n. 11.340/2006, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

3. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei n. 11.340/2006.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, A Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, nos

termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 18.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de conflito negativo de competência, em que são partes o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Governador Valadares-MG, suscitante, e o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, suscitado, que se declararam incompetentes para o processar e julgar do feito.

Depreende-se dos autos que Marilza Silva de Olilveira ingressou com representação contra Márcia Silva de Oliveira, alegando ter sido ofendida verbalmente à porta de sua casa, sendo vítima de constrangimento moral, uma vez que, em virtude do acontecido, foi-lhe pedido que se retirasse do imóvel em que residia pelo proprietário do mesmo. Consta que a autora do suposto delito (arts. 139 e 140 do CP) seria irmã da vítima e que as duas estariam constantemente em atrito.

O Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, acolhendo o parecer ministerial, manifestou-se no sentido de que o caso se enquadra na hipótese da Lei n. 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que a competência para julgamento seria de uma das Varas Criminais da Comarca, uma vez que a referida lei retirou dos Juizados Especiais Criminais a competência para o processo e julgamento dos delitos desta natureza. Isto posto, encaminhou os autos à 1ª Vara Criminal de Governador Valadares-MG.

O Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Governador Valadares-MG entendeu que o caso não se enquadra nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006. Desta forma, suscitou o conflito de competência e determinou a remessa dos autos a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 13/17 pela competência do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O caso dos autos não evidencia a ocorrência de crime da Lei n. 11.340/2006, como bem asseverou o Ministério Público Federal em seu parecer.

A Lei n. 11.340/2006 definiu os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher:

> Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura-se violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão *baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (com detalhes)

A nova Lei refere-se a crimes praticados com violência familiar contra a mulher, deixando de prever delitos da mesma natureza praticados contra homem ou contra qualquer outro tipo de pessoa. Infere-se, desta forma, que o legislador tem em conta a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais.

O escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do homem (ou mulher) em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, em que possa ocorrer atos de violência contra esta mulher.

O sujeito ativo da violência doméstica tanto pode ser o homem, quanto a mulher, em virtude de o parágrafo único do art. 5º estabelecer que as relações pessoais independem de orientação sexual.

Segundo a corrente defendida por vários juristas, dentre eles Sérgio Ricardo de Souza (SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher, 2ª Edição, Juruá Editora, Curitiba, 2008), a ênfase principal da lei não é a questão de gênero, tendo o legislador dado prioridade à criação de mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem importar o gênero do agressor que tanto pode ser homem quanto mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

Para Luiz Flavio Gomes:

> Sujeito ativo da violência pode ser qualquer pessoa vinculada com a vítima (pessoa de qualquer orientação sexual, conforme o art. 5º, parágrafo único): do sexo masculino, feminino ou que tenha qualquer outra orientação sexual. Ou seja: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da violência; basta estar coligada a uma mulher por vínculo afetivo, familiar ou doméstico: todas se sujeitam à nova lei. Mulher que agride outra mulher com que tenha relação íntima: aplica a nova lei. A essa mesma conclusão se chega: na agressão de filho contra mãe, de marido contra mulher, de neto contra avó, de travesti contra mulher, empregador ou empregadora que agride empregada doméstica, de companheiro contra companheira, de quem esta em união estável contra a mulher etc. (GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Aline. Competência Criminal da Lei de Violência contra a Mulher II. Disponível no sítio <www.lfg.com.br>).

O sujeito passivo é a mulher, uma vez que a violência perpetrada pressupõe uma relação caracterizada pelo poder e submissão sobre a mulher. Resguarda-se a primazia da mulher apenas enquanto vítima, uma vez que seria inaceitável que, no mesmo ambiente doméstico ou familiar, o neto que agrida a avó esteja sujeito às regras da Lei Maria da Penha, enquanto que a neta, que pratique os mesmos atos não se submeta às mesmas regras.

É evidente, no caso, que a troca de ofensas entre irmãs não se insere na hipótese de incidência examinada. Se assim fosse, qualquer briga entre parentes daria ensejo ao enquadramento na Lei n. 11.340/2006. Além do mais, a situação dos autos não demonstra qualquer relação de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica entre autora e vítima.

Fica evidente, pela análise do caso, que o delito supostamente praticado não encerra qualquer motivação de gênero, tendo havido apenas discussões e ofensas entre duas irmãs com problemas de relacionamento preexistentes, conforme narrado na própria representação:

A vítima relata que a autora é sua irmã e que constantemente estão em atrito. Que no dia 28.02.2007, a autora foi até a casa da vítima buscar a filha da vítima para levá-la para casa da autora. Que a vítima não tinha autorizado sua filha ir para casa da tia. Pelo fato da filha da vítima não ir, a autora começou a buzinar e gritar na porta da sua casa e ainda agredindo verbalmente a vítima dizendo: 'prostituta, vagabunda, você não é gente de morar na ilha', causando constrangimento moral para a vítima. Relata ainda que o proprietário do imóvel onde a vítima mora pediu para que a mesma se retirasse do imóvel, em virtude do acontecimento.

Diante de tais considerações, *conheço do conflito de competência* e declaro competente para processamento e julgamento do feito *o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, ora suscitado*.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 89.296-PR (2007/0205220-3)

Relator: Ministro Og Fernandes
Autor: Justiça Pública
Réu: Em apuração
Suscitante: Juízo Federal da 1a Vara Criminal e Juizado Especial de Foz do Iguaçu – SJ-PR
Suscitado: Juízo Federal da 4a Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco

EMENTA

Conflito negativo de competência. Penal. Inquérito. Delito em tese de fraude de lei sobre estrangeiro e uso de documento falso em continuidade delitiva. Competência firmada pela prevenção.

1. Uma vez que se admita que o fato ocorrido em Foz do Iguaçu se amoldaria ao disposto no artigo 309 do Código Penal, a competência para processo e julgamento dos crimes em comento é do MM. Juízo Federal do Recife-PE, por força da regra descrita no artigo 78, II, **a**, do Código de Processo Penal, pois a pena cominada para o crime tipificado no artigo 304 c.c o artigo 297 do Código Penal é mais severa do que aquela cominada para o delito do art. 309 do CP.

2. No entanto, caso se entenda que a conduta se subsume ao crime descrito no artigo 304 c.c o artigo 297 do Código Penal, a competência ainda pertence ao MM. Juízo Federal do Recife-PE em decorrência da aplicação do disposto no artigo 78, inciso II, **c**, do CPP porquanto a prevenção daquele MM. Juízo Federal é inequívoca, eis que o Juízo suscitante somente veio a conhecer dos fatos em razão do recebimento destes autos e seus apensos.

3. Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, A Seção, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 18.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de conflito negativo de competência em que são partes o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal e Juizado Especial de Foz do Iguaçu-PR, suscitante, e o Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, suscitado, que se declaram incompetentes para apreciar inquérito policial instaurado com vistas à apuração do delito tipificado no artigo 309, *caput*, do Código Penal.

Depreende-se dos autos que a ré, Ana Rosa Fernandez, de nacionalidade argentina, ingressou em território nacional pela cidade de Foz do Iguaçu-PR, portando passaporte argentino sob o nome de Ana Maria Soria.

Utilizando-se do mesmo documento, partiu do Recife-PE com destino à Lisboa, Portugal, local em que teve recusada a sua entrada pelo serviço de imigração português, que constatou a falsidade do passaporte e determinou o seu imediato retorno ao local de origem, Recife-PE.

Instaurado inquérito policial, o MM Juízo Federal de Recife, ora suscitado, declinou de sua competência sob o entendimento de que: "*a competência, em regra, é determinada pelo lugar em que se consumar a infração, e o local onde o delito teria se consumado é o município de Foz de Iguaçu*." (fl. 54).

Por sua vez, o Juízo Federal paranaense suscitou o presente conflito, ao sustentar que:

> (...) admitindo-se que o fato ocorrido em Foz do Iguaçu se amoldaria ao disposto no artigo 309, do Código Penal, a competência para o processo e julgamento dos crimes em comento é do MM. Juízo Federal de Recife-PE, por força da regra descrita no artigo 78, II, **a**, do Código de Processo Penal, pois a pena cominada para o crime tipificado no artigo 304, artigo 297 do Código Penal é mais severa do que aquela cominada para o delito do artigo 309 do CP.
>
> De outro lado, admitindo-se o fato ocorrido nesta Subseção Judiciária como subsumido ao crime descrito no art. 304, c.c artigo 297 do Código Penal, a competência ainda pertence ao MM. Juízo Federal de Recife-PE em decorrência da aplicação do disposto no artigo 78, inciso II, **c** do CPP porquanto a prevenção daquele MM. Juízo Federal é inequívoca, eis que o Juízo paranaense somente veio conhecer os fatos em razão do recebimento destes autos e seus apensos. (fls. 67/v)

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 71/74 pela competência da Justiça Federal do Paraná.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Colhe-se do processado que a investigada, Ana Rosa Fernandez, de nacionalidade argentina, ingressou em território nacional através da cidade de Foz do Iguaçu-PR, usando passaporte sob o nome de Ana Maria Soria; seguiu para o Rio de Janeiro-RJ e posteriormente ao Recife-PE, de onde partiu com destino a Lisboa, Portugal, local em que foi constatada a falsidade do documento.

Determinado o seu retorno à cidade do Recife-PE, foi presa em flagrante pela Polícia Federal. Constatada a real identidade da investigada, o inquérito policial foi instaurado para apuração em tese do delito previsto no art. 309, *caput*, do Código Penal: "*usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu*".

O MM. Juízo Federal do Recife declinou da competência ao entendimento de que a acusada utilizou o documento falso para entrar no Brasil primeiramente em Foz do Iguaçu-PR, que, a seu ver, é o local da consumação do delito.

Por sua vez, o Juízo Federal paranaense suscitou o presente incidente ao vislumbrar a ocorrência, em tese, dos delitos previstos no arts. 304 e 297 do Código Penal, todos, no seu entender, a merecer processamento perante o Juízo Federal do Recife, em razão da prevenção.

Tenho que a questão restou bem elucidada na decisão do MM. Juízo suscitante, que adoto como razões de decidir, *verbis*:

> (...) Peço vênia para discordar da r. Decisão colacionada nas fls. 53/55, pois pelo que se infere de sua leitura, o MM. Juízo Federal de Recife-PE sequer aludiu ao fato, em tese, delituoso, ocorrido naquela Subseção Judiciária, referente à apresentação do passaporte falsificado pela indiciada para sair do território brasileiro com destino à Lisboa-PT, fundamentando sua decisão apenas, nos termos dos artigos 70 e 72 do Código de Processo Penal.
>
> Nada obstante, não se pode olvidar do fato ocorrido na capital pernambucana.
>
> Assim, sem a pretensão de me manifestar acerca da classificação jurídica dos fatos que, via de regra, é reservada ao juiz para o momento da prolação da sentença, destaco que, em qualquer das hipóteses de subsunção legal do primeiro fato (ocorrido em Foz do Iguaçu-PR), a competência para o processo e julgamento favorece ao Juízo Federal de Recife-PE (local de ocorrência do segundo fato).
>
> Isso porque, admitindo-se que o fato ocorrido em Foz do Iguaçu se amoldaria ao disposto no artigo 309, do Código Penal, a competência para processo e julgamento dos crimes em comento é do MM. Juízo Federal de Recife-PE, por força da regra descrita no artigo 78, II, **a**, do Código de Processo Penal, pois a pena cominada para o crime tipificado no artigo 304, c.c artigo 297 do Código Penal é mais severa do que aquela cominada para o delito do artigo 309 do CP.
>
> De outro lado, admitindo-se o fato ocorrido nesta Subseção Judiciária como subsumido ao crime descrito no artigo 304, c.c artigo 297 do Código Penal, a competência ainda pertence ao MM. Juízo Federal de Recife-PE em decorrência da aplicação do disposto no artigo 78, inciso II, **c**, do CPP porquanto a prevenção daquele MM. Juízo Federal é inequívoca, eis que esse Juízo paranaense somente veio conhecer os fatos em razão do recebimento destes autos e seus apensos.

Acrescento o seguinte precedente:

> Conflito negativo de competência. Penal. Uso de documento falso. Crime continuado. Competência firmada pela prevenção.

1. Por tratar-se de crime continuado, a competência firmar-se-á pela prevenção.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado. (CC n. 35.074-RJ, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21.03.2005)

Diante de tal contexto, *conheço do conflito de competência e declaro competente o suscitado, Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.*

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.385-DF (2006/0249998-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrante: Ramón de Souza
Advogado: Célio Mendes Dionísio e outro
Impetrado: Ministro de Estado da Saúde

EMENTA

Processo administrativo disciplinar. Servidor federal. Falta de citação pessoal. Prova emprestada. Denúncia anônima. Nulidade. Inocorrência. Independência das instâncias penal e administrativa.

1. É válida a citação feita ao procurador constituído quando ausente o servidor acusado e não demonstrado o prejuízo à defesa (art. 156 da Lei n. 8.112/1990 e art. 9º da Lei n. 9.784/1999).

2. A jurisprudência do STJ admite o uso de provas emprestadas.

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

4. As instâncias administrativa e penal são independentes (Lei n. 8.112/1990, art. 125).

5. Denegação da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Nilson Naves, que concediam a segurança.Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG).

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Nilson Naves.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 14 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJe 05.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Ramón de Souza impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, contra o ato do Ministro de Estado da Saúde que o demitiu do cargo de Guarda de Endemias, do Quadro de Pessoal da Fundação Nacional de Saúde - Funasa, objetivando, em sede de provimento urgente, a suspensão dos efeitos da Portaria n. 1.593-GM, de 13 de julho de 2006, e, ao final, a concessão da ordem para que seja anulado o respectivo processo administrativo.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 451/469 dando conta, em síntese, que o processo disciplinar administrativo obedeceu o rito previsto na Lei n. 8.112/1990, assegurando-se ao ex-servidor o exercício da ampla defesa e do contraditório, resultando a penalidade imposta de expressa determinação legal.

Recebidas as informações, o pedido de liminar foi indeferido por se confundir com o mérito da impetração, evidenciado seu caráter satisfativo.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da segurança, nos termos do parecer de fls. 474/478.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Com o ajuizamento do presente mandado de segurança, busca o impetrante a anulação do processo administrativo disciplinar e, conseqüentemente, do ato demissório dele decorrente, a Portaria n. 1.593-GM, de 13 de julho de 2006, porque eivado de vícios insanáveis, com a violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório e da inobservância do devido processo legal.

Não vejo, no entanto, como deferir a segurança.

Inicialmente, por três razões, afasta-se a nulidade do procedimento administrativo por falta de citação pessoal do impetrante: a) o texto legal não exige a citação pessoal; b) não houve, na hipótese, efetivo prejuízo, já que os autos noticiam a apresentação tempestiva de defesa técnica, elaborada pelo advogado constituído pelo servidor, e c) a lei do processo administrativo (Lei n. 9.784/1999, art. 26, § 5º) expressamente declara suprida a falta ou irregularidade com o comparecimento do servidor.

Com efeito, dispõe a Lei n. 8.112/1990, artigos 156 e 161, *verbis*:

> Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.
>
> Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.
>
> § 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.
>
> § 2º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

Como se verifica, o texto legal não exige a citação pessoal do indiciado e faculta o acompanhamento do processo por procurador constituído.

Depois, remanesce um ponto controverso quanto à citação. O impetrante diz, às fls. 21/23, que não foi cientificado pessoalmente porque se encontrava em férias. Nas informações, fl. 460, a autoridade diz ter citado o advogado constituído e mais que "no meio do prazo que lhe foi assinalado para defesa, [o impetrante] compareceu perante a Comissão para solicitar verbalmente as folhas nas quais estavam contidas as provas das imputações, no que foi atendido, levando-as ao

seu patrono". A via estreita do mandado de segurança não comporta a dilação probatória necessária para solver a questão.

Todavia, com ou sem o comparecimento do servidor indiciado, é fato incontroverso que a defesa escrita, elaborada por defensor qualificado, foi apresentada tempestivamente.

No ponto, atente-se para o que declara a autoridade apontada como coatora:

> Conforme consta dos autos, o indiciado foi notificado por meio do seu advogado porque não foi encontrado em sua residência, sendo noticiado que estava viajando sem se saber para onde. Consta, ainda, que, no meio do prazo que lhe foi assinado para a defesa, compareceu perante a Comissão para solicitar verbalmente as folhas nas quais estavam contidas as provas das imputações, no que foi atendido, levando-as ao seu patrono. O seu advogado preparou a defesa, entregando-a tempestivamente.
>
> Como se vê, não houve prejuízo à defesa. Aplica-se aqui o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo que não há que se falar em nulidade. (fl. 460)

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no entendimento de que, não demonstrado efetivo prejuízo à defesa, não há que se falar em nulidade do ato demissório.

Confiram-se:

> A - Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública federal. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Desídia. Via mandamental escorreita. Decadência afastada. Violação à ampla defesa e ao contraditório não caracterizados. Julgamento de acordo com a prova dos autos. Segurança denegada.
>
> (...)
>
> 5 - Não há que se falar em violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando demonstrado que, após a citação prévia, a impetrante teve oportunidade de arrolar testemunhas, bem como apresentar defesa escrita, exercendo plenamente o contraditório, como por exemplo, com amplo direito de presença às audiências, enfim, de participar ativamente de toda a instrução.
>
> 6 - Igualmente, não prospera a alegação de que a pena aplicada foi desproporcional face a conduta sem importância e nenhuma conseqüência prática, tendo em vista a quantidade de benefícios irregulares concedidos pela impetrante, devidamente relacionados, sem mencionar os prejuízos causados aos cofres da

Previdência. Ainda que a Comissão Processante haja sugerido a pena de suspensão, à conduta da impetrante, devidamente tipificada, incide a imposição legal da demissão. Não há, portanto, que se falar em pena injusta, ilegal, imoral ou com desvio de finalidade. Impossível o abrandamento da pena aplicada, tendo em vista o disposto nos artigos 117, inciso XV e 132, inciso XIII, ambos da Lei n. 8.112/1990. Precedente (MS n. 7.376-DF). Correto o ato demissório.

7 - Preliminares de decadência e inadequação da via eleita afastadas, no mérito, segurança denegada. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.

(MS n. 8.858-DF. Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 08.03.2004).

B - RMS. Administrativo. Policial civil do Estado do Pará. Processo administrativo disciplinar. Manipulação de cópias. Ausência de prova pré-constituída. Pena de demissão. Anulação. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não vislumbrada. Irregularidades. Ausência de prejuízo. *Writ* impetrado como forma derradeira de insatisfação com o robusto e conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.

I - O mandado de segurança reclama prova pré-constituída do direito líquido e certo invocado, não servindo para aferir a idoneidade de documentos carreados aos autos.

II - A Constituição da República (art. 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa. Caracterizado o respeito aos mencionados princípios, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar, em face de irregularidades no mandado de citação, na oitiva de testemunhas, bem como na prorrogação do prazo conclusivo do processo disciplinar, vez que não restou comprovado prejuízo para o servidor. Aplicável à espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*.

III - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o *writ* é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o robusto e conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.

IV - Recurso conhecido, mas desprovido.

(RMS n. 11.932-PA. Relator o Ministro Gilson Dipp. DJU de 15.10.2001).

Por sua vez, o art. 26 do Estatuto do Processo Administrativo Federal, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe, *verbis*:

> *Art. 26.* O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.
>
> (...)
>
> *§ 5º* As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Em sede doutrinária, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, ao comentar esses dispositivos, em "O Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal" (Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 47), com reconhecida autoridade, observa:

> O art. 26 tem igual sentido. O mesmo impõe - o que se traduz na forma verbal 'determinará' - a intimação do interessado para tomar ciência de decisão ou efetivar diligências, contendo os seis incisos do § 1º os dados que a mesma 'deverá conter'. Em princípio, considerando tal redação, os mesmos são obrigatórios. Levando-se em conta, todavia, que sua finalidade básica é propiciar o pleno exercício do direito de defesa, ainda que seja feita sem a estrita observância de tais requisitos, será válida e eficaz, atingindo seu objetivo, fiel ao vetusto princípio que aqui também incide, segundo o qual não há nulidade do ato processual praticado de forma diversa, se daí não resultar prejuízo ao destinatário.

E, mais adiante, completa:

> O § 5º comina a pena de nulidade às intimações feitas sem a observância dos requisitos legais, ressalvando, todavia, que o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade. A despeito da redação imperativa da primeira parte de tal parágrafo, não é razoável se acoimar de nula a intimação que não tenha observado um ou mais requisitos do § 1º se, no entanto, atingiu comprovadamente, a sua finalidade, circunstância a ser aferida concretamente.

Quanto aos documentos oriundos de outro processo disciplinar, a jurisprudência do STJ admite o uso de provas emprestadas.

Vejam-se:

> A - Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Demissão de servidor. Processo administrativo disciplinar. Ilegalidade. Ausência de ampla defesa. Inexistência.
>
> 1. Não carece de motivação o ato de instauração de processo administrativo disciplinar que tenha a integrá-lo extenso relatório em que se descreve minuciosamente os fatos imputados ao servidor.

2. A prova emprestada tem existência reconhecida na doutrina e jurisprudência pátrias, valendo como tal a que foi produzida no processo-crime a que responde o servidor, e que foram juntadas nos autos do processo administrativo disciplinar.

3. Não há falar em cerceamento de defesa, se a interessada esteve presente em todos os atos processuais e ofereceu não apenas a sua defesa prévia, mas também as suas alegações finais.

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal é firme em que a nulidade do processo administrativo disciplinar somente é declarável quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, por força do princípio *pas de nullité sans grief*.

5. A extinção da punibilidade no processo-crime, em face da consumação da prescrição retroativa, nada influi no processo administrativo porque, ressalvadas as hipóteses de inexistência material do fato e de negativa de sua autoria, as instâncias penal e administrativa são autônomas.

6. Recurso improvido.

(RMS n. 7.685-PR. Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 04.08.2003).

B - Recurso ordinário. Processo administrativo disciplinar. Ato delegado a Secretário de Estado. Possibilidade. Prova emprestada. Legalidade. Contraditório e ampla defesa respeitados. Ausência de advogado no interrogatório. Não demonstração de prejuízo. Recurso desprovido.

I - A Lei Estadual n. 10.460/1988, art. 312, III, **a**, autoriza o Governador do Estado a delegar a competência de aplicar demissão a servidores ao Secretário de Estado. Sintonia com a ordem constitucional vigente (Precedentes).

II - A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar.

III - Fundamentação do julgamento final do processo administrativo disciplinar não limitada ao conteúdo de escutas telefônicas. A via eleita impõe ao impetrante a produção da prova pré-constituída. Não apresentação da íntegra do processo administrativo disciplinar que pudesse desqualificar os fundamentos apresentados na decisão final desse processo.

IV - Necessidade de demonstração de prejuízo para a defesa, em razão da ausência de advogado quando do interrogatório, para fins de nulidade do processo disciplinar, o que não ocorreu na espécie. Inexistência, à época, de legislação que estabelecesse a obrigatoriedade da presença de advogado no interrogatório.

> V - A autoridade que julga o processo administrativo disciplinar não está vinculada à conclusão do relatório final da comissão. Decisão final devidamente fundamentada.
>
> VI - Recurso ordinário desprovido.
>
> (RMS n. 20.066-GO. Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 10.04.2006)

No que diz com o processo administrativo ter origem em denúncia anônima, é bem verdade que a Lei n. 8.112/1990, em seu artigo 144, requer a formulação por escrito, com identificação e endereço do denunciante. Por outro lado, não há expressa determinação legal para que denúncias anônimas sejam ignoradas e simplesmente arquivadas, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração, e, por via de conseqüência, ao administrador público.

A questão, na verdade, não é nova nesta Corte. Quando da decisão do MS n. 7.069-DF, julgado em 14.02.2001, decisão unânime, o Relator, Ministro Felix Fischer, fez constar do voto condutor do acórdão:

> Além disso, o fato de as denúncias serem anônimas não acarretaria, necessariamente, a nulidade do processo. A previsão do art. 144 busca dar maior segurança ao servidor público, evitando que possa vir a ser denunciado caluniosamente por outro colega ou terceiro protegido no anonimato. Mas isso também não significa que a denúncia anônima deva ser absolutamente desconsiderada, acarretando, inclusive, nulidade na raiz do processo. É possível que ela venha a ser considerada, devendo a autoridade proceder com maior cautela, de modo a evitar danos ao denunciado eventualmente inocente.
>
> Sobre o tema, vale conferir o comentário de Palhares Moreira Reis (Processo Disciplinar, Consulex, 2ª edição, 1999, p. 79/80):
>
>> Pode a denúncia ser apresentada por qualquer cidadão, servidor ou não, por qualquer pessoa jurídica e, ademais, por partido político, associação ou sindicato.
>>
>> O que não se pode aceitar, como se disse antes, é a denúncia anônima pela hoje expressa vedação constitucional ao anonimato, contida no inciso IV do art. 5º, que não se refere, exclusivamente, às manifestações pela imprensa e à transmissão de conhecimentos. Aí tem, indiscutivelmente, maior peso, mas não é de se aceitar a veiculação de denúncias e opiniões, emanadas em e para órgãos de Governo, sem que se saiba sua autoria, ficando o autor sem a responsabilidade pela informação, até possivelmente caluniosa, como se disse. Mas, como onde há fumaça há fogo, é possível que a denúncia anônima tenha conteúdo de verdade, levando o administrador que a recebe a proceder com as devidas cautelas, como se fosse uma denúncia não formalizada.

> Daí a lei exigir a identificação e o endereço do denunciante, para que se possa confirmar a origem e a autoria. Ressalta Wolgram Ferreira que tais informações devam ser devidamente confirmadas, a fim de se evitar a falsidade. E que seja a denúncia formulada por escrito, como hoje exige a lei, também com o objetivo de se ver confirmada a autenticidade.

Nesse sentido, há outros precedentes, dentre os quais:

> Administrativo. Servidor público. Militar. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Carta anônima. Licitude. Dilação probatória. *Writ*. Via inadequada.
>
> I - A carta anônima é meio hábil para a instauração de processo administrativo disciplinar, cabendo à Administração a apuração dos fatos narrados na denúncia, ainda que apócrifa.
>
> II - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de *mandamus*.
>
> Recurso desprovido.
>
> (RMS n. 19.224-MT. Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 1º.07.2005).

Quanto à alegação de que a justiça penal ainda não se manifestou sobre o caso (fl. 46), é farta a jurisprudência desta Corte no sentido de que as instâncias administrativa e criminal são independentes (Lei n. 8.112/1990, art. 125). Confira-se:

> Administrativo. Delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Pena de demissão. Prazo prescricional. Infração disciplinar capitulada como crime. Condenação na esfera criminal. Repercussão na esfera administrativa. Lei Complementar Estadual n. 207/1979. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Recurso ordinário parcialmente provido.
>
> 1. É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do Juízo criminal que negar a existência ou a autoria do crime.
>
> 2. Havendo o cometimento, por servidor da Polícia Civil do Estado de São Paulo, de infração disciplinar capitulada também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição da lei penal e as interrupções desse prazo da Lei Complementar Estadual n. 207/1979, ou seja, os prazos são os da lei penal, mas as interrupções do Regime Jurídico, porque nele expressamente previstas.
>
> 3. Na hipótese, o recorrente foi condenado na esfera criminal a dois anos de reclusão tendo em vista a prática do crime previsto nos arts. 50, III, e 51, parágrafo

único, I, da Lei n. 6.766/1979, por realização de vendas de terrenos em áreas não loteadas, de modo que o prazo prescricional é de 4 anos (arts. 109, V, e 110 do CP). *In casu*, a Administração teve conhecimento dos fatos imputados ao recorrente em 19.11.1998; em 30.6.2000 foi instaurado processo disciplinar, interrompendo o prazo prescricional; já a pena de demissão foi aplicada em 23.7.2004, quando já havia transcorrido integralmente o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado.

4. Recurso ordinário provido. Concedida a ordem para determinar a reintegração do recorrente ao cargo com feitos patrimoniais pretéritos a partir da data da impetração – Súmulas n. 269 e 271 do STF e art. 1º da Lei n. 5.021/1966.

(RMS n. 21.930-SP, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 23.10.2006)

Por fim, há a alegação genérica de que a demissão do impetrante é injusta, já que a penalidade deve ser aplicada dentro dos parâmetros legais, com a observação do princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência desta Corte tem assentado a compreensão de que, embora seja vedado ao Poder Judiciário incursionar no chamado mérito administrativo, é possível o exame da legalidade da punição disciplinar sob o enfoque do aludido princípio da proporcionalidade.

Confira-se:

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Processo disciplinar. Demissão. Capitulação da infringência. Diferença entre o relatório da comissão e o ato indigitado. Agravamento da pena: Demissão. Sugestão da pena de suspensão. Desproporcionalidade.

Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas, por outro lado, compete-lhe a análise acerca da proporcionalidade da penalidade imposta, nos termos de farto entendimento jurisprudencial.

Mesmo sendo clara em relação à ausência de comprovação de lesão ao erário e de dolo por parte do recorrente, a autoridade coatora entendeu pela presença da desídia, e assim alterou a capitulação da infringência, aplicando, com evidente falta de proporção, a pena demissória.

Recurso provido, com a concessão parcial da ordem para determinar a anulação da demissão e a conseqüente reintegração do recorrente, resguardando à autoridade coatora a aplicação da penalidade sugerida pela Comissão.

(RMS n. 19.774-SC, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 12.12.2005).

Todavia, não há, nos autos, elementos suficientes para aquilatar os argumentos do impetrante e, em segundo passo, aferir a proporcionalidade da sanção.

É que o ato demissório, a Portaria n. 1.593-GM, de 13 de julho de 2006, cópia à fl. 226, apresenta como fundamento da penalidade aplicada a transgressão dos artigos 117, inciso IX e 132, inciso XIII da Lei n. 8.112/1990, "tendo em vista o que consta no Processo n. 25100.018546/2003- 71".

Desse feito administrativo, o impetrante trouxe aos autos, no que importa, tão-somente o relatório da comissão processante, fls 81 a 149, em que se sugere a aplicação da penalidade de suspensão, nada colacionando com relação às razões que levaram o Ministro de Estado da Saúde a impor sanção mais severa.

A autoridade impetrada, em suas informações, anotou:

> Após a fase apuratória, a Comissão Processante concluiu pela responsabilização do ex-servidor, ora impetrante, sugerindo a pena de suspensão por 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da reparação de danos à Fazenda Pública, sob os seguintes fundamentos:
>
> > 1. Ramón de Souza, ocupante do cargo efetivo de Guarda de Endemias, matrícula Siape n. 1141169, do Quadro de Pessoal da Funasa, cedido à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, descumpriu os deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo, ser leal às instituições a que servir, observar as normas legais e regulamentares, zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público e manter conduta incompatível com a moralidade administrativa, previstos no art. 116, incisos I, II, III, VII e IX, e infringiu a obrigação funcional de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública, prevista no art. 117, inciso IX, todos da Lei n. 8.112/1990.
>
> Em fase de julgamento, proferido pelo Ministro de Estado da Saúde, aprovou-se o parecer emitido pela Consultoria Jurídica, no teor das razões de fato e dos fundamentos de direito por ela apresentados, a partir do conjunto probatório constante dos autos.
>
> A Consultoria Jurídica, em parte, divergiu da conclusão apresentada pela Comissão Processante. Analisando os fatos e comprovadas as condutas ilícitas que se enquadraram nos artigos 116, incisos I,II, III, VII e IX e 117, inciso IX, a penalidade de demissão emana do artigo 132, inciso XIII, ficando absorvida a penalidade de menor gravidade.
>
> Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato.

> Como se vê, a Comissão Processante incorreu em equívoco ao indicar penalidade de suspensão para o indiciado por condutas ilícitas comprovadas no processo, em que foi obedecido o devido processo legal com o oferecimento do contraditório e da ampla defesa, e enquadradas no artigo 117, inciso IX, da Lei n. 8.112/1990, com penalidade prevista no artigo 132, inciso XIII, *in verbis*:
>
> > Art. 132 - A demissão será aplicada nos seguintes casos:
> >
> > (...)
> >
> > XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do artigo 117.
>
> Caracterizada a infração disciplinar antevista no art. 132, inciso XIII, da Lei n. 8.112/1990, é compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, não cabendo à autoridade julgadora juízo de discricionariedade. A medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se reveste este dispositivo (fl. 457)

Como visto, a demissão foi imposta porque o Ministro de Estado acolheu os fundamentos lançados no parecer da Consultoria Jurídica, este, repita-se, não juntado aos autos.

Destaque-se, ainda, que a convicção da autoridade, pelo que se extrai das informações, está assentada nas provas testemunhais e documentais constantes do volumoso processo disciplinar, este composto, pelo que se anuncia, de cerca de quatro mil folhas.

Resulta daí que examinar se a penalidade imposta ao impetrante acabou por não observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade demandaria revisão de todo o acervo fático-probatório constante dos autos originais do processo administrativo disciplinar, providência vedada em sede de mandado de segurança, que reclama prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito vindicado.

A propósito, confira-se:

> A - Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Atos de improbidade. Inocência. Dilação probatória. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Violação. Não-ocorrência.
>
> 1. Pena de demissão aplicada em Processo Administrativo Disciplinar com suporte no acervo probatório e com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.
>
> 2. Não se demonstra, de plano, violação ao princípio da proporcionalidade se no procedimento administrativo conclui-se pela prática de condutas ilícitas a que a lei comina a pena de demissão.

3. A aferição de inocência da Impetrante pela alegada inexistência dos atos de improbidade, é inviável na via eleita, já que demandaria o reexame do conjunto fático-probatório colhido no bojo do processo disciplinar.

4. Mandado de segurança denegado, com ressalva à Impetrante da utilização das vias ordinárias.

(MS n. 9.116-DF, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 10.11.2003).

B - Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Policial rodoviário federal. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Necessidade de dilação probatória. Ausência de liquidez e certeza. Extinção, sem apreciação do mérito.

1 - Na via processual constitucional do mandado de segurança, a liquidez e certeza do direito deve vir demonstrada *initio litis*, não comportando discussão sobre a matéria objeto da prova no âmbito do processo administrativo disciplinar.

2 - No caso *sub judice*, diante da controvérsia fática existente quanto à validade da documentação produzida nos autos do referido procedimento administrativo, percebe-se a necessidade de uma dilação probatória eficaz, possível somente na via ordinária.

3 - Precedentes (MS n. 6.265-DF e 3.726-DF).

4 - Extinção do *writ*, sem apreciação do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*. Incabíveis honorários advocatícios, nos termos das Súmulas n. 512-STF e 105-STJ.

(MS n. 8.224-DF, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJU de 17.02.2003).

No mesmo sentido, confira-se, ainda, precedente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Servidor público. Demissão por ato de improbidade. Princípio da proporcionalidade. Pena menos severa.

O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como *custos legis* (art. 10 da Lei n. 1.533/1951), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança.

Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.

Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e,

> em conseqüência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/1990, e 11, inciso VI, da Lei n. 8.429/1992.
>
> Conclusão diversa demandaria exame e reavalização de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento incomportável na via estreita do *writ*, conforme assentou o acórdão recorrido.
>
> Recurso ordinário a que se nega provimento.
>
> (RMS n. 24.901-DF, Relator o Ministro Carlos Britto, DJU de 11.02.2005)

Ante o exposto, denego a segurança, ressalvado ao impetrante, é claro, a busca do direito alegado nas vias ordinárias.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Consoante se depreende do relatório do eminente Ministro Paulo Gallotti, relator, trata-se de mandado de segurança impetrado por Ramón de Souza contra ato do Ministro de Estado da Saúde, consubstanciado na edição da Portaria n. 1.593-GM, de 13.07.2003, que o demitiu do cargo de Guarda de Endemias do Quadro de Pessoal da Fundação Nacional de Saúde, por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública.

Diante da divergência apresentada entre a penalidade sugerida pela comissão processante, de suspensão por 60 (sessenta) dias, e daquela efetivamente aplicada pela autoridade impetrada, de demissão, mais gravosa, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, considerando o disposto na Lei n. 8.112/1990, *verbis*:

> Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.
>
> Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Ocorre que, ao compulsar os autos, verifico que eles se encontram desprovidos do parecer da Consultoria do Ministério da Saúde, peça na qual se embasou a autoridade impetrada para agravar a penalidade imposta, o que prejudica a análise acerca da observância ou não do referido preceito legal.

Do relatório da comissão processante extraio o seguinte excerto, que bem demonstra as irregularidades praticadas pelo impetrante, conforme apuradas administrativamente (fls. 142/144):

a) Que, na condição de Chefe do Distrito Sanitário de Morrinhos, autorizava o Sr. Túlio Santiago, que era de convênio de prefeitura e tinha atribuição exclusiva de "preparar estatística das diversas endemias", a receber, no comércio local, vários tipos de materiais a saber: construção; informática; expediente, função esta que era reservada à Seção de Material. E os materiais não davam entrada no almoxarifado.

b) Que, na mesma condição (chefe) anuía em que o Sr. Túlio Santiago comprasse fiado no comércio local e assinasse Notas promissórias, debitando-as na conta da Funasa.

c) Que preparou e ordenou pagamento em processo de aquisição de autos peças (Proc. n. 25164.000.062/00-43) destinado ao veículo Engesa de Placas KCW-5648 e não as aplicou no referido veículo, pois o conserto da viatura já havia sido feito na Cidade de Piracanjuba, às expensas da Prefeitura Local, por intermédio do servidor Walter do Nascimento Filho.

d) Que efetuou pagamento antecipado em processo de compras (Proc. n. 25164.000.067/00-67), em flagrante desrespeito aos arts. 60, 61, 62 e 63 da Lei n. 4320, de 17 de março de 1964.

e) Que requisitou a realização de despesas para aquisição de materiais de construção para a reforma dos Postos de Abastecimento de Aparecida de Goiânia e Nerópolis (Proc. n. 25164.000.216/99-18), Laboratório de Caldas Novas (Proc. n. 25164.000.117/99-28), Posto de Abastecimento de Caldas Novas e Saneamento (Proc. n. 25164.000.119/99-53), ficando constatado que ditos materiais não foram entregues no local do destino, nem armazenados no almoxarifado do Distrito Sanitário de Morrinhos.

f) Que recebeu um armário de fórmica adquirido da Firma R. A. Fernandes, destinado a suprir necessidade do Laboratório de Caldas Novas e o referido móvel não foi para o destinado, nem deu entrada no almoxarifado.

g) Que emprestou o tanque de combustível do Distrito Sanitário de Morrinhos para o empresário Éder de Lima, sem ter autorização para tal, em confronto com a norma, segundo a qual, o administrador não pode transacionar com os bens da União, exceto em casos previstos em lei.

h) Que se utilizava de uma prática administrativa irregular que era mandar um servidor receber material no comércio local e mandar outro atestar o recebimento nas notas fiscais. Quando, quem devia atestá-las era o próprio recebedor.

i) Que adquiriu peças de motocicleta na firma Moto Moura, de propriedade do Sr. Pedro Ricardo Moura e o material não foi entregue, conforme depoimentos do servidor Otalibas de Silva Maranhão e da Srª Gilda Maria de Morais.

j) Que autorizava pessoas estranhas ao Distrito Sanitário de Morrinhos a retirar combustível no Posto Pomarino, em nome da Funasa, através de notas de fornecimento assinadas pelos Srs. Nilo, Otaciano e Yuri, conforme documentos estacionados às fls. 3.880 a 3.885.

Consoante se verifica acima, o impetrante praticou graves irregularidades nos procedimentos de aquisição de materiais e serviços, segundo o apurado pela comissão processante. Nesse cenário, entendo que os bons antecedentes funcionais, por si sós, não se apresentam suficientes para determinar a aplicação de pena mais branda, tal como a de 60 (sessenta) dias de suspensão, sugerida pela comissão processante.

Além disso, conforme bem ressaltado no voto proferido pelo Ministro Paulo Gallotti, relator, o processo administrativo disciplinar se apresenta bastante volumoso, composto de mais de 4 (quatro) mil páginas. No entanto, o presente *mandamus* veio instruído com aproximadamente 370 (trezentos e setenta) páginas daqueles autos.

Em conseqüência, à míngua de todos os elementos que compõem aqueles autos, não há como formar uma convicção segura a respeito da alegada violação aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Ante o exposto, *acompanho* o eminente relator para *denegar a segurança*.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Após os votos dos Ministros Paulo Galloti (relator), Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima, chegam os autos a mim para a análise de alguns pontos que entendi relevantes para o deslinde da controvérsia, quais sejam, o início das investigações por meio de denúncia anônima, a utilização de "prova emprestada" e a razoabilidade da sanção disciplinar aplicada.

Apenas para rememorar a questão posta em debate, informo que o presente mandado de segurança foi ajuizado contra ato do Ministro do Estado da Saúde que demitiu o impetrante do cargo de Guarda de Endemias, "por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública". Em sua defesa, o servidor argumenta que o processo administrativo que culminou na sua demissão possui vícios insanáveis, tais como ausência de citação pessoal, instauração a partir de denúncia anônima, uso de "prova emprestada" proveniente de outros processos disciplinares e injustiça na

aplicação da reprimenda, considerados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Aponto que os Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima denegaram a segurança, porquanto verificaram não existir qualquer vício no processo administrativo disciplinar capaz de ensejar a sua nulidade, assim como não estar configurada ofensa aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da sanção disciplinar.

Passo ao exame dos temas referentes à denúncia anônima, à prova emprestada e à razoabilidade da pena de demissão e, desde logo, acentuo que perfilho o entendimento adotado pelos eminentes ministros que me antecederam.

Em relação ao uso da "prova emprestada" proveniente de processos administrativos disciplinares anteriores, em que o impetrante também foi investigado, razão não lhe assiste. Com efeito, no que se refere ao uso de tal meio de prova em processo administrativo disciplinar, este Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, concluiu por seu cabimento se observados o contraditório e ampla defesa. Sobre o tema, segue julgado deste Colegiado:

> Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Legalidade. Mérito administrativo. Reexame de provas. Prova emprestada. Legalidade. Contraditório e ampla defesa respeitados. Segurança denegada.
>
> (...)
>
> 4. "A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar" (RMS 20.066-GO, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 10.04.2006).
>
> 5. Segurança denegada.
>
> (MS n. 11.965-DF, Relator Ministro Paulo Medina, Rel. p/ Acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 18.10.2007)

No caso em apreço, o impetrante se insurge contra o aproveitamento, no processo administrativo disciplinar que resultou na sua demissão, das provas coligidas em processos disciplinares anteriores, nos quais figurou como investigado, anulados pela Administração por falhas procedimentais. Não observo, todavia, qualquer nulidade na utilização dessas evidências, pois, do exame da documentação acostados aos autos, verifico que, tanto nos processos administrativos disciplinares em que colhidas, quanto naquele em que aproveitadas, foi garantida ao servidor investigado a oportunidade de

contraditá-las, em observância ao disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, assegurando-se, portanto, o contraditório e a ampla defesa.

De outra parte, no tocante à nulidade *ab initio* de toda a investigação, pois iniciada a partir de carta apócrifa, conquanto a regra do art. 144 da Lei n. 8.112/1990 estabeleça a necessidade de a denúncia contra servidor público federal ser por escrito e com a identificação e endereço do denunciante, assinalo que tal circunstância, *per se*, não conduz ao resultado pretendido pelo impetrante. De fato, consoante alegado pelo eminente ministro relator, esta Terceira Seção possui entendimento no sentido de que o início da apuração por delação anônima não acarreta, por si só, a nulidade do processo administrativo disciplinar, desde que a Administração - que possui o poder-dever de investigar todas irregularidades que chegam ao seu conhecimento, inclusive aquelas reveladas de forma anônima - proceda "com a maior cautela, de modo a evitar os danos ao denunciado eventualmente inocente" (MS n. 7.069-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 12.03.2001).

E na situação em exame, o administrador público assim procedeu, tendo em vista que, consoante se infere do documento de fls. 83/85, recebida na Fundação Nacional de Saúde a representação do Sindicato dos Servidores Públicos Federais no Estado de Goiás, que encampou a denúncia anônima apresentada em desfavor do impetrante, determinou-se "uma averiguação documental e que seja elaborado um relatório circunstanciado dos fatos e atos pormenorizados na denúncia. A partir do resultado desse relatório circunstanciado, é que se promove ou não uma Sindicância para apurar os fatos".

Verifica-se, portanto, que a Administração, no caso concreto, agiu com a devida cautela, diante da carta apócrifa que chegou ao seu conhecimento, pois, em vez de ordenar desde logo a instauração de uma sindicância, determinou a prévia apuração das irregularidades narradas na denúncia anônima, de modo a averiguar a sua plausibilidade, que, uma vez constatada, poderia ensejar a instituição de uma sindicância, como de fato ocorreu.

Dessa forma, a inauguração das investigações com base em denúncia anônima, na situação em exame, não constitui ilegalidade insanável na situação em exame, razão por que não prospera a irresignação do impetrante também quanto a este aspecto.

De outra parte, relativamente à imposição da pena de demissão ao impetrante, impende observar que é pacífico nesta Terceira Seção o entendimento de que a autoridade competente para a aplicação da sanção ao servidor pode dissentir das conclusões da comissão processante e decretar pena mais grave, desde que

suficientemente justificada a majoração na reprimenda, com a descrição precisa da divergência do relatório em relação ao conjunto probatório do processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 168, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990. Nesse sentido, destaco o seguinte precedente:

> Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Exercício do direito de defesa. Emissão irregular de porte de arma. Pena. Sugestão da Comissão de Inquérito. Agravamento desfundamentado. Princípio da proporcionalidade.
>
> (...)
>
> - A autoridade administrativa competente, ao efetuar o julgamento dos fatos apurados em processo administrativo disciplinar, não está vinculada às conclusões do parecer da Comissão de Inquérito, podendo aplicar sanção diversa da sugerida, mesmo mais severa, desde que adequadamente fundamentada. E ao afastar-se do sugerido no parecer, deve especificar os pontos em que o mesmo se dissocia das provas colhidas no procedimento, de modo a demonstrar a necessidade de agravamento da sanção disciplinar, na linha do comando expresso no art. 168, da Lei n. 8.112, de 1990.
>
> (...)
>
> - Segurança concedida.
>
> (MS n. 8.106-DF, Relator Ministro Vicente Leal, Terceira Seção, julgado em 09.10.2002, DJ 28.10.2002, p. 216)

Na hipótese vertente, entretanto, conforme salientado no voto-vista do proferido pelo eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, não consta dos autos o conteúdo do parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, acolhido pela autoridade coatora para fundamentar a demissão do impetrante, o que impede a realização do cotejo entre seus fundamentos e as razões do relatório final da comissão processante, para fins do exame da observância do requisito estabelecido pelo mencionado art. 168, parágrafo único, do Regime Jurídico Único. Assim sendo, revela-se inviável a impetração nesse ponto.

Além disso, no exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão do impetrante, verifica-se que a autoridade coatora, ao determinar a aplicação dessa sanção, em princípio, não se distanciou de tais postulados.

De fato, a partir da documentação acostada aos autos, embora fosse o impetrante possuidor de bons antecedentes, apurou-se, no processo administrativo disciplinar, que ele praticou, de forma reiterada, graves irregularidades na aquisição de suprimentos e serviços, assim como na guarda de bens públicos.

Não obstante a sugestão da comissão processante de se aplicar a pena de suspensão por 60 (sessenta) dias, a gravidade e a reiteração das condutas lesivas à Administração Pública verificadas durante as investigações justificam, em tese, o agravamento da sanção pela autoridade coatora.

Todavia, como salientado pelos ministros Paulo Gallotti e Arnaldo Esteves Lima, não há nos autos elementos suficientes para, de plano, concluir-se pelo acerto ou não da mencionada elevação da pena, haja vista que o processo administrativo disciplinar possuía por volta de 4 (quatro) mil páginas, ao passo que a impetração contém aproximadamente a cópia de 370 (trezentos e setenta) laudas daquele feito.

Nesse contexto, tendo-se em conta que a prova pré-constituída trazida na impetração não é suficiente para infirmar as conclusões do parecer da consultoria jurídica do Ministério da Saúde, adotado pela autoridade coatora, revela-se inviável, nesta via processual, a verificação de eventual ofensa aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto, acompanho o integralmente o voto do ministro relator e denego a segurança.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhora Ministra Maria Thereza, mas a análise não é exatamente do ato que exacerbou a pena proposta?

2. Para mim, restou claro que a pena proposta foi a de suspensão e a pena aplicada foi a de demissão. Que mágica é essa? Como se passa da advertência para a demissão? Nós não sabemos o por quê. Só quem sabe é a Administração, que não disse.

3. Entendo perfeitamente a postura de V. Exa., mas não concordo com o fato de que possa a Administração se comportar em relação ao particular como se fosse outro particular, sonegando informação, fazendo astúcias processuais, verdadeiras acrobacias para sonegar informações preciosas para o Juiz e para que ele possa decidir a seu favor.

4. Peço vênia para conceder a ordem em mandado de segurança para substituir a pena aplicada pela pena proposta.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, até que gostaria de enfrentar a questão do anonimato, mas, no caso, contento-me com a solução indicada pelo Ministro Napoleão Maia, a quem, então, acompanho, concedendo a segurança para substituir uma pena por outra, *data venia*.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.536-DF (2007/0002481-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Impetrante: Marcos Antônio Bonfim da Silva
Advogado: Valentim Theophilo dos Santos Filho e outro
Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Auditor Fiscal da Receita Federal. Enriquecimento ilícito. Remessa de valores para o exterior, sem declaração de imposto de renda. Conduta ímproba. Processo administrativo disciplinar - PAD. Prova emprestada do juízo criminal. Observância do contraditório. Independência das instâncias civil, penal e administrativa. Pena de demissão imposta pela Administração. Ausência de ilegalidade. Direito líquido e certo indemonstrado.

1. A análise das ponderações lançadas pelo Impetrante concernentes à má interpretação dos fatos pela Autoridade Administrativa demandam, necessária e inequivocamente, revolvimento das provas examinadas no PAD, o que é sabidamente vedado na estreita via do *mandamus*.

2. O direito líquido e certo, passível de ser argüido na via mandamental, deve ser demonstrado com prova documental pré-constituída, prescindindo de dilação probatória. Precedentes.

3. Não há qualquer impeço ao aproveitamento no PAD de provas produzidas no Juízo criminal, desde que devidamente submetidas ao contraditório, como ocorreu no caso em tela. Precedentes.

4. Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com

a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa.

5. A pena de demissão não é exclusividade do Judiciário. Na realidade, é dever indeclinável da Administração apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar.

6. A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Auditor Fiscal da Receita Federal, apresenta enriquecimento ilícito, por acumular bens desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda – fato esse, aliás, que também está em apuração na esfera penal –, remetendo significativo numerário para conta em banco na Suíça, sem a correspondente declaração de imposto de renda. Inteligência do art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/1990, c.c. o art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

7. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomado o julgamento: após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura acompanhando a Relatora, denegando a segurança, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Nilson Naves, que concediam a segurança. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Felix Fischer e Paulo Gallotti.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Nilson Naves

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O Dr. Valentim Theophilo dos Santos Filho sustentou oralmente pelo impetrante em 09.04.2008.

A Dra. Ana Valéria de Andrade Rabêlo sustentou oralmente pelo impetrado em 09.04.2008.

Brasília (DF), 28 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 26.09.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Marcos Antônio Bonfim da Silva em face de ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda que, por meio da Portaria n. 354, de 24 de outubro de 2006, publicada no DOU em 26 de outubro de 2006, o demitiu do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, acusado de improbidade administrativa.

Consta nos autos que o ora Impetrante, juntamente com outros, foi objeto de investigação em Inquérito da Polícia Federal instaurado para apurar possíveis crimes de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal perpetrados por servidores públicos federais e estaduais, em esquema amplamente noticiado pela imprensa nacional apelidado de "Propinoduto", mormente porque abrira uma conta corrente em banco na Genebra – Suíça, onde havia depositado US$ 128.527,00 (cento e vinte e oito mil e quinhentos e vinte e sete dólares americanos) sem a correspondente declaração de imposto de renda. A Corregedoria Geral da Receita Federal, por sua vez, instaurou Processo Administrativo Disciplinar – PAD n. 10167.000010/2003-57, para investigar o envolvimento de seus servidores, dentre os quais o ora Impetrante que, ao final, recebeu a pena de demissão do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal.

Argúi o Impetrante, em suma, a ilegalidade do ato ministerial, aduzindo que:

(*i*) O PAD – valendo-se de elementos oriundos da ação penal a que responde o Impetrante, e desconsiderando a existência de sua fonte extra de renda proveniente da empresa de Contabilidade e Auditoria, aberta com sua esposa, que continua sócia – concluiu, com base em suposições, que houve enriquecimento ilícito derivado de conduta ímproba desse servidor, mas sem demonstrar ou provar o nexo causal entre o suposto aumento patrimonial e o exercício do cargo público. E, ainda, não restou demonstrado ou provado os pretensos prejuízos

ao Erário, o que impede seu enquadramento no inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992;

(*ii*) Assevera que "*não incumbe à Administração Pública aplicar as penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992, eis que privativa do Poder Judiciário*" (fl. 09), sendo que "*a pena de demissão do servidor público somente poderá ser após o trânsito em julgado da respectiva ação de improbidade, conforme preceituado no art. 20 da Lei n. 8.429/1992*" (fl. 10).

Pede, assim, a concessão da segurança, inclusive em sede liminar, "*para que suspenda os efeitos da Portaria n. 354 do Ministro da Fazenda, e seja reintegrado ao serviço o Impetrante, nas mesmas condições em que se encontrava*" (fl. 12).

Durante o recesso forense, o eminente Ministro-Presidente desta Corte proferiu o despacho de fl. 220, determinando a colheita das informações da Autoridade Impetrada para, depois, apreciar o pedido de liminar.

As informações foram prestadas às fls. 275/296, com a juntada de documentos pertinentes à instrução do feito. Aduziu a Autoridade Impetrada, em suma, as seguintes razões:

(*i*) Inadequação da via eleita, porque, "*como se observa da exordial, as alegações do Impetrante são concernentes ao conteúdo das provas colhidas no processo administrativo disciplinar*", sendo que, "*para adentrar o mérito de sua correção, seria necessária, no mínimo, a dilação probatória, o que é processualmente inadequado em sede de mandado de segurança*" (fl. 284);

(*ii*) Intangibilidade do mérito administrativo, senão excepcionalmente, sendo vedado ao Poder Judiciário ingressar no mérito da punição aplicada contradizendo a convicção formada pela Administração em processo administrativo regularmente desenvolvido com o respeito aos princípios constitucionais basilares ligados ao devido processo legal;

(*iii*) E, além de tudo, escorreitos os bem elaborados fundamentos que nortearam a decisão impugnada.

Indeferi o pedido de liminar, nos termos da decisão de fls. 405/407, o que ensejou a interposição de agravo regimental às fls. 410/412.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 417/424, opinando pela denegação da segurança, em parecer que guarda a seguinte ementa:

> Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Processo Administrativo Disciplinar que resultou na aplicação da pena de demissão ao Impetrante, por improbidade administrativa. Alegação de irregularidade do processo administrativo disciplinar. Improcedência. Utilização, pela Comissão do PAD, de

informações constantes da ação penal ajuizada contra o Impetrante. Possibilidade. Informações que demonstraram que o Impetrante procedeu de forma incompatível com o cargo público exercido, ato esse que determinou sua demissão. Análise que se restringe aos aspectos de legalidade. Devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, atendido. Reintegração. Direito líquido e certo inexistente. Ordem que deve ser denegada.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Segundo apurado na instância administrativa, restou comprovado no transcorrer do PAD que o Impetrante, Auditor Fiscal da Receita Federal, adquiriu bens e direitos em valores desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda respectiva, evidenciando enriquecimento ilícito, com a ilegal remessa de US$ 128.527,00 (cento e vinte e oito mil e quinhentos e vinte e sete dólares americanos) para uma conta-corrente em banco na Suíça, sem a correspondente declaração de imposto de renda, caracterizando conduta ímproba incompatível com o dever funcional de honestidade, legalidade e lealdade à Instituição que representava. A constatação da Administração foi de que o ora Impetrante, com essa conduta, "*infringiu os deveres exigidos dos servidores públicos; daí emerge que essas situações estão tipificadas como transgressões ao inciso IV do art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990, com conceitos dados pelo inciso VII do art. 9º e caput do art. 11 da Lei n. 8.429, de junho de 1992*" (fl. 319).

Aduz o Impetrante que a Comissão Processante desvirtuou o Processo Administrativo Disciplinar, enveredando por uma investigação fiscal e penal, com a utilização de elementos oriundos da ação penal a que responde o servidor, inclusive uma perícia contábil feita pela Polícia Federal. Assevera que nenhuma infração administrativo-disciplinar foi apontada, tampouco qualquer ilicitude de suas condutas ou mesmo prejuízos ao erário. Sustenta ainda que o PAD concluiu, com base em suposições, que houve enriquecimento ilícito derivado de conduta ímproba do Impetrante, mas sem demonstrar ou provar o nexo causal entre o suposto aumento patrimonial e o exercício do cargo público. Argumenta que a existência de sua fonte extra de renda proveniente da empresa de Contabilidade e Auditoria, aberta com sua esposa, que continua sócia, justificaria a origem dos valores investigados, fato desconsiderado pela Comissão Processante. E, finalmente, alega que "*não incumbe à Administração Pública aplicar as penalidades previstas na Lei n. 8.249/1992, eis que privativa do Poder Judiciário*", sendo que "*a pena de demissão do servidor público somente poderá ser consumada após o trânsito*

em julgado da respectiva ação de improbidade, conforme preceituado no art. 20 da Lei n. 8.429/1992" (fls. 09/10).

A Autoridade Impetrada, por sua vez, pugnou pela inadequação da via eleita, tendo em conta a necessidade de incursão da seara fático-probatória, bem como pela intangibilidade do mérito administrativo, senão excepcionalmente, sendo vedado ao Poder Judiciário ingressar no mérito da punição aplicada contradizendo a convicção formada pela Administração em processo administrativo regularmente desenvolvido. No mais, corroborou os fundamentos que nortearam a decisão impugnada.

Como de início se percebe, a análise das ponderações lançadas pelo Impetrante concernentes à má interpretação dos fatos pela Autoridade Administrativa demandam, necessária e inequivocamente, revolvimento das provas examinadas no referido PAD, o que é sabidamente vedado na estreita via do *mandamus*. Com efeito, é jurisprudência pacífica nas Cortes Superiores que o direito líquido e certo, passível de ser argüido na via mandamental, deve ser demonstrado com prova documental pré-constituída, prescindindo de dilação probatória. Nesse sentido:

> Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Auditor Fiscal da Previdência Social. Demissão. Portaria imune de vícios. Comissão processante legalmente instaurada. Ausência de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Impossibilidade de reexame, pelo Poder Judiciário, do mérito e das provas que ensejaram a punição imposta. Ausência de prova pré-constituída. Necessidade de dilação probatória.
>
> [...]
>
> 4. A atuação do Poder Judiciário se circunscreve ao campo da regularidade do procedimento e à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo e tampouco reapreciar as provas coligidas na sindicância.
>
> 5. É cediço que, por não se admitir dilação probatória em sede mandamental, a prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída.
>
> 6. Precedentes do STJ.
>
> 7. *Writ* denegado. (MS n. 9.056-DF, 3ª Seção, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 23.05.2005.)
>
> Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Reexame das provas produzidas pela comissão processante. Impossibilidade.

Inexistência de ilegalidade na portaria instauradora do processo administrativo disciplinar. Ordem denegada.

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

2. É inviável a apreciação da alegação do impetrante no sentido de que o ato demissório não encontra respaldo nas provas constantes do processo administrativo disciplinar, porquanto o seu exame requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do *mandamus* e à competência do Poder Judiciário. Precedentes do STJ e do STF.

[...]

6. Ordem denegada. (MS n. 6.853-DF, 3ª Seção, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 02.02.2004)

No que diz respeito à impugnada juntada aos autos do PAD de documentos produzidos em ação penal, não assiste razão ao Impetrante. De fato, não há qualquer impeço ao aproveitamento no PAD de provas produzidas no Juízo criminal, desde que devidamente submetidas ao contraditório, como ocorreu no caso em tela. A propósito, colhe-se o seguinte excerto das informações da Administração, *in verbis*:

[...] nos autos da referida ação penal todos os servidores notificados no presente Inquérito Disciplinar encontravam-se devidamente representados por ilustres causídicos, alguns até de renome nacional, e todos de competência técnica indiscutível. Daí porque as constatações trazidas pelas peças acostadas ao PAD não podem sofrer as seqüelas do cerceamento de defesa e da falta do contraditório, dado que todas as provas produzidas em juízo o foram na presença dos acusados e de seus representantes, além de terem sido novamente submetidas ao contraditório no PAD.

[...]

Tenha-se presente, ainda, que parte dos elementos que necessariamente tinham de ser examinados pelo Trio Processante encontrava-se na Suíça, de onde somente podia ser obtida 'via Poder Judiciário', posto que as Comissões de Inquérito, por serem administrativas, não têm poderes de requisitar de autoridades estrangeiras quaisquer elementos. (fl. 287)

Corrobora esse entendimento, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte:

> Administrativo. Servidor público. Processo disciplinar. Ausência de prova pré-constituída. Prova emprestada. Processo criminal. Possibilidade.
>
> 1 - O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada em prova pré-constituída.
>
> 2 - Conforme precedentes, é legal a utilização de prova emprestada de processo criminal na instrução do processo administrativo disciplinar.
>
> 3 - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assim como a do Supremo Tribunal Federal, tem firme entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio *pas de nullité sans grief*. (MS n. 8.259-DF, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 17.02.2003).
>
> 4 - Ordem denegada. (MS n. 10.874-DF, 3ª Seção, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 02.10.2006.)
>
> Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Policial federal. Procedimento administrativo. Pena de demissão. Regime especial. Lei n. 4.878/1965. Capitulação. Penalidade mais gravosa. Fundamentação. "Prova emprestada". Possibilidade. Ampla defesa e contraditório exercidos.
>
> [...]
>
> A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à "prova emprestada", não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias do inquérito policial que corria contra o impetrante.
>
> Constatado o exercício do contraditório e da ampla defesa.
>
> Ordem denegada. (MS n. 9.850-DF, 3ª Seção, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 09.05.2005 - RSTJ 196/442)

Argúi ainda o Impetrante, como visto, a inexistência de demonstração de nexo causal entre o apurado enriquecimento ilícito e o exercício do cargo, ou mesmo de prejuízo ao erário, além de sustentar a impossibilidade de a Administração aplicar as penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), por ser competência exclusiva do Poder Judiciário.

Nesse ponto, percebe-se nítida confusão do Impetrante, que busca apontar um inexistente vínculo entre instâncias diversas e autônomas entre si. A propósito, dispõe a referida *Lei de Improbidade Administrativa*, *in verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...] (destaquei).

No mesmo diapasão, a *Lei n. 8.112/1990*, *in verbis*:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

A legislação aplicável, no caso, foi a *Lei n. 8.112/1990*, que dispõe:

Art. 116. São deveres do servidor: [...]

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...]

IV - improbidade administrativa;

E, como a Lei do Regime Jurídico Único não esmiúça as condutas passíveis de configurar *improbidade administrativa*, o Administrador, validamente, se utilizou, de forma subsidiária, dos conceitos e definições contidas na *Lei n. 8.429/1992*, de onde se lê:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...].

Conforme bem anotado pela Autoridade Impetrada, *litteris*:

A conduta do autor foi tipificada no artigo 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/1990. A CI, seguindo entendimento já expresso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - Parecer PGNF/CJU/N. 155/2000, *utilizou-se tão-somente dos conceitos* contidos na Lei n. 8.429, de 1992.

[...]

Como se vê, a Lei n. 8.112/1990, de 1990 apenas *se socorre subsidiariamente* da Lei n. 8.429, de 1992 *para conceituar o que é improbidade administrativa.* Ademais, inclusive o processamento do apuratório, atém-se ao rito definido na própria Lei n. 8.112/1990, de 1990. (fl. 330)

Do mesmo modo, não se mostra pertinente a afirmação de que a pena de demissão só poderia ser infligida pelo Judiciário. Na realidade, é dever

indeclinável da Administração apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar, a teor da Lei n. 8.112/1990, *litteris:*

> *Art. 143.* A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua instauração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado a ampla defesa.

Não há falar, portanto, em usurpação de competência.

Cumpre ressaltar ainda que a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública *qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*". Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Auditor Fiscal da Receita Federal, segundo a conclusão do PAD apresenta enriquecimento ilícito, por acumular bens desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda – fato esse, aliás, que também está em apuração na esfera penal –, remetendo significativo numerário (quase cento e trinta mil dólares) para conta em banco na Suíça, sem a correspondente declaração de imposto de renda.

O escólio da ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro vem ao encontro desse entendimento, *in* Direito Administrativo, 12ª edição, ed. Atlas - São Paulo, 1999, p. 479, *litteris*:

> É verdade que a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo. Daí alguns estatutos incluírem, entre os deveres funcionais, o de "proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública" e punirem com demissão o funcionário que "for convencido de incontinência pública e escandalosa". Pela mesma razão, alguns consideram que o "procedimento irregular", punível com demissão, pode abranger o mau procedimento na vida privada ou na vida funcional (cf. Carlos S. de Barros Junior, 1972: 109) (...)

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, o seguinte precedente desta Corte:

> Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor condenado na esfera penal. Instauração de procedimento administrativo. Possibilidade. Dever do servidor: "proceder na vida pública e privada, de forma que dignifique a função

pública". limite de atuação do poder judiciário. falta de indicação de mácula no referido procedimento. independência entre as esferas penal e administrativa.

O impetrante não aponta qualquer vício na instauração do procedimento administrativo disciplinar, limitando-se a argumentar sobre sua impossibilidade por cuidar-se de "repetição da ação penal". Limitação de apreciação do Poder Judiciário.

A independência entre as esferas penal e administrativa é fartamente consagrada (doutrina e jurisprudência).

No procedimento administrativo, o impetrante responde por transgressão ao dispositivo que determina ser dever do servidor proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública.

Recurso desprovido. (RMS n. 14.270-PB, 5ª Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 21.10.2002.)

O parecer ministerial da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. José Flaubert Machado Araújo, arrimado em doutrina de escol, manifestou o mesmo entendimento, *in verbis*:

[...] O fato de o PAD haver utilizado o laudo de exame contábil da Seção de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, fls. 71/76, e o relatório fiscal da Receita Federal, fl. 77, constantes da ação penal a que o Impetrante responde, não constituiu, a meu ver, qualquer ilegalidade, tendo em vista que tais informações foram importantes para embasar as conclusões quanto à irregularidade da conduta funcional do Impetrante.

Finalmente, improcede a afirmação do Impetrante de que sua demissão havia sido determinada com base nos arts. 9º, VII, e 11, da Lei n. 8.249/1992, cuja competência para aplicação das penalidades é privativa do Poder Judiciário.

De acordo com os autos, a prática do ato de improbidade administrativa restou demonstrada pelas informações levantadas pela Comissão do PAD. Tal conduta está expressamente tipificada no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990.

Assim, ainda que assista razão ao Impetrante quanto à alegação de que a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992 é privativa do Poder Judiciário, registro que os ilícitos administrativos são julgados e punidos pela própria Administração com fundamento nos arts. 127 a 142, da Lei n. 8.112/1990.

Portanto, no presente caso, não há impedimento à punição do Impetrante na esfera administrativa com base no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990, porque o conjunto de provas existente no PAD demonstrou que o Impetrante procedeu de forma incompatível com o cargo público exercido, ato esse que determinou sua demissão.

Nesse sentido, relevante citar trecho do artigo intitulado "O Dever de Probidade e o Administrador Público", do jurista José Alfredo de Oliveira Baracho (SAMPAIO, José Adércio Leite, ut (org.). Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei n. 8.429/1992, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 212):

> (...) A compreensão do elemento subjetivo da improbidade é também ponto essencial para definir as formas do enriquecimento ilícito, causador de prejuízo ao erário ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas, por ação meramente culposa, na ocorrência da negligência, da imprudência ou imperícia. O elemento disciplinar da improbidade é o dolo. A conduta inescrupulosa do agente público não requer o dano efetivo, desde que a punição possa ocorrer mesmo quando não tenha sido alcançado este objetivo. A objetividade jurídica tutelada por essa infração não é acervo patrimonial público, mas atinge a credibilidade do serviço público, que não pode transgredir com os comportamentos que ferem a honra e a dignidade do serviço público e daqueles que exercitam tais atividades. Contenta-se a compreensão do instituto que basta a exteriorização da intenção desonrosa do servidor público, de conformidade com o art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/1990, quando a conduta enquadra nos tipos genéricos por específicos estabelecidos na Lei n. 8.429/1992.

Ante o exposto, *denego* a segurança, ressalvado ao Impetrante as vias ordinárias, restando prejudicada a análise do agravo regimental.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, acompanho o bem fundamentado voto da Sra. Ministra Relatora e, pelo que acabamos de ouvir, efetivamente, a matéria não é suscetível de exame por meio do mandado de segurança, dada a sua complexidade. Aliás, um dos artigos que alicerçou o ato administrativo impugnado foi o de n. 11 da Lei n. 8.429.

Ele diz o seguinte:

> Constitui ato de improbidade, que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. E acrescenta: "notadamente."

Então, "notadamente" denota o caráter exemplificativo dos sete incisos enumerados.

Por outro lado, esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, *data venia*, não tem força persuasiva no sentido de entender que, havendo improbidade

administrativa, a demissão só poderia ser feita depois do julgamento, se procedente a ação. Primeiro, não houve revogação do estatuto no ponto; segundo, como foi acentuado pela eminente Relatora, há as instâncias administrativas, penais, etc, que são independentes, embora, evidentemente, não se trate de uma independência absoluta; terceiro, como sabemos, até mesmo na esfera criminal, quando ocorre um crime funcional, o servidor pode, eventualmente, desde que haja resíduo - é o que está na Súmula n. 18 do Supremo Tribunal Federal -, ser absolvido do crime e, no entanto, ser administrativamente apenado desde que não ocorram aquelas duas hipóteses em que a decisão criminal faz coisa julgada no crime. É o entendimento da súmula que, reiteradamente, tem sido mencionada pelo Supremo em casos específicos.

Tudo isso leva à convicção de que a matéria dessa natureza não tem como ser solvida no mandado de segurança, que pressupõe direito líquido e certo, requisito relativo à prova, como todos sabemos que deve ser indene de dúvidas.

Com essas pequenas observações, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, denegando a ordem em mandado de segurança.

VOTO-VISTA

A Sr. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por Marco Antônio Bonfim da Silva, contra ato do Ministro de Estado da Fazenda consubstanciado na demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, por improbidade administrativa (art. 9º, VII, e 11 da Lei n. 8.429/1992).

Aduz o impetrante, na exordial, que "a Comissão Processante, ao invés de apurar possíveis faltas disciplinares/administrativas, já que esta é a sua verdadeira atribuição, enveredou por uma investigação fiscal e penal, o que fugia completamente das suas obrigações, pois se baseou o tempo todo em cópia da ação penal a qual o Impetrante está respondendo, inclusive uma perícia contábil realizada pela Polícia Federal, antes mesmo que o Impetrante fizesse as retificadoras das suas declarações de Imposto de Renda" (fl. 3).

Argumenta, outrossim, que "a movimentação financeira de servidor público no exterior, incompatível com a renda e patrimônio declarado, é um indício de que possa ter havido a prática de um ilícito administrativo, porquanto o Impetrante poderia ter recebido importâncias financeiras para beneficiar qualquer contribuinte do Imposto de Renda." No entanto, sustenta, este não foi o foco de apuração da Comissão Disciplinar, "visto que a remessa de dinheiro ao exterior não está tipificada como uma infração disciplinar" (fl. 4).

No entender do impetrante, a Comissão Processante "em nenhum momento demonstrou ou mesmo provou o nexo causal entre o suposto enriquecimento ilícito, ou seja, aumento patrimonial, e o cargo público do mesmo" (fl. 6), mas se baseou "em suposições, sem levar em conta de que o Impetrante, além de ter sido sócio em uma empresa de Contabilidade e Auditoria, sempre fez as declarações de Imposto de Renda em conjunto com sua esposa, que continua sócio da empresa, e desta forma, sempre existiu lastro financeiro para justificar a abertura de uma conta corrente no exterior" (fl. 7).

Argumenta, por outro lado, que a competência para demitir servidor público por ato de improbidade administrativa é do Poder Judiciário, nos termos do artigo 20 da Lei n. 8.249/1992.

Pleiteia a concessão da segurança, "anulando assim a Portaria n. 354 do Ministro da Fazenda, publicada no Diário Oficial da União de 26 de outubro de 2006, reintegrando ao serviço a contar de 24 de outubro (data da Portaria) o Impetrante, reintegração esta com todos os seus efeitos, inclusive financeiros" (fls. 12/13).

A eminente Ministra Laurita Vaz, relatora, denegou o mandado de segurança.

Para um melhor exame da questão posta em debate, pedi vista dos autos, sobretudo para analisar a questão referente à prova emprestada.

Quanto à análise da tese de que houve má interpretação dos fatos pela autoridade administrativa, estou com a ilustre Relatora, entendendo que tal análise demandaria o reexame do conjunto probatório, inviável na via estreita do mandado de segurança.

Verifica-se, ainda, que no Relatório Final do Processo Administrativo Disciplinar, concluiu a Comissão Processante pela prática, por parte do impetrante, de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, VII, da Lei de Improbidade, bem como que o impetrante estaria incurso no *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade.

Nesse passo, deve ser refutada a alegação do impetrante de que sua demissão, baseada na prática de ato de improbidade, seria ilegal, considerando que as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, jamais pela própria Administração.

O artigo 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/1990, dispõe que a demissão será aplicada ao servidor público federal nos casos de improbidade administrativa. Conforme concluído por esta Terceira Seção, ao apreciar o Mandado de Segurança

n. 12.262-DF, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, referido dispositivo legal não foi revogado pela Lei de Improbidade Administrativa, podendo ser demitido o servidor após verificação, em processo administrativo disciplinar, da prática de ato de improbidade administrativa.

A título de ilustração, confira-se a ementa do julgado referido:

> Mandado de segurança. Servidor público. Demissão. Lei de improbidade administrativa. Revogação do regime jurídico dos servidores federais. Não-ocorrência. Desvio de função. Irrelevância. Atos ilícitos apurados que não dependiam de conhecimento técnico. Cerceamento de defesa. Não-configuração. Defesa escrita apresentada por advogado regularmente constituído. Princípio da proporcionalidade. Atos de natureza grave. Argumentação insuficiente. Segurança denegada.
>
> 1. A chamada "Lei de Improbidade Administrativa", Lei n. 8.429/1992, não revogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei n. 8.112/1990, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão-somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em conseqüência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores, tal como se deu no caso vertente.
>
> (...)
>
> 6. Segurança denegada. (MS n. 12.262-DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 06.08.2007)

No tocante à prova emprestada, tenho que irretocável o voto da ilustre relatora.

Neste Superior Tribunal de Justiça, apesar de não se tratar de questão unânime (cf., a esse respeito, voto-vista proferido pelo Ministro Nilson Naves no julgamento do MS n. 11.965-DF), prevalece o entendimento de que é possível a utilização no âmbito administrativo de interceptação de comunicações telefônicas produzidas nos autos de processo penal, desde que observado o disposto na Lei n. 9.296/1996.

Nesse sentido, confiram-se julgados da Terceira Seção:

> Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Ofensa ao devido processo legal. Inocorrência. Inexistência de sindicância. Procedimento preparatório dispensável. Reexame de provas produzidas. Impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário do mérito administrativo. Ausência

de prova pré-constituída. Não comprovação de prejuízo. Interceptação telefônica. Requerimento nos termos legais. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo disciplinar. Ordem denegada.

(...)

VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei n. 9.296/1996, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.

(...)

VIII - Ordem denegada. (MS n. 9.212-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ 1º.06.2005)

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Preliminares. Necessidade de redistribuição. Não ocorrência. Autenticação de documentos. Despicienda. Não vislumbrada litispendência. Mérito. Nulidades. Integrantes da comissão processante. Participação em processos da esfera criminal e administrativa. Ausência de imparcialidade para o julgamento. Não demonstrada. Ausência de prova pré-constituída. Ofensa ao devido processo legal. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inexistência de sindicância. Procedimento preparatório dispensável. Interceptação telefônica. Requerimento nos termos legais. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo disciplinar. Segurança denegada.

(...)

11. Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei n. 9.296/1996, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar, neste ponto, em nulidade do processo administrativo disciplinar.

(...)

13. Segurança denegada. (MS n. 12.468-DF, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), Terceira Seção, DJ 14.11.2007)

Em julgados mais recentes, proferidos em questões de ordem no Inquérito 2.424-2-RJ, o Ministro Cezar Peluso, Relator, em judiciosos votos acompanhados pela maioria do Tribunal Pleno da Corte Constitucional, autorizou o envio, aos órgãos competentes, para aplicação de sanção administrativa ao indiciado, de cópias de inquérito penal em que tinham sido realizadas interceptações de comunicações telefônicas, bem como a utilização daquelas cópias para instauração e instrução de processo administrativo disciplinar. A título de ilustração, é de bom alvitre transcrever trechos do julgado:

Mas o que de todo me não parece ajustar-se às normas discerníveis nos textos constitucional e legal, enquanto ingredientes do sistema, é que os resultados prático-teóricos da interceptação autorizada não possam produzir efeitos ou ser objeto de consideração nos processos e procedimentos não penais, perante o órgão ou órgãos decisórios competentes, contra a mesma pessoa a que se atribua, agora do ponto de vista e outra qualificação jurídica de ilicitude em dano do Estado, a prática ou autoria do mesmo ato que, para ser apurado na sua dimensão jurídico-criminal, foi alvo da interceptação lícita, como exigência do superior interesse público do mesmíssimo Estado. Ou, dito de maneira mais direta, não posso conceber como insultuoso à Constituição nem à lei o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, trate-se de inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indicado ou réu, pode ser-lhe oposta, na esfera competente, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar.

(...)

Isso tudo significa afirmar que, no âmbito normativo do uso processual dos resultados documentais da interceptação, o mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimante desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade.

Outra interpretação do art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, e do art. 1º da Lei n. 9.296/1996, equivaleria a impedir ao mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão ou recorte histórico correspondente a figura criminosa e, como tal, já licitamente apurado na órbita penal, invocar-lhe a prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do justo processo da lei (*due process of law*), no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção que quadre à gravidade do eventual ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico (DJ 24.08.2007).

Em consonância com a jurisprudência predominante desta Corte Superior de Justiça e do Excelso Pretório, entendo cabível o uso excepcional de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, mas desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja

expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, do seu envio à Administração.

Com efeito, a cópia da ação penal em que o impetrante figura como réu foi remetida ao processo administrativo com autorização específica do magistrado condutor da referida ação (fl. 103).

Ademais, a impetração não combate possível inexistência de contraditório e ampla defesa no processo penal, um dos requisitos para que a prova emprestada seja utilizada. Sequer há notícia nos autos de que não tenha havido contraditório na ação penal, razão pela qual tenho que neste aspecto merece ser reconhecida a referida prova. Veja-se, ainda, que a prova em questão é na verdade cópia de toda a ação penal em que, certamente, há advogado constituído que produziu (ou vem produzindo) a defesa do impetrante.

No âmbito administrativo, também resta incontroverso que a prova foi contraditada pela defesa, que, inclusive, suscitou a mesma tese aqui levantada (impossibilidade de utilização da prova emprestada), e em nenhum momento insurgiu-se quanto à ausência de contraditório.

Reitero que a alegação do mandado de segurança é de impossibilidade de utilização de prova emprestada, que, a meu sentir, respeitado o contraditório e a ampla defesa e enviado com autorização judicial, pode ser perfeitamente agregada ao processo administrativo, como de fato foi no presente caso.

Quanto às demais insurgências, estou também de acordo com a ilustre relatora.

Ante o exposto, acompanho a relatora e denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Maia Filho: 1. Senhor Presidente, tenho alguma dificuldade em aceitar a quebra de qualquer sigilo no processo administrativo disciplinar, porque, pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição, os sigilos só podem ser excepcionados para investigação policial ou instrução processual penal. Se se admitir que uma prova, uma quebra de sigilo, que, no processo penal, é legítima, migre para o processo administrativo a título de ser prova emprestada, estar-se-á admitindo no processo administrativo uma prova que nele não é admissível pela Constituição. Trata-se do art. 5º, inciso XII.

2. Penso que a letra da Constituição e, ainda mais o seu espírito, deva ser preservada e acautelada contra essas práticas que, aparentemente, são

eficazes e despojadas de qualquer vício, mas que, no fundo, fraudam a garantia constitucional de não se admitir, no processo administrativo, a quebra de sigilo. Fácil contornar essa proibição constitucional que é, na verdade, uma garantia individual. É bastante instaurar uma ação penal; lá, quebra-se o sigilo, porque, lá, se pode; e, depois, traz-se a prova para o processo administrativo. Significa, a meu ver, margear uma garantia constitucional, talvez com proveito para a investigação, mas com notável desproveito para a supremacia da Constituição. Esse é o primeiro ponto.

3. O segundo ponto, é esse: pelo que percebi, o servidor foi sancionado com base no art. 9º, inciso VII, e art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Confere, Exa.?

4. A Lei de Improbidade Administrativa dispõe claramente - a não ser que se possa afirmar que é inconstitucional - que a sanção de demissão do servidor por ato de improbidade só pode ser aplicada pelo Poder Judiciário. Isso é uma garantia que a Lei de Improbidade trouxe para os servidores. É preciso que se diga - talvez esse seja o momento - se esse dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa tem ou não a eficácia que a sua leitura revela e promete; ou se isso é um equívoco legal que, aparentemente, protege o servidor, mas, na verdade, não o protege.

5. No caso, o ato de sanção ao servidor menciona exatamente dois dispositivos da Lei de Improbidade - o art. 9°, inciso VII, e o art. 11. O art. 22 - salvo engano -, ou o art. 25 da Lei de Improbidade, dispõe que a sanção de demissão só pode ser aplicada por sentença judicial transitada em julgado. Nesse caso, a Lei de Improbidade vale para sancionar. Estou de acordo que ela vale para sancionar, mas não vale para proteger? Ter-se-ia, a meu ver, de pinçar da Lei de Improbidade só o que convém à Administração e não o que é garantia do servidor; considere-se ademais, a prova obtida com quebra de sigilo só é admissível para investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5°, inciso XII, da Constituição) e mediante prévia e fundada ordem judicial, quando não houver outro meio de produzir aquela prova, essa prova é, em último caso, quando não houver outra alternativa, a *ultima ratio*.

6. Pois bem: se há dois processos contra o servidor, sendo um penal e outro administrativo, e traz-se a prova do penal para o administrativo, uma prova que, em princípio, não seria admissível no administrativo, penso que contorna o dispositivo constitucional. Embora possa dizer-se: "Não, a prova está emprestada, observado o contraditório", mas aqui não cabe. Pela Constituição, não cabe quebrar sigilo em processo administrativo. Por outro lado, também, não cabe à Administração aplicar pena de demissão a servidor a título de prática

de ato de improbidade. Essas são garantias explícitas, e a sua afirmação e reiteração lhes darão autoridade, eficácia e préstimo do mesmo modo que a sua flexibilização, sua transigência, ou o seu descarte poderá contribuir para enfraquecê-las, não só essas garantias, mas todas as outras que a Constituição promete.

7. Peço vênia respeitosa, mas ouso divergir do voto da Senhora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pois captei bem o voto de S. Exa. Porém, penso que nem a prova pode migrar, porque é privativa do Processo Penal, como também não pode a Administração aplicar a pena de demissão a título de ato de improbidade.

8. Concedo a ordem em mandado de segurança.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Sr. Presidente, realmente, os argumentos argüidos pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho são relevantes, mas, por enquanto, vou manter minha posição anterior de que é possível trazer ao processo administrativo a violação contida por determinação da justiça criminal.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, denegando a ordem em mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Ora, ora, é de indiscutível expressão a norma, vejamo-la: "... salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (Constituição, art. 5º, XII). Observem: "... para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", isto é, para tanto, somente para tanto. Inadmissível, portanto, a passagem de um processo (penal) para outro processo (administrativo).

Vou seguir o caminho do Ministro Napoleão Maia, *data venia*. Também eu voto pela concessão da segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.870-DF (2007/0124760-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrante: Maria de Fátima Monteiro Ribeiro Carrapatoso
Advogada: Heloísa de Magalhães Novaes e outro(s)
Impetrado: Ministro de Estado das Relações Exteriores

EMENTA

Mandado de segurança. Plano de saúde. Transferência da impetrante para outro seguro médico. Ausência de credenciamento da equipe médica na qual deposita sua confiança há mais de 15 anos. Impetrante idosa portadora de câncer. Reintegração ao plano anterior. A novel legislação não tem eficácia desconstitutiva da situação jurídica que se consolidou em tempo anterior à sua vigência. Ordem concedida.

1. Nos termos do art. 5º, XXXVI da CF e do art. 6º da LICC, não deve a lei nova retroagir para atingir fatos e efeitos já consumados sob o império da normatividade anterior, sob pena de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada.

2. A revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, pelo art. 1º do Decreto n. 2.801/1998, que excluiu os Auxiliares Locais do Programa Complementar de Assistência Médica do Ministério das Relações Exteriores, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde a que está filiada há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico.

3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto.

4. Ordem concedida para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Nilson Naves, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 19.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Maria de Fátima Monteiro Ribeiro Carrapatoso, Auxiliar Administrativa do Escritório Financeiro do MRE, nos EUA, contra ato praticado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, consubstanciado no desligamento da impetrante do seguro médico-hospitalar-odontológico prestado pela empresa norte-americana Aetna Global Benefits (AGB).

2. Alega a impetrante que por motivos alheios à sua vontade, foi desligada do referido seguro, com a justificativa de que poderia ser incluída em outro plano de seguro médico, contratado junto à empresa Cigna's Health Insurance para os demais Auxiliares Administrativos, o qual não conta com o mesmo leque de benefícios oferecidos pela anterior seguradora. Assevera, ainda, que, por ser idosa e portadora de câncer desde 1986, necessita de exames permanentes para manter a doença sob controle.

3. Em suas informações, o Ministro de Estado das Relações Exteriores aduz que a impetrante não é Servidora Pública Federal, mas é contratada local ocupante do emprego de Auxiliar Administrativo junto ao Escritório Financeiro do Ministério em Nova York. Assim, por força da revogação do disposto no art. 2º, inciso IV do Decreto n. 99.525/1998, (que admitia a inclusão dos auxiliares locais no Programa Complementar de Assistência Médica do Serviço Exterior), tornou-se ilegal a permanência da impetrante no referido plano de saúde.

4. O pedido de liminar foi indeferido às fls. 165/168.

5. Parecer ministerial opinando pela denegação da segurança, uma vez que a impetrante não logrou demonstrar a existência de direito líquido e certo capaz de amparar a pretensão mandamental deduzida na espécie.

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Maia Filho (Relator): 1. De acordo com as informações prestadas pela autoridade coatora, a impetrante foi excluída do plano de saúde do qual era participante desde 1973, por força da revogação do dispositivo que incluía os Auxiliares Locais no Programa Complementar de Assistência Médica do Serviço Exterior.

2. Sustenta que o Decreto n. 99.525/1998 admitiu, até 1998, a inclusão dos Auxiliares Locais no PCAMSE; no entanto, a revogação de seu inciso IV, em 13.10.1998, pelo Decreto n. 2.801/1998, tornou ilegal a permanência e/ou inclusão desses prestadores de serviço.

3. Ocorre que, a revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, pelo art. 1º do Decreto n. 2.801/1998, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde que lhe assiste há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico. Com efeito, a novel legislação não tem eficácia desconstitutiva da situação jurídica que se consolidou em tempo anterior à sua vigência, por tratar-se de direito adquirido, ou seja, incluído definitivamente ao patrimônio de seu titular e exercitável por sua vontade.

4. Ora, conforme o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada,* logo, não deve a nova norma retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império de lei anterior, mais benéfica. Atento ainda ao que foi mencionado, o art. 6º da LICC reforça a proteção ao direito adquirido, ao dispor que *a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*

5. Destarte, não obstante a revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, seus efeitos devem permanecer, persistindo as relações constituídas sob sua égide, ante a previsão constitucional de resguardo do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Por conseguinte, o ato praticado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores configura uma ofensa ao direito líquido e certo da impetrante de se manter assistida pelo seguro médico da Aetna.

6. Outrossim, tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados na Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto.

7. A alteração dos médicos assistentes da paciente, à essa altura, certamente lhe causaria significativos impactos e efeitos psicológicos e emocionais adversos, ao se ver privada de ser atendida pelo seu médico, em quem vinha depositando sua confiança por 15 anos. Resta evidente, portanto, que tais modificações representam graves riscos à qualidade de vida da impetrante.

8. Ante o exposto, voto pela concessão da ordem, para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.

9. É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.646-DF (2008/0136834-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Aline Velloso dos Santos
Advogado: Ângelo Carlos de Almeida Moura
Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes

EMENTA

Mandado de Segurança. Processo administrativo disciplinar. Servidor público civil. Acareação. Desatendimento. Nulidade. Inocorrência. Demissão. Desproporcionalidade. Inocorrência.

I - O reconhecimento de nulidade de processo administrativo disciplinar pressupõe a comprovação de efetivo prejuízo à defesa. Precedentes desta colenda Corte.

II - Nesse passo, não ofende o princípio constitucional da ampla defesa o desatendimento do pedido de acareação, formulado na defesa escrita, sem reiteração nas alegações finais e, nessas duas oportunidades, sem a demonstração da necessidade dessa diligência, mediante a indicação de depoimentos contraditórios ou que se infirmassem, como seria de rigor (art. 158, § 2º, da Lei n. 8.112/1990).

III - Não se verifica, *in casu*, desproporcionalidade na aplicação da penalidade de demissão, eis que as condutas de recebimento de vantagem indevida ("vale-combustível" expedidos pela empresa Nacional Expresso Ltda. para abastecimento do seu veículo particular e o uso de motorista cedido pela citada empresa em viagens também de ordem particular), em razão de suas atribuições, restaram efetivamente comprovadas no bojo do processo administrativo disciplinar.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 11.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Aline Velloso dos Santos contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Transportes, consubstanciado na Portaria n. 111, de 28.04.2008, por meio da qual a impetrante foi demitida do cargo de agente administrativo do quadro permanente da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

Aduz, em síntese, a nulidade do processo administrativo disciplinar que ensejou sua demissão, em virtude de violação ao princípio constitucional da ampla defesa, já que a Comissão Processante não teria atendido ao requerimento de acareação, formulado pela impetrante quando apresentou defesa escrita. Alegou, ainda, desproporcionalidade na aplicação da pena de demissão.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 107/116, nas quais pugna pela denegação da segurança, sustentando,

preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo presente *writ* e, no mérito, a legalidade do ato que demitiu a impetrante.

Liminar indeferida à fl. 119.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 122/125).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Depreende-se dos autos que a impetrante foi demitida do cargo de agente administrativo do quadro permanente de servidores da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, por ter se valido do cargo público na obtenção de proveitos pessoais, quais sejam: i) abastecimentos de combustível em seu veículo particular, financiados pela empresa Nacional Expresso Ltda. e ii) cessão de motorista da referida empresa, em atendimento às solicitações da impetrante, para, em mais de uma oportunidade, transportá-la em deslocamentos particulares (fl. 115).

Contra o ato demissionário impetrou-se o presente *mandamus*, no qual se aduz nulidade do processo administrativo disciplinar, em razão de ofensa à garantia constitucional da ampla defesa, já que a Comissão Processante não teria atendido requerimento de acareação, formulado pela impetrante quando da apresentação da sua defesa escrita.

É certo que a acareação, a ser realizada no curso de processo administrativo disciplinar, encontra respaldo no art. 158, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, *verbis*:

> Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.
>
> § 1º. As testemunhas serão inquiridas separadamente.
>
> *§ 2º. Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes.* (g. n.).

Da leitura do citado dispositivo legal, conclui-se que a realização de acareação entre depoentes demanda requisito elementar, qual seja, a existência de "*depoimentos contraditórios ou que se infirmem*", sob pena de inexistir interesse na realização dessa diligência.

Na hipótese dos autos, a impetrante limitou-se a formular, na defesa escrita que apresentou perante a Comissão Disciplinar, requerimento genérico de acareação (fl. 37), sem demonstrar a necessidade dessa diligência, isto é, em que

ponto haveria significativos depoimentos contraditórios ou que se infirmassem, como seria de rigor, nos termos do § 2º do art. 158 da Lei n. 8.112/1990.

De igual modo, no presente *writ*, limitou-se a trazer alegações genéricas de que seu direito à ampla defesa teria sido violado, sem demonstrar a necessidade da realização do procedimento de acareação, razão por que não se verifica, na espécie, afronta à garantia constitucional da ampla defesa.

Ademais, pacífico o entendimento segundo o qual o reconhecimento de nulidade do processo administrativo exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo, aqui não verificado.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes deste c. Superior Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Nulidades procedimentais. Motivação deficiente. Desproporcionalidade. Não-ocorrência. Direito líquido e certo. Não-caracterização. Ordem denegada.
>
> 1. O ato impugnado, veiculado pela Portaria n. 1.187/2007 do Ministro da Justiça, demitiu o impetrante do cargo de policial rodoviário federal, em decorrência de apuração da prática das condutas dos artigos 117, IX e 132, IV e XI, todos da Lei n. 8.112/1990, no âmbito de processo administrativo disciplinar.
>
> 2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não conduz à nulidade, desde que não tenha causado prejuízo ao servidor, o qual não foi demonstrado no presente caso.
>
> *3. A falta de acareação de testemunhas no processo administrativo disciplinar, também, não ensejou prejuízo à defesa, porquanto não demonstrado, mediante exposição detalhada do vício e de sua repercussão, o prejuízo para a defesa.*
>
> 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de forma pacífica, entende que, estando a autoridade julgadora de acordo com o relatório final, e se este se encontra suficientemente fundamentado, não há qualquer vício no ato demissório por falta de motivação.
>
> 5. Não viola o dever de proporcionalidade o ato disciplinar que, levando em conta a gravidade e repercussão da falta funcional, impõe a penalidade de demissão previamente prevista na norma legal.
>
> 6. Ordem denegada. (g.n.)
>
> (MS n. 13.169-DF, 3ª Seção, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), DJe de 07.08.2008).

Direito Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Policial militar. Infração disciplinar. Independência das esferas penal e administrativa. Pena de exclusão da corporação. Cerceamento de defesa não demonstrado. Recurso improvido.

1. As esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência ou a autoria do crime.

2. Somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. Precedentes do STJ.

3. Hipótese em que o recorrente não demonstrou de que modo o seu direito de ampla defesa teria sido cerceado.

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 21.346-PI, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 1º.10.2007).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a portaria inaugural do procedimento administrativo prescinde da descrição detalhada de fatos, da acusação imputada e da menção aos dispositivos legais considerados violados.

2. Estando o recurso ordinário sujeito ao regime da apelação, a ele se aplica o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

3. Em sede de processo administrativo, não cabe falar em nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo.

4. Recurso a que se nega provimento. (grifamos)

(RMS 17.602-PI, 6ª Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJe de 05.05.2008).

Por outro lado, verifica-se também que *a impetrante não reiterou o pedido de acareação no momento oportuno, qual seja, quando da apresentação de suas alegações finais* (fls. 711/725, 3º volume do apenso), circunstância que corrobora ainda mais a inexistência de qualquer prejuízo, eis que nessa fase do procedimento, já colhidos os depoimentos, sequer a defesa manifestou interesse na realização dessa diligência.

Por fim, ressalto que não há desproporcionalidade na aplicação da penalidade máxima de demissão tendo em conta que devidamente comprovadas as vantagens ilícitas percebidas pela impetrante (em razão de suas atribuições),

quais sejam, o recebimento de "vale-combustível" expedidos pela empresa Nacional Expresso Ltda para abastecimento do seu veículo particular e o uso de motorista cedido pela citada empresa em viagens também de ordem particular. Tais condutas são demonstradas tanto documentalmente (fls. 76/97 do apenso), como pelas testemunhas ouvidas no procedimento disciplinar (fls. 71/74; 109/113;155/158, todos acostados nos autos em apenso); e admitidas pela própria impetrante em seu depoimento (fls. 579/582 do Apenso).

Conclui-se, portanto, pela inexistência de direito líquido e certo a ser amparado no presente *mandamus*, razão por que a segurança deve ser denegada.

Ante o exposto, *denego* a segurança.

É o voto.

RECLAMAÇÃO N. 2.941-SP (2008/0202144-6)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Reclamante: Rodrigo Alexandre Silmann (preso)
Advogado: Odaricio Quirino Ribeiro Neto
Reclamado: Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais de Casa Branca - SP
Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Reclamação. Crime hediondo. Progressão de regime. Indeferimento do pedido pelo juiz da VEC por exigência de cumprimento do requisito objetivo previsto na Lei n. 11.464/2007. Descumprimento da ordem concedida no HC n. 68.394-SP. Aplicação retroativa da Lei n. 11.464/2007. Impossibilidade. Art. 5º, XL da CF/1988. Precedentes do STF e STJ. Parecer do MPF pela procedência da reclamação. Reclamação julgada procedente, para que o juiz da VEC aprecie, com urgência, o pedido de progressão de regime prisional do reclamante nos termos do art. 112 da LEP.

1. Ao negar o benefício da progressão de regime prisional por ausência do cumprimento do requisito objetivo disciplinado na Lei

n. 11.464/2007, o Juiz da VEC acabou por descumprir a ordem concedida no HC n. 68.394-SP, que concedeu ao então paciente o direito à progressão, na forma da legislação então aplicável (art. 112 da LEP).

2. Reclamação julgada procedente, em consonância com o parecer ministerial, para que o Juiz da VEC aprecie, com urgência, o pedido de progressão de regime prisional do reclamante, nos termos do art. 112 da LEP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 19.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Reclamação apresentada por Rodrigo Alexandre Silmann, objetivando garantir a autoridade da decisão proferida por esta Corte no HC n. 68.394-SP, relatado pelo eminente Ministro Gilson Dipp, que concedeu a ordem em favor do ora reclamante, para afastar a vedação legal à progressão de regime prisional, imposta exclusivamente com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, determinando ao Juiz competente a análise dos requisitos subjetivos e objetivos para o deferimento da progressão pleiteada.

2. Alega-se, na inicial, que a decisão proferida no referido *Habeas Corpus* determinou que a avaliação dos pressupostos à concessão do benefício fosse feita *segundo o disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal*, que exige o cumprimento de 1/6 da pena somente, razão pela qual o Juízo da Vara das Execuções Criminais

da Comarca de Casa Branca não poderia indeferir o pedido de progressão de regime formulado em favor do então paciente, aplicando retroativamente o § 2º da Lei n. 11.464/2007, que estabelece, como critério objetivo, a necessidade de cumprimento de 2/5 da pena, no caso de condenados primários, e de 3/5, para os reincidentes.

3. Deferido o pedido de liminar (fls. 72/73), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Julieta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, manifestou-se pela procedência do pedido (fls. 86/90).

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Constata-se que o eminente Ministro Gilson Dipp, relator do HC n. 68.394-SP, concedeu a ordem, *liminarmente, para afastar o óbice do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990 e reconhecer o direito dos pacientes ao pleito do benefício da progressão de regime prisional, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei.*

2. Embora sem menção específica ao art. 112 da LEP, essa era a única legislação existente, à época, para disciplinar a progressão de regime dos condenados.

3. Dessa forma, impõe-se a procedência da reclamação. Com efeito, esta Corte já sedimentou o entendimento de que a exigência do cumprimento do lapso temporal previsto na Lei n. 11.464/2007 somente se aplica como requisito objetivo para a progressão de regime aos crimes cometidos após sua vigência, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Nesse sentindo, confira-se:

> Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal. Crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo STF. Lei n. 11.464/2007. *Lex gravior*. Impossibilidade.
>
> 1. O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 82.959-SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, é inconstitucional.
>
> 2. Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

> 3. Embora já esteja em vigor o dispositivo legal que determina a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007), ele não se aplica à hipótese dos autos, uma vez que se trata de *lex gravior*, incidindo, portanto, somente aos casos ocorridos após a sua vigência.
>
> 4. *Habeas corpus* concedido. (HC n. 94.369-SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJU de 25.02.2008).

4. Ante o exposto, julgo procedente a reclamação, em consonância com o parecer ministerial, para que o pedido de progressão de regime prisional seja apreciado nos termos do art. 112 da LEP, determinando-se o imediato cumprimento da decisão reclamada.

Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 22.872-RJ (2002/0069239-9)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Impetrante: Jorge Pedro Nery
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente Valdemi Gomes Junior (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Competência. Tribunal do Júri. Alteração das regras por resolução da Corte local. Alegação de ofensa aos princípios do Juiz natural e da legalidade. Inocorrência. Exegese do art. 96, I, **a** e **e**, da CF/1988. Constrangimento ilegal não verificado.

1. Perfeitamente possível que o Tribunal impetrado, através de resolução, especialize certos juízos, já existentes, tornando-os competentes para o processamento e julgamento de determinados delitos. Exegese do art. 96, I, **a** e **d**, da CF/1988.

2. A regra da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica nas hipóteses em que há alteração da competência em razão da matéria (*ratione materiae*), como ocorreu na espécie, pois, nesses casos, as novas normas têm incidência imediata e se aplicam independentemente da fase em que se encontre o processo, dada a sua natureza nitidamente instrumental, pelo que correta a determinação contida na resolução em exame, ao ordenar a redistribuição dos feitos já em andamento no foro anterior para os novos Juízos competentes.

3. Verificando-se que a Corte originária, com a edição da resolução em questão, nada mais fez do que exercer sua competência privativa de alterar regras de organização judiciária local, não há o que se falar em ofensa aos princípios da juiz natural e da legalidade.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 24.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, em favor de Valdemi Gomes Junior.

Informou que o paciente foi preso em 19.07.2001, inicialmente em razão de temporária, em seguida convertida em preventiva, nos autos da ação penal na qual responde, juntamente com outros dois denunciados, pela suposta prática dos delitos dos arts. 121, § 2º, I e IV, c.c. 14, II, e 157, § 2º, I, III e V, na forma do art. 69, todos do Código Penal (Ação Penal n. 6.325-4).

Asseverou que a Lei Estadual n. 420, de 05.06.1981 - Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro - e suas alterações, em seus arts. 93 e 103 estabelece a competência do Juízo Criminal para processar e julgar matéria penal, já o art. 109 e seu parágrafo único, estabelece o Juízo das Vara Criminais Regionais e a competência para o processo e julgamento dos delitos de competência do Tribunal do Júri.

Salientou que até 08.03.2002, a 1ª Vara Criminal Regional de Jacarepaguá vinha julgando os crimes desta natureza - afetos ao Conselho de Sentença - sendo que, por decisão do Órgão Especial do TJRJ, através da Resolução n. 002/2002, houve a alteração da competência daquela Vara, sendo determinado o desaforamento das demandas relativas à matéria para a 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas Criminais da comarca da Capital, que passaram a ser competentes para tanto, sendo que a do paciente foi encaminhada para o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca da Capital - IV Tribunal do Júri.

Sustentou a ocorrência de constrangimento ilegal, na medida em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por simples resolução, "revogou, em parte, lei estadual, alterando a competência territorial do Tribunal do Júri Regional de Jacarepaguá, sem atentar ao princípio do juiz natural, incerto no artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal" (fls. 4).

Alegou que a alteração de competência via resolução - ato administrativo -, "interfere com a regularidade das normas do processo e inobserva garantias processuais" (fls. 5), "cria instabilidade social e subverte a ordem constituída,

criando um precedente temerário" (fls. 5), afrontando ainda o princípio da legalidade, na medida em que, no caso concreto, findou determinado o deslocamento de feito que já se encontrava em andamento naquele Juízo, com instrução iniciada, para outro, contrariando, assim, matéria de competência prevista no Código de Processo Penal.

Alegou, também, a ocorrência de excesso de prazo na finalização da instrução criminal.

Requereu, assim, a concessão sumária da ordem mandamental, a fim de que fosse declarada a nulidade da referida resolução e, em conseqüência, de todos os atos praticados após a redistribuição do feito, com seu retorno ao Juízo originário - o de Jacarepaguá - e, finalmente, pelo relaxamento da prisão do paciente, dado o excesso de prazo na formação da culpa.

O Supremo Tribunal Federal remeteu os autos a esta Corte Superior, competente para o seu processamento e julgamento (fls. 31).

A liminar foi indeferida (fls. 36).

Solicitadas informações, estas foram prestadas pela autoridade impetrada (fls. 39/41), que juntou documentos.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, relativamente à questão da ofensa aos princípios do Juiz natural e da legalidade.

Levado a julgamento, decidiu esta Quinta Turma conhecer em parte da ordem e, nessa extensão, denegá-la, em aresto da lavra do Excelentíssimo Senhor Ministro Gilson Dipp, assim sumariado:

> Criminal. HC. Homicídio duplamente qualificado. Roubo qualificado. Sequestro. Ato administrativo de tribunal. Alteração de competência das Varas do Tribunal do Júri local. Inexistência de ameaça à liberdade de locomoção. Excesso de prazo. Superveniência de sentença de pronúncia. Súmula n. 21-STJ. Ordem parcialmente conhecida e denegada.
>
> I - Se a pretensão deduzida no recurso não diz respeito ao direito de locomoção – pois o que se ataca é ato de Tribunal de Justiça que alterou a competência das Varas do Tribunal do Júri local – sobressai a impropriedade do *habeas corpus*.
>
> II - Na ausência de ameaça ao direito de ir e vir ou flagrante ilegalidade, não se justifica o uso do *writ*.
>
> III - Não prospera o aduzido excesso de prazo na formação da culpa, se evidenciado que já foi proferida sentença de pronúncia em desfavor da paciente.

IV - Incidência da Súmula n. 21 desta Corte.

V - Ordem parcialmente conhecida e denegada (fls. 87).

Inconformado com a decisão proferida na parte em que não conheceu do remédio constitucional interposto, o impetrante ingressou com *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, postulando o reconhecimento da nulidade da resolução em questão, apontada nesta instância Superior, determinando-se que o paciente fosse processado pelo Tribunal do Júri de Jacarepaguá, anulando-se, ainda, os atos processuais praticados posteriormente à sua redistribuição, com a soltura do paciente.

Solicitadas informações pelo STF, este Tribunal as prestou (fls. 104/107).

Sobreveio comunicação da Suprema Corte, noticiando que o *mandamus* não havia sido conhecido, sendo, contudo, concedida a ordem de ofício, a fim de que este Superior Tribunal apreciasse o mérito do *habeas corpus* impetrado, "na parte em que deixou de conhecê-lo, ou seja, no tocante à suposta violação do princípio do juiz natural" (fls. 110 e 117).

Na seqüência, foi encaminhada cópia do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 121/130).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Cinge-se a questão, portanto, à alegada ofensa aos princípios do juiz natural e da legalidade, constitucionalmente garantidos, por ato do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, editando a Resolução n. 002/2002, deslocou para a 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas Criminais da comarca da Capital-RJ, a competência para o processamento e julgamento dos delitos afetos ao Tribunal do Júri que estavam em andamento nos foros de Jacarepaguá e de Madureira.

Ataca-se ato de Tribunal de Justiça que alterou a competência do Tribunal do Júri local, através de resolução do Órgão Especial daquela Corte, o qual teria revogado, em parte, a Lei Estadual n. 420/1981 - Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro - que estabelecia, em seu art. 109, a competência das Varas Criminais Regionais para o processamento e julgamento dos delitos de competência do Júri, e, com isso, ofendido ainda os princípios suso mencionados, bem como normas do Código de Processo Penal atinentes à competência.

Não obstante a possibilidade de, em sede de *habeas corpus*, examinar a questão referente à competência do Juízo processante, pois, como asseverado

pela Suprema Corte, a fls. 127, "a liberdade de ir e vir do paciente pode, ao menos em tese, encontrar-se sob ameaça, em virtude do alegado risco de ver-se ele processado, e eventualmente condenado, por juízo incompetente", inviável reconhecer, no caso, a ocorrência do aventado constrangimento ilegal, decorrente da edição da Resolução n. 002/2002 do TJRJ, que alterou normas de competência local relativamente aos processos afetos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Esta Corte Superior já decidiu no sentido de que não seriam ofensivas ao art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, dos princípios do Juiz Natural e da Legalidade, as resoluções de Tribunais Estaduais que especializam certas varas para o julgamento de determinados delitos, de modo a facilitar o combate aos mesmos e objetivando a uma melhor prestação jurisdicional.

A propósito, pode-se citar os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus*. Processual Penal. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de 'lavagem de dinheiro'. Especialização da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará. Resolução n. 10-A/2003 do TRF da 5ª Região. Resolução n. 314 do Conselho da Justiça Federal. Denúncia não oferecida. Redistribuição. Possibilidade. Ofensa aos princípios da reserva de lei, da separação dos poderes e do juiz natural. Inocorrência. Ordem denegada.
>
> I - *A especialização de Vara Federal para processamento e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, por meio da Resolução n. 10-A/2003 do TRF da 5ª Região e da Resolução n. 314 do Conselho da Justiça Federal, não ofende os princípios da reserva de lei, da separação dos poderes e do juiz natural.*
>
> II -. Se a denúncia ainda não havia sido oferecida quando da especialização da 11ª Vara Federal para julgamento de tais crimes, impõe-se a redistribuição do feito.
>
> III - Ordem denegada (HC n. 41.643-CE, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 20.09.2005 - (grifamos).
>
> *Habeas corpus*. Direito Penal e Direito Processual Penal. Princípio do promotor natural. Violação. Supressão de instância. Ocorrência. Princípio do juiz natural. Violação. Inocorrência. Denúncia. Crimes societários e coletivos. Imputação genérica. Possibilidade. Oitiva de testemunhas determinada *ex officio* pelo magistrado. Impedimento. Inexistência.
>
> *1* - Não se conhece de *habeas corpus* que tem por motivação questão estranha ao acórdão impugnado, pena de usurpação de competência.

2 - Não há falar em violação do princípio do juiz natural com a simples especialização de competência, eis que não se confundem juízo de exceção e juízo especializado.

3 - A denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e, por conseqüência, no caso de concurso de agentes, a definição da conduta de cada autor ou partícipe.

4 - É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, artigo 41), principalmente nos casos de crime coletivo ou societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, admitindo, como admite, a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569).

5 - Não há falar, à luz das normas insertas nos artigos 156 e 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em impedimento de magistrado que, na busca da verdade real, determina, *ex officio,* a oitiva de testemunhas.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC n. 31.294-PR, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 19.08.2004 - o grifo é nosso).

E isso porque o art. 96, I, alíneas **a** e **d**, da Constituição Federal, confere privativamente aos Tribunais competência para a "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" e também para "a alteração da organização e divisão judiciárias", dando autonomia ao Poder Judiciário Estadual para dispor, administrativamente, sobre o funcionamento e competência dos órgãos jurisdicionais locais.

Esse, aliás, é o posicionamento recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que julgando questão semelhante, assim decidiu:

O Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos.

> A leitura interpretativa do disposto nos arts. 96, I, **a** e **d**, II, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação do tribunal de justiça, desde que não haja impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada (HC n. 91.024-RN, rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 05.08.2008 - citado no Informativo n. 514 do STF).

No corpo do acórdão, a eminente Relatora cita precedente daquela Corte Suprema no mesmo sentido, veja-se:

> O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento ocorrido em 15.05.2008, no HC n. 88.660-CE, rel. Min. Cármen Lúcia, afirmou que o Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos Tribunais.
>
> Na ocasião, ficou assentado que a mera especialização de vara federal para julgamento de crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, por meio de resolução, não ofende o princípio do juiz natural e não transgride o postulado da reserva de lei (Informativo n. 506, Brasília, 21 de maio de 2008, p. 1/2).

Nesse contexto, e verificando-se que não se trata de criação de novas varas, estas sim, dependentes de edição de lei ordinária federal, mas de especialização de certos juízos - 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas Criminais da comarca da Capital-RJ - , já existentes, para o processamento e julgamento dos crimes da competência do Conselho de Sentença, perfeitamente possível que tal se dê através de ato administrativo próprio do Tribunal a que estes juízos estão subordinados, como feito na espécie, pois constitucionalmente permitido, não havendo, portanto, o que se falar em ofensa aos postulados do Juiz Natural e da Legalidade.

Vale destacar, por fim, do voto do saudoso Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no julgamento do HC n. 41.643-CE, acima citado, que não se pode confundir os conceitos de foro competente com o de juízo competente, pois, "como afirma Tourinho Filho, 'a competência *ratione materiae* não constitui critério de fixação de foro, mas sim de juízo' (*in* Processo Penal. Volume 2. 20ª edição. São Paulo:Saraiva, 1998, p. 119)".

E continuando, ressalta:

> Indo adiante, se preciso for, calha à argumentação a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que se contrapõe claramente ao deduzido pelo impetrante:

> a *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica, quando houver alteração da matéria.
>
> (...)
>
> Caso a lei posterior de organização judiciária crie, na Comarca 'X', uma Vara privativa, cuidando somente da matéria objeto do feito, deve-se proceder à imediata remessa do processo para a Vara criada. Tal se dá porque a competência territorial e prorrogável e relativa, o que não ocorre com a competência em razão da matéria (*in* Código de Processo Penal Comentado. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198).

> Conseqüentemente, não há falar em infração às normas constitucionais traçadas no artigo 5º, incisos XXXVII ('não haverá juízo ou tribunal de exceção') e LIII ('ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'), conforme alegado. Não se trata, como já evidenciado, da criação dos famigerados tribunais ou juízos *ad hoc,* própria dos regimes totalitários e liberticidas, mas, sim, de simples alteração promovida administrativamente, legalmente permitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada, como cristalinamente imprescindível.

Com efeito, segundo o previsto no art. 87 do Código de Processo Civil, que prevê a regra geral da *perpetuatio jurisdictionis*, aplicável subsidiariamente à espécie: "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*".

Vale dizer, a regra da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica nas hipóteses em que há alteração da competência em razão da matéria (*ratione materiae*), como ocorreu na espécie, visto que, nesses casos, as novas normas têm incidência imediata e se aplicam independentemente da fase em que se encontre o processo, dada a sua natureza nitidamente instrumental, pelo que correta a determinação contida na resolução em exame, ao ordenar a redistribuição dos processos já em andamento naqueles dois foros - o de Jacarepaguá e o de Madureira - aos novos Juízos competentes.

Ausente, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na espécie, visto que o Tribunal indicado como coator, através da Resolução n. 002/2002, nada mais fez do que exercer sua competência privativa de alterar regras de organização judiciária local, retirando da competência do Juízo de Direito das Varas Criminais de Jacarepaguá e de Madureira os processos afetos ao Júri e transferindo-a aos Juízos de Direito da 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas Criminais da Capital, para as quais foram

os feitos, corretamente, redistribuídos, resta impossível conceder a ordem, visto que inexistente qualquer ofensa no caso aos postulados da Legalidade e do Juízo Natural.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 76.099-PE (2007/0019904-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrante: Bóris Trindade e outros
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Paciente: Carlos Alberto Lustosa de Possído

EMENTA

Habeas corpus. Calúnia e difamação contra Magistrado. Ação penal condicionada à representação. Trancamento. Inépcia da denúncia. Expressões elaboradas por advogado no exercício profissional. Imunidade profissional. Ordem concedida.

1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. As expressões utilizadas pelo advogado, em sede de apelação, para demonstrar a tese de que a sentença proferida está eivada de ressentimento do magistrado pela recusa à proposta de conciliação por ele insistida, o que teria, inclusive, afetado sua imparcialidade, não se subsume à hipótese de calúnia por falsa imputação do crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP).

3. O delito de coação no curso do processo (art. 344 do CP) pressupõe violência ou grave ameaça, circunstâncias estas não indicadas pelo paciente no caso concreto, haja vista que ele não apontou qual o risco penalmente relevante que teria sido imposto pelo magistrado à parte exeqüente para que aceitasse o acordo.

4. As expressões utilizadas pelos advogados no exercício do seu mister não constituem injúria ou difamação, pois, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, estão amparadas pelo pálio da imunidade. Entretanto, eventuais excessos no exercício da citada prerrogativa profissional estão, de acordo com o mesmo dispositivo legal, sujeitos às sanções disciplinares pela Ordem dos Advogados do Brasil.

5. Ordem concedida para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 1º.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de *habeas corpus,* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Carlos Alberto Lustosa De Possído, denunciado pelo suposto cometimento dos delitos de calúnia e difamação (arts. 138 e 139 do Código Penal) perpetrados contra magistrado.

Insurgem-se os impetrantes contra acórdão prolatado pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que denegou a ordem ao *writ* originário (HC n.146.488-2).

Sustentam, em síntese, ausência de justa causa para o oferecimento da ação penal. Alegam, para tanto, que a imputação realizada pelo paciente, na condição de advogado, e dirigida ao juiz (vítima) não configura calúnia, pois a hipotética imputação falaciosa do delito de coação ilegal no curso do processo (art. 344 do Código Penal) exige violência ou grave ameaça, circunstâncias estas que não foram atribuídas ao magistrado. Aduzem, também, quanto à difamação, que o paciente, na condição de advogado, está amparado pela imunidade prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal.

Requerem a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal.

Sem pedido de liminar.

As informações solicitadas à autoridade apontada como coatora foram prestadas às fls. 25/29, as quais vieram acompanhadas dos documentos de fls. 30/55.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Elaine Menezes de Farias, opinou pela denegação da ordem (fls. 57/61).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Como relatado, a presente impetração busca o trancamento da ação penal privada, por ausência de justa causa.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

Extrai-se dos autos que o paciente, na condição de advogado, foi contratado por Geane de Castro para ajuizar ação de reparação de danos materiais e morais contra a Hipercard Adm. de Crédito Ltda, que foi julgada parcialmente procedente. Já em fase de execução, o magistrado proferiu sentença, reduzindo o crédito executado, decorrente de multa diária pelo não-cumprimento de obrigação de fazer, de R$ 32.750,00 para R$ 8.000,00.

Transcrevo, a seguir, trechos da narrativa elaborada pelo ora paciente em sede de apelação, pelos quais o representante, juiz de direito, sentiu-se ofendido (fls. 49/50):

> Pois bem, citado o Demandado/Recorrido, apesar de haver garantido o Juízo, não se dignou de opor Embargos em tempo hábil, o fazendo a destempo, pelo que se esperava que o D. Juiz da Execução julgasse de plano os Embargos, o que era sua obrigação.
>
> Porém, isso não aconteceu. Inexplicavelmente, a pedido do Demandado/Recorrido, designou uma audiência de tentativa de conciliação, na qual se assistiu, entre atônitos e surpresos, os princípios norteadores da Justiça garrotados pelos tentáculos da parcialidade, fugirem espavoridos pela porta da sala de audiência.

> Sim, porque naquela audiência se assistiu o Juiz, por inúmeras vezes prejulgar o feito, além de tentar coagir a Demandante/Recorrente a aceitar o desvantajoso acordo que estava sendo ofertado pelo Demandado/Recorrido, como se aquela estivesse ali de "cuia na mão".
>
> Como a Demandante/Recorrente não aceitou o acordo, ou para beneficiar o Demandado/Recorrido, ou ressentido com a Demandante/Recorrente que não aceitou sua orientação coercitiva, resolveu julgar os Embargos reduzindo uma multa que já atingia o patamar de cerca de R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais), pela inércia do Demandado/Recorrido, para o inferior valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), pasmem, exatamente a importância ofertada e desejada pelo Demandado/Recorrido.
>
> Diante disso, não se necessita dizer mais nada, pois "para bom entendedor meia palavra basta.

Não obstante a dureza das palavras consignadas pelo paciente em seu apelo, entendo que elas não denotam o dolo específico exigido para tipificação do delito de calúnia, no caso, de imputar o crime de tentativa de coação ilegal no curso do processo (art. 344, c.c. art. 18, II, do CP), uma vez que foram expostas com o claro propósito de corroborar com a tese de que a sentença proferida está eivada de ressentimento do magistrado pela recusa à proposta de conciliação por ele insistida, afetando, inclusive, a sua imparcialidade.

Além disso, percebo que, no caso concreto, o termo "coagir", utilizado pelo paciente, não foi empregado em sentido técnico, uma vez que não restou esclarecido qual o risco penalmente relevante que o magistrado teria imposto à parte exeqüente para fins de configuração da grave ameaça exigida pelo art. 344 do Código Penal.

No mais, as expressões utilizadas pelos advogados no exercício do seu mister não constituem injúria ou difamação, pois, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, estão amparadas pelo pálio da imunidade. Por oportuno, vale ressaltar que eventuais excessos no exercício da citada prerrogativa profissional estão, de acordo com o mesmo dispositivo legal, sujeitos às sanções disciplinares pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Dessa forma, considerando que na hipótese em apreço as palavras que embasaram a propositura da ação penal foram proferidas por advogado, no exercício do seu mister, com o objetivo de fundamentar a tese de imparcialidade do magistrado à redução do crédito exeqüendo, inexiste justa causa para o recebimento da denúncia.

Sobre a matéria em apreço, vale conferir:

A imunidade conferida ao advogado, no exercício do seu mister, compreende a imunidade profissional (Constituição da República, artigo 133; Lei n. 8.906/1994, artigo 7º, § 2º) e a imunidade penal judiciária (Código Penal, artigo 142, I).

Embora excessiva e censurável a manifestação do advogado em face da conduta do magistrado, se verificada no contexto da discussão da causa e mediante provocação do juiz do feito quanto à sua atuação, impõe-se o reconhecimento da inviolabilidade profissional. (HC n. 41.576-RS, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 25.06.2007)

A imunidade do advogado não é absoluta, restringindo-se aos atos cometidos no exercício da profissão, em função de argumentação relacionada diretamente à causa. Precedentes do STJ e do STF. (HC n. 25.705-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 02.08.2004)

A imunidade profissional contemplada no art. 133, da Constituição Federal, não é absoluta, sofrendo restrições legais. A lei apenas protege o advogado com relação às ofensas irrogadas no exercício da profissão em razão de discussão da causa, não socorrendo os seus excessos (art. 142, I, do CP e art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994) (RHC n. 12.458-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 29.09.2003)

Ante o exposto, *concedo* a ordem para trancar a ação penal (Processo n. 233.2006.5058-5 do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrolina-PE).

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 98.554-PR (2008/0007002-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Impetrante: Ivan Luiz Goulart
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Hélio Piconi Fernandes (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Crimes de formação de quadrilha. Estelionato e contra as relações de consumo. Interrogatório. Ausência de elaboração de perguntas da defesa do paciente aos demais co-réus. Nulidade. Inexistência. Precedentes. Crime continuado e concurso formal. *Bis in idem*. Inocorrência.

1. Em que pese a alteração do art. 188, do Código de Processo Penal, advinda com a Lei n. 10.792/2003, o interrogatório judicial continua a ser uma peça de defesa, logo, não se pode sujeitar o interrogado às perguntas de advogado de co-réu, no caso de concurso de agentes.

2. Qualquer alegação do co-réu que porventura incrimine o ora Paciente pode ser reprochada em momento oportuno, pois a Defesa dela tomará conhecimento antes do encerramento da instrução. Em sendo assim, não há que se falar em qualquer cerceamento à defesa do Paciente ou ofensa ao contraditório na ação penal.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Não há *bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal. Na espécie, em uma única ação, o Paciente induziu os consumidores a erro com a divulgação publicitária enganosa e obteve várias vantagens ilícitas, praticando diversos estelionatos em continuidade delitiva, e em concurso material com crime contra as relações de consumo.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 10.11.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de Hélio Piconi Fernandes, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Londrina-PR condenou o ora Paciente como incurso nos arts. 288, *caput*, e 171, *caput*, (vinte e uma vezes), em continuidade delitiva, em concurso formal com o art. 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990, à pena de 16 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado.

A Corte paranaense negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença condenatória em sua totalidade.

O Impetrante sustenta, de início, "nulidade pela ausência de intimação do advogado de defesa para os interrogatórios dos co-réus", por "ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa" (fl. 05). Afirma que os co-réus delataram o Paciente em seus interrogatórios.

De outra banda, defende que a existência de *bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal.

Requer, assim, a cassação do acórdão impugnado e a sentença condenatória, para determinar que o Juízo processante proceda os interrogatórios dos co-réus, com a prévia intimação do Defensor ou, subsidiariamente, o afastamento do aumento de pena pelo concurso formal, restando somente o acréscimo pela continuidade delitiva.

As judiciosas informações foram prestadas à fl. 145.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 152/161, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A ordem não merece concessão.

Cumpre ressaltar que antes da vigência da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado o entendimento de que o interrogatório judicial era ato personalíssimo do magistrado, dispensando a intervenção da acusação ou da defesa. Assim, a simples ausência de defensor não caracterizava qualquer nulidade.

Contudo, a novel legislação reformulou toda a sistemática do interrogatório (arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal), que passou a constituir instrumento não só de autodefesa mas também de prova, exigindo a instauração de verdadeiro contraditório, sem dispensar a presença do defensor.

Alega o Impetrante, no presente *writ*, contrariedade ao art. 188 do Código de Processo Penal, por ter o Juiz do feito realizado o interrogatório dos co-réus,

sob a égide do novo regramento, sem intimar a Defesa do Paciente que, assim, não teve a oportunidade de contraditar os seus depoimentos.

Entretanto, em que pese a alteração do art. 188, do Código de Processo Penal, não existe amparo legal para a participação de advogado do co-réu, com a finalidade de formular questionamentos ao outro co-réu interrogado.

Embora o novo tratamento dado ao interrogatório, que passou a ser meio de produção de prova, não prescinda do contraditório, este ato mantém seu caráter de instrumento de autodefesa, logo, há que se respeitar, primeiramente, os direitos do interrogado, que não pode ser coagido a se sujeitar as perguntas de advogado de co-réu.

Tal situação, aliás, encontra-se devidamente evidenciada no voto proferido pelo Ministro Felix Fischer, nos autos do HC n. 42.780-PR, que, por sua relevância e simetria com a presente hipótese, trago à colação:

> Com efeito, diz o *art. 188, do CPP* (com a redação nova) que, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das *partes (leia-se: acusação e defesa do interrogado)* se restou algum fato a ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. *Esse dispositivo*, a meu ver, *se refere especificamente à esclarecimento de fato ou situação fática não observada ("...fato para ser esclarecido...").*
>
> Apesar da alteração do *art. 188, do CPP*, o interrogatório judicial *continua sendo uma peça de defesa*, até mesmo em razão do disposto no *art. 186 e seu parágrafo único*. O simples fato do réu poder se manter silente, total ou parcialmente, mostra que de forma alguma ele pode ser considerado testemunha (ver, comparativamente, *artigos 206 e 212, do CPP)*. Não há, em nosso sistema, nenhuma similitude entre réu e testemunhas. Basta ver que se o próprio advogado do interrogado, por infelicidade, fizer uma pergunta embaraçosa, ele, o acusado, pode, *até aí*, se recusar a prestar o pretendido esclarecimento. Com a devida vênia, carece de fundamento pretender-se que, *no concurso de agentes*, o réu devesse ficar submetido ao constrangimento de ter que responder ou até mesmo de ouvir questionamentos dos advogados dos co-réus. Admitir-se esta situação, *não prevista em lei*, seria uma forma de, indiretamente, permitir uma transgressão às garantias individuais de cada réu (previstas, dentre outros, no *art. 5º, LXIII, da Carta Magna e nos artigos 185, § 2º e 186 e seu parágrafo único, ambos do CPP)*, e até mesmo querer introduzir, entre nós, a indução, através de advogados de co-reús, da auto-acusação. A simples leitura dos dispositivos legais acima mencionados deixa claro que o legislador não inseriu, no *punctum saliens,* o chamado *cross system*. O nosso interrogatório apenas perdeu, *em parte*, o aspecto de ser *ato personalíssimo do juiz*. Nada mais que isto. Respeitando opiniões

em contrário, penso que não tem o menor suporte a pretensão de sujeitar o réu a perguntas que possam ser embaraçosas por parte de advogado de co-réu e, ainda, julgo inimaginável pretender-se, como dizem alguns, que advogado do terceiro interessado (alheio à relação processual) possa comparecer ao ato de interrogatório para realizar reperguntas na hipótese de delação (legalmente previsível *ex vi art. 187, § 2º, II, do CPP)*.

No precedente mencionado acima, inclusive, houve delação de co-réu após o encerramento da instrução, considerada pelo acórdão impugnado em juízo condenatório, e fiquei vencida quando reconheci caracterizado o cerceamento de defesa, na medida em que restou tolhida a participação da defesa técnica do Paciente que, se presente estivesse, poderia reperguntar e buscar demonstrar a eventual inverdade das declarações.

No caso, de todo modo, não há que se falar em qualquer cerceamento à defesa do Paciente ou ofensa ao contraditório na ação penal.

Afinal, os interrogatórios foram realizados durante a instrução criminal e a Defesa pôde realizar diligências no sentido de contradizer as alegações dos co-réus, bem como infirmar os depoimentos antes da prolação da sentença, nas alegações finais, onde todas as alegações dos co-réus que foram reprochadas.

No mesmo sentido:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Extorsão mediante seqüestro. Interrogatório. Delação de co-réu. Participação de defensor do delatado.

I - O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei n. 10.792/2003), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (arts. 185, § 2º, 186, *caput* e parágrafo único, do CPP), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão de esclarecimento de situação fática olvidada.

II - A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (o silêncio, total ou parcial, é uma garantia do réu, *ex vi* art. 5º, LXIII, da CF e art. 186, parágrafo único, do CPP).

III - Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão probatória.

IV - A participação de advogados dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado (Precedentes desta Corte).

Writ denegado. (HC n. 100.792-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ de 30.06.2008)

HC. Lavagem de dinheiro. Cerceamento de defesa. Interrogatório de co-réu redesignado. Paciente e sua procuradora que não estiveram presentes na referida audiência. Ausência de intimação prévia da advogada da ré. Desnecessidade. Falta de amparo legal. Prejuízos não demonstrados. Ordem denegada.

1. Embora as inovações legais tenham tornado obrigatória a presença de advogado no interrogatório, tal mudança não tornou necessária a intimação dos co-réus e de seus patronos, em caso de concurso de agentes, sendo despicienda o comparecimento destes ao referido ato processual.

2. Tendo o impetrante salientado que a presença da paciente e de suas procuradoras poderia possibilitar a produção de novas provas, além de garantir que eventuais dúvidas fossem sanadas através de reperguntas, sem ter apontado qualquer prejuízo concreto ao direito de defesa da acusada, não há como se reconhecer a nulidade do processo por deficiência de defesa.

3. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula n. 523-STF.

4. Hipótese na qual a impetração não logrou trazer cópia do interrogatório do réu, a fim de demonstrar a existência do suposto prejuízo ao direito de defesa da paciente, bem como da existência de dúvidas que poderiam ter sido solucionadas através de reperguntas, ou da "provas outras" a serem produzidas em favor da acusada.

5. Defensora da acusada que manuseou os autos antes da realização da referida audiência, tornando-se razoável imaginar que esta tenha tomado ciência da antecipação do ato processual, pois o *decisum* combatido foi devidamente encartado ao processo.

6. Acórdão hostilizado devidamente fundamentado, pois a Corte Regional, no bojo do acórdão combatido, asseverou que a impetrante não demonstrou, de forma concreta, o prejuízo ao direito de defesa da paciente, o que constitui fundamento suficiente para a denegação da ordem.

7. Ordem denegada. (HC n. 85.522-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), DJ de 22.10.2007)

De outro lado, o acórdão impugnado foi exemplar quando reconheceu que, em uma única ação, o Paciente induziu os consumidores a erro com a divulgação publicitária enganosa e obteve várias vantagens ilícitas, praticando diversos estelionatos em continuidade delitiva, e em concurso material com crime contra as relações de consumo.

Confira-se:

> Aduziu o apelante a existência de *bis in idem* no julgado que reconheceu a possibilidade do concurso formal dos delitos de estelionato e de crimes contra as relações de consumo, nos fatos 02, 03, 04, 05 e 06 a 22.
>
> O artigo 70, do Código Penal, diz se tratar de concurso formal de crimes a única ação ou omissão, em que o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.
>
> Ao determinar a publicação em jornais, de falsos anúncios de venda de cotas contempladas de consórcios, o apelante induziu a erro os consumidores, de forma que sua conduta consistiu em fraude contra as relações de consumo, conforme previsto no artigo 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990, que dispõe:
>
>> Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:
>>
>> ...VII - induzir consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária.
>
> Num segundo momento, quando os membros da quadrilha liderada pelo apelante, efetuavam a venda das falsas cotas contempladas de consórcio às vítimas (ardil), obtendo vantagem ilícita, em prejuízo destas, configuraram-se os delitos de estelionato, previstos no artigo 171, do Código Penal, assim tipificado:
>
>> Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.
>
> Portanto, mediante uma ação, tomada em dois tempos, o apelante e sua quadrilha, induziam (através de anúncios publicitários) e mantinham em erro às vítimas (venda de cotas contempladas inexistentes), praticando dois crimes, diferentes em suas naturezas.
>
> Assim, nenhum óbice se verifica para que seja reconhecido o concurso formal entre os crimes de estelionato e contra as relações de consumo. (fl. 112/113)

Portanto, não há o alegado *bis in idem* na dupla majoração da pena, pelo crime continuado e pelo concurso formal.

Ante o exposto, *denego a ordem.*

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 22.914-BA (2008/0008647-5)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Recorrente: Eduardo da Cunha Rego Falcão
Advogado: Sebastian Borges de Albuquerque Mello
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Crime de apropriação indébita. Ausência de dolo (*animus rem sibi habendi*). Elemento subjetivo do tipo não caracterizado. Conduta atípica. Denúncia. Aditamento. Inexistência de descrição da atuação do agente no fato dito criminoso. Inépcia. Constrangimento ilegal configurado. Inconformismo provido. Co-réus não-recorrentes. Situação fático-processual idêntica. Extensão da decisão que se impõe (art. 580 do CPP).

1. Constatado que o recorrente não revelou a intenção de apoderar-se de bem alheio, que temporariamente permaneceu na sua posse, a simples mora na sua entrega ao proprietário, consoante orientação consignada pela teoria finalista da ação e adotada pela sistemática penal pátria, não configura o crime de apropriação indébita descrito no art. 168 do CP, em razão da ausência do dolo - *animus rem sibi habendi* -, elemento subjetivo do tipo e essencial ao prosseguimento da imputação criminal.

2. Diante do malferimento ao inserto no art. 41 do CPP, é de reconhecer-se a inépcia do aditamento à denúncia se não descreve, sequer de forma genérica, em que consistiu a conduta dolosa do recorrente no fato dito delituoso, impossibilitando, inclusive, a sua ampla defesa.

3. Desde que evidenciada em um exame perfunctório do apresentado ao *mandamus* a falta de justa causa a legitimar a coarctação da *actio poenalis* deflagrada, ante a atipicidade da conduta irrogada ao recorrente, em aditamento inepto, *ex vi* do art. 648, I, do CPP, impõe-se o seu trancamento e o restabelecimento da dignidade do cidadão, sob pena de conferir-lhe constrangimento ilegal, pelos gravames e prejuízos a quem desnecessariamente responde a processo criminal.

4. Recurso provido, estendendo-se os efeitos da decisão aos co-réus não-recorrentes, ante o disposto no art. 580 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, com extensão aos co-réus Matheus Reis da Silva e Joana Paula Gomes Ribeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 24.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto com supedâneo no art. 105, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, em favor de Eduardo da Cunha Rego Falcão, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou a ordem no *writ* n. 49766-0/2007, em que objetivava trancar a Ação Penal n. 886547-3/2005, que tramita perante a 7ª Vara Crime da comarca de Salvador, à qual o recorrente responde pela suposta prática do delito disposto no art. 168, *caput*, c.c. os arts. 29, *caput*, e 71, *caput*, todos do Código Penal, restando o aresto assim ementado:

> *Habeas corpus*. Art. 168, c.c. art. 29 e art. 71, todos do Código Penal Brasileiro. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Justa causa caracterizada. Ordem denegada.
>
> I. O paciente foi denunciado por apropriação indébita, porque como sócio da empresa contratada pela Coelba, para repassar pagamentos de contas de energia elétrica e faturas de prestadoras de serviço, não o fez, deixando de transferir os valores recebidos, em razão do contrato. Na impetração, alega-se falta de justa causa para a ação penal, sob o argumento de que existiu apenas um ilícito civil.
>
> II. A análise da denúncia e de seu aditamento, contudo, demonstra que os requisitos necessários ao seu recebimento se fizeram presentes, pois a inicial acusatória reportou-se a fatos que, em tese, constituem crimes, com base em elementos firmes de convicção e demais peças de informação, guardando prefeita coerência.

> III. Desde que haja um motivo legal para a ação penal, não se pode admitir que, em resultado disso, o paciente esteja sofrendo uma coação ilegal. Assim, compreende-se quando o fato incriminador tem a sanção e os requisitos da lei. 'Em sede de *habeas corpus* só se reconhece a falta de justa causa para a ação penal, sob o fundamento de divórcio entre a imputação fática contida na denúncia e os elementos de convicção em que ela se apóia, quando a desconformidade entre a imputação feita ao acusado e os elementos que lhe serve de supedâneo for incontroversa, translúcida e evidente, revelando que a acusação resulta de pura criação mental de seu autor' (Código de Processo Penal Anotado, Damásio de Jesus, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 498).
>
> *Habeas corpus* denegado (fls. 152).

Discorrendo a respeito dos fatos, sustentou o recorrente que é vítima de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Tribunal *a quo* não poderia manter a decisão que recebeu a denúncia e seu aditamento, porquanto entende que falta justa causa para a deflagração da ação penal, haja vista a atipicidade da conduta narrada pela acusação, a qual se constituiu mero ilícito civil, ante a flagrante ausência de dolo.

Asseverou que a dívida que deu azo à exordial acusatória foi totalmente quitada, requerendo, assim, o provimento do recurso para que se tranque o Processo-Crime em tela, com a conseqüente rejeição da denúncia, nos termos do antigo art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal.

Os autos ascenderam a este Tribunal (fls. 173), tendo o Ministério Público Federal opinado pelo improvimento do recurso ordinário (fls. 177 a 185).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Consoante se infere da inicial originariamente impetrada no Tribunal *a quo* e das peças que a instruem, a insurgência decorre da imputação lançada contra o recorrente, quanto à prática do delito disposto no art. 168 do Código Penal, por ter suposta e indevidamente se apropriado de numerário oriundo do pagamento de energia elétrica em favor da Coelba - Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia.

No inconformismo a defesa insiste na tese da atipicidade da conduta narrada na denúncia, sob a motivação de que, no máximo, cuida-se o fato de ilícito civil e de que não restou caracterizado o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, necessário à configuração do crime de apropriação indébita.

Com efeito, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto objurgado e não obstante as relevantes razões apresentadas pelo Ministério

Público Federal, não se olvidando, ainda, que a comprovação da inocência do recorrente deve ser resguardada ao processo criminal - ocasião em que as partes podem produzir as provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela a ser feita pelo juízo da causa -, na hipótese em apreço, basta um exame perfunctório, próprio à via recursal, para se constatar que razão assiste ao irresignado, pois é evidente a atipicidade da conduta descrita na exordial acusatória, suficiente a ensejar o almejado trancamento da ação penal.

Constata-se que a peça acusatória e seu aditamento são oriundos de requerimento de abertura de inquérito formulado pela Coelba em 2004 (fls. 24 a 29), e que deram azo à Ação Penal que se pretende trancar, trazendo no seu bojo a narrativa de que a empresa D & S Serviços de Cobrança Ltda., administrada "de fato" pelo recorrente, celebrou contrato de prestação de serviços com a referida Companhia, tendo como objeto o recebimento dos valores relativos ao pagamento de contas de energia elétrica com a obrigação de efetuar o respectivo repasse, mediante depósito, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o que deixou de ser cumprido com relação ao numerário arrecadado nos dias 26, 27 e 28 de março de 2003 (fls. 21, 139 e verso).

Entretanto, da documentação acostada aos autos, verifica-se que não sendo satisfeita a tempo a apontada obrigação, segundo as declarações prestadas pelo recorrente perante a autoridade policial, "quando se deu conta que não poderia arcar com os débitos existentes compareceu à Coelba no dia 29.05.2003 e solicitou suspensão dos serviços, propondo um acordo para pagar o débito" (fls. 60). Realmente, vê-se que as partes do aludido contrato (fls. 37 a 49), no dia 30 daquele mesmo mês, firmaram termo de rescisão contratual e reconhecimento de débito, restando acordado o pagamento da dívida em parcelas (fls. 15 a 17). Embora o recorrente não tenha restituído os valores na data aprazada no acordo, consoante se observa da declaração subscrita pelo Gerente da Coelba, a empresa devedora "pagou integralmente, no período de 30.04.2004 a 30.06.2006, o débito que possuía junto a essa Concessionária, referente ao contrato de Prestação de Serviços de Recebimento de Constas e/ou Arrecadação, n. 4600003629, cujo parcelamento foi fruto de acordo judicial, celebrado em 17.03.2004" (fls. 18).

Observa-se, ainda, que também no ano de 2004 a Companhia em testilha informou à autoridade policial a respeito da celebração do acordo e mesmo assim, em 2005, foi ofertada a acusação pelo Ministério Público (fls. 66 a 69), sendo recebida no Juízo de Primeiro Grau em 16.11.2005 (fls. 75), o qual informou que em 02.05.2006 houve oferecimento de aditamento, que também foi recebido (04.07.2006) (fls. 126 e 140).

Ao exarar parecer no *writ* originariamente impetrado, a douta Procuradora de Justiça, opinando favoravelmente à concessão da ordem, procedeu relato

pertinente aos fatos descritos na denúncia e dos documentos que lhe deram suporte, concluindo que "o tratamento penal aqui é um excesso. A conduta do paciente que não está descrita no aditamento multireferido, não tem repercussão na esfera criminal, caracterizando tão só ilícito civil a ser resolvido, como foi, na respectiva área" (fls. 149).

Com razão pronunciou-se o *Parquet* Estadual, pois, apesar de a composição civil não ter o condão de excluir a tipificação do delito, não é menos certo que a ausência de dolo demonstra que a seara penal deve ser empregada como *ultima ratio*, ante a atipicidade da conduta do recorrente, porquanto, mesmo que não haja controvérsia quanto à veracidade dos fatos apresentados, verifica-se, de forma cristalina, que ele não teve a intenção de apropriar-se dos valores arrecadados, tendo em vista que no terceiro dia subseqüente à ausência de repasses, como responsável pela administração da D & S Serviços de Cobrança Ltda., foi até a Coelba e pleiteou, com urgência, o descredenciamento daquela empresa por ele gerenciada, visando não causar mais prejuízos à contratante, justificando que a administração do banco onde os créditos da contratada eram depositados retirava sem seu controle os valores referentes à cobertura do cheque especial.

Anote-se, ademais, que o recorrente, consoante já acentuado procurou a referida Companhia 48h (quarenta e oito horas) após o término do prazo para o repasse do dia 26, 24h (vinte e quatro horas) depois do prazo do dia 27 e dentro do prazo contratual estipulado para o repasse das verbas do dia 28, ou seja, no dia 29.05.2003, tendo a Coelba concordado com a proposta de pagamento, transacionando o débito que o recorrente, *a posteriori*, quitou, conforme declaração expedida pela própria empresa de energia elétrica (fls. 18).

Assim, não se pode conceber que a denúncia, no caso, narra conduta que se enquadra no tipo inserto no art. 168 do Código Penal, o qual prevê pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão e multa para quem "Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção", exigindo-se, no entanto, para a configuração do ilícito penal a demonstração do *animus rem sibi habendi*, como há muito, com sapiência peculiar, ressaltado na lição de Nelson Hungria quanto ao tema, *in verbis*:

> Notadamente quando a coisa continua em poder do agente, ou não tenha sido por ele alienada ou consumida, cumpre ter em atenção que a simples negativa de restituição ou omissão de emprego ao fim determinado não significa, ainda que *contra jus*, necessária e irremissivelmente, apropriação indébita: para que este se apresente, é indispensável que a negativa ou omissão seja precedida ou

acompanhada de circunstâncias que inequivocamente revelem o arbitrário *animus rem sibi habendi,* ou que não haja, de todo, qualquer fundamento legal ou motivo razoável para a recusa ou omissão.

A simples mora em restituir, ou a simples desídia no omitir, não é apropriação. É preciso, antes de tudo, não confundir com apropriação indébita os casos em que apenas cabe recurso ao juízo civil. Sabe-se que, não infreqüentemente, se recorre ao juízo penal, dando-se color de tal crime as simples inadimplências contratuais *(in* Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, v. VII, p. 135).

Por oportuno, leia-se a ensinança de Rogério Greco esposada *in* Curso de Direito Penal:

O delito de apropriação indébita somente pode ser praticado dolosamente, não existindo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, para que possa praticar a infração penal em estudo, deve agir com o chamado *animus rem sibi habendi,* ou seja, a vontade de ter a coisa para si, como se fosse dono.

[...].

Importante frisar que, no caso concreto, deve ficar completamente demonstrada a intenção do agente em se apropriar da coisa alheia móvel, não se podendo cogitar, por exemplo, no delito em estudo, quando o agente, depois de solicitada a coisa pelo seu dono, demora em devolvê-la, não agindo, pois, com a finalidade de inverter o título da posse" (parte especial. 5ª ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008, vol. III, p. 205).

Esta Corte de Justiça, aliás, concernente à matéria já decidiu:

Processual Penal e Penal. Apropriação indébita. Inexistência de dolo. Descaracterização. Trancamento da ação penal.

A figura da apropriação indébita pressupõe o dolo específico, ou seja, tomar para si a coisa de que tem posse, com a vontade de não restituí-la ou desviá-la da finalidade para a qual a recebeu, não sendo punível a título culposo.

Ordem concedida (HC n. 5.308-RS, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, publicado no DJU de 1º.06.1998, e *in* RT n. 737/563).

Portanto, no caso *sub examine*, a simples mora em restituir os valores não pode ser considerada apropriação indébita, pois o recorrente não revelou a intenção de apossar-se dos créditos e, com urgência, procurou a contratante para não causar maiores danos à empresa de energia, razão por que é descabida a imputação criminal que lhe foi dirigida, ante a ausência do elemento subjetivo do tipo, essencial à configuração do crime de apropriação indébita, qual seja, a intenção de ficar com a coisa recebida.

A título ilustrativo, salienta-se que a sistemática penal brasileira, após o advento da Lei n. 7.209/1984, aderiu a teoria finalista da ação criada por Welzel, onde é consagrada pela doutrina que a intenção ou finalidade do agente em determinado comportamento é de transcendental importância, vez que o dolo integra a própria conduta típica, devendo, então, haver relação entre a descrição objetiva e a subjetiva do tipo.

E pertinente à possibilidade de trancamento da ação penal nunca é demais lembrar a lição deixada pelo saudoso jurista Julio Fabbrini Mirabete, na obra *Processo penal*, na qual explicita que "somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da fumaça do bom direito, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal" (4ª ed. São Paulo: Atlas, p. 706).

Apropriada, aliás, a doutrina do renomado Damásio E. de Jesus, *in* Código de Processo Penal anotado, acerca do tema, pois explana que "para perquirição da falta de justa causa, é possível sua análise, desde que tal exame não tenha que se fazer aprofundada ou analiticamente" (8ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 411).

Nesse sentido colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Ação penal [...] Tipicidade da conduta não comprovada. Ausência de adequação entre o fato e a norma. Ação penal improcedente.
>
> 1. As provas demonstraram que o Réu não pode ser responsabilizado penalmente, devendo ser absolvido da conduta descrita na denúncia por ausência de tipicidade.
>
> [...].
>
> Ação penal improcedente. (AP n. 423-RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2007).

No mesmo diapasão vide daquela Corte de Justiça Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 80.411-ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJU de 02.03.2001, p. 18; RTJ n. 79, p. 866; e RTJ n. 40, p. 47.

Transcreve-se, ainda, decisão deste Superior Tribunal, na qual, em sede de *habeas corpus*, concluiu-se pelo trancamento da ação penal ante a atipicidade da conduta:

> *Habeas corpus* [...] Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta descrita na denúncia. Rejeição. Concessão da ordem.
>
> [...].
>
> 4. Arredada a tipicidade objetiva da conduta, há de ser a inicial acusatória rejeitada, à luz do que determina o artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal.
>
> 7. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal (HC n. 16.153-RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, publicado da RSTJ n. 164, p. 496).

Nesse passo, sendo o trancamento da ação penal, em sede de *habeas corpus*, admissível apenas nos casos em que, de forma perfunctória, verifica-se a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, a deficiência na exordial acusatória, e ainda a atipicidade da conduta, como na hipótese em apreço, forçoso é convir que merece acolhida a medida excepcional no caso *sub judice*, ante o aferimento da inexistência de justa causa apta a legitimar a coarctação da *actio poenalis* deflagrada contra o recorrente, porquanto emerge de plano da exegese do delito capitulado na inicial acusatória e da simples leitura dos documentos acostados aos autos.

Assinala-se, ainda, que os gravames e prejuízos trazidos a quem sofre uma ação penal são incalculáveis, e se desde logo se ressumbra que o agente sequer em tese violou a figura tipo contra ele assestada, é preferível que se tranque a persecução criminal, restabelecendo-se a dignidade do cidadão.

Não fosse isso, contata-se que a persecução criminal foi instaurada contra o recorrente em razão de aditamento à denúncia, no qual o Órgão Acusador cingiu-se à seguinte descrição:

> O representante do Ministério Público, no uso de uma de suas atribuições legais vem a presença de V. Exª aditar a denúncia para incluir como também autor do fato delituoso Eduardo da Cunha Rego Falcão conforme a prova documental anexada às fls. 46/48 dos autos (fls. 139).

Como expõe Fernando da Costa Tourinho Filho, certas formalidades devem ser observadas quando da confecção da denúncia e/ou do seu aditamento, destacando o autor as seguintes:

> a) A exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Não há necessidade de minúcias, contudo não pode ser sucinta demais. Deve restringir-se ao indispensável à configuração da figura delitual penal e às demais circunstâncias que

> envolverem o fato e que possam influir na sua caracterização. Sempre que possível deve ser feita alusão ao lugar, ano, mês, dia e hora em que o crime foi praticado, bem como referência aos instrumentos empregados e ao modo como foi cometido. Na denúncia ou queixa o Acusador pede a condenação do acusado ou querelado, e, para fazê-lo, deve imputar-lhe a prática de uma infração penal, a causa *petendi*, a razão do pedido de condenação. João Mendes Júnior dizia que a peça acusatória é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, apontando o seu autor (*quis?*), os meios que empregou (*quibus auxilis?),* o mal que produziu (*quid?),* os motivos *(cur?),* a maneira como o praticou *(quomodo?*), o lugar *(ubi?*) e o tempo (quando?) [...] *(Código de Processo Penal Comentado*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 113 e 114).

Continuando o ensinamento, lembra a necessidade de que a peça acusatória esteja de acordo com os ditames insertos no art. 41 do Estatuto Processual Penal, veja-se:

> Essa exigência de descrição circunstanciada, contida no art. 41 do CPP, torna-se essencial se a acusação é dirigida a diversas pessoas [...].
>
> Os princípios do contraditório e da ampla defesa, diz o Ministro Vicente Cernicchiaro, 'exigem imputação, de modo que o denunciado conheça o fato' objeto da acusação, o que 'é válido também para os delitos coletivos' (STJ, RHC n. 4.727, 6ª Turma, DJU, 20.11.1996, p. 39640-1) (ob. cit., p. 114 e 115).

Não se olvida que a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, no caso de concurso de pessoas, só é imprescindível na existência de divisão de tarefas, devendo ser apontado em que os autores e os partícipes concorreram material e/ou moralmente para a perpetração delitiva, entretanto, no caso, da peça acusatória transcrita, infere-se que não houve a narração da ação, sequer de forma genérica, em relação ao recorrente, a fim de possibilitar amplamente a defesa da imputação que lhe foi lançada.

Ora, não existindo no direito penal a culpa objetiva, torna-se necessário que o Órgão Ministerial, na inicial, demonstre a ação ou omissão praticadas pelos agentes, o seu nexo de causalidade com o resultado danoso, e o elemento subjetivo que envolve a realização do tipo penal, o que não ocorreu na espécie, pois, primeiramente, houve denúncia em nome de Joana Paula Gomes Ribeiro e Matheus Reis da Silva, sobrinha do recorrente e namorado daquela, respectivamente, como autores da apropriação indébita, sob a condição de representantes da empresa D & S Serviços de Cobrança Ltda. (fls. 20 a 22). Sobreveio aditamento em que se limitou simplesmente a incluir o nome de Eduardo da Cunha Rego Falcão, sem, contudo, especificar a sua vinculação no evento anteriormente denunciado.

Além disso, pecam, tanto a peça vestibular quanto o seu aditamento, por não descrever o elemento tipificador do crime imputado - apropriação indébita -, consistente no dolo específico de atuar dos agentes.

Sabe-se que "a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, é de se concluir, num primeiro raciocínio, que deveria a denúncia mencionar todos os elementos componentes do delito, segundo a definição acima transcrita, baseada na nova sistemática adotada pela reforma de 1984." Isto é, além da descrição da ação típica e sua ilicitude, deveria a denúncia, também, descrever a culpabilidade.

"Raciocinando com mais vagar, todavia, verifica-se que assim não se passa na realidade. A culpabilidade, que diz respeito a um juízo de censura, de reprovação do autor do fato, fica, no mais das vezes, inquestionada nos autos, com graves conseqüências sociais.

"A denúncia, como se sabe, é o libelo contra o qual irá o réu se defender. O que nela não estiver contido não será objeto de apreciação judicial. Não se pode, por isso, postergar-se o questionamento da culpabilidade para o final da instrução" (Rui Cascaldi. O conceito de delito e o direito processual penal. *in Justiça penal: Crimes hediondos, erro em Direito Penal, juizados especiais* de Ada Pellegrini Grinover *et alii*, coordenado por Jaques de Camargo Penteado, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 118 e 119).

Assim, tratando-se de crime doloso, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia e o seu aditamento, tinha também a obrigação de definir o dolo direto ou eventual, e em que constituiu esta conduta por parte dos acusados, o que, *data venia*, *in casu*, em momento algum restou descrito, saltando aos olhos o constrangimento ilegal que vêm sofrendo o recorrente e os demais denunciados com a deflagração da ação penal em questão.

Nessas hipóteses Vicente Greco Filho leciona:

> A falta de descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver trancamento da ação penal por *habeas corpus* (Manual de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 114).

O Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, ementou:

> *Habeas corpus*. Constitucional e Processual Penal. Crime societário. Apropriação indébita de contribuição previdenciária. Inépcia da denúncia: imputação genérica e ausência de nexo de causalidade. Prejuízo ao exercício da ampla defesa (Constituição do Brasil, artigo 5º, inciso LV).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de que a descrição genérica da conduta nos crimes societários viola o princípio da ampla defesa. É inepta a denúncia pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária quando fundada tão-somente na circunstância de o paciente constar do quadro societário da empresa. É necessário o mínimo de individualização da conduta e a indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata, sem o que fica impossibilitado o exercício da ampla defesa (Constituição do Brasil, artigo 5º, inciso LV).

Ordem concedida (HC n. 93.683-ES, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 26.02.2008).

Não diverge da orientação recente julgado desta Corte de Justiça, leia-se:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Denunciação caluniosa. Alegação de atipicidade. Denúncia que não descreve, a contento, o comportamento tido como típico. Inépcia da inicial.

1. Deve o acusador formular a incoativa narrando o comportamento tido como típico com todas as suas circunstâncias. Caso contrário, malogrará em persecução penal eivada de nulidade, em razão da inépcia da inicial. Não fornecendo a denúncia elementos mínimos para se divisar o comportamento delitivo, não há como se perquirir sobre a tipicidade, ou não, da conduta.

2. Ordem concedida, em menor extensão, apenas para determinar a anulação da ação penal a partir da denúncia (HC n. 66.195-RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26.08.2008, publicado no DJe de 22.09.2008).

Finalmente desta colenda Turma cita-se:

Habeas corpus [...] Inépcia da denúncia. Ocorrência. Ausência de descrição mínima da conduta do paciente [...] Inamissibilidade. Ordem concedida.

1. A formulação de qualquer denúncia criminal se acha submetida a exigências legais absolutamente insuperáveis, dentre as quais avulta a da exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), sem cujo integral atendimento não pode ser validamente exercido o poder de denunciar ou restará a iniciativa denunciatória carente de aceitabilidade judicial, devendo ser prontamente rejeitada pelo Juiz que a examina.

[...].

4. Concede-se a ordem, para declarar a nulidade da denúncia oferecida em desfavor do ora paciente, por inépcia, facultando ao Ministério Público apresentar nova peça acusatória, perante o Juízo competente, em que pese o parecer ministerial

em sentido contrário" (HC n. 86.259-MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10.06.2008, publicado no DJe de 18.08.2008).

Ante todo o exposto, evidente, dessarte, o constrangimento ilegal que vem sofrendo o recorrente com a deflagração do Processo-Crime em exame, pois, além da inépcia da peça acusatória, desponta nítida a atipicidade da conduta, razões pelas quais, *ex vi* do contido no art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal, dá-se provimento ao recurso, para trancar a Ação Penal n. 886547-3/2005, que tramita perante a 7ª Vara Crime da comarca de Salvador-BA.

Por fim, diante do teor dos documentos juntados a fls. 31 a 36, 62 a 64, 94 a 99, e do inserto no art. 580 do Código de Processo Penal, encontrando-se os co-réus não-recorrentes em situação fático-processual idêntica ao recorrente, estende-se os efeitos desta decisão a Matheus Reis da Silva e Joana Paula Gomes Ribeiro.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 24.602-MG (2007/0160151-6)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Dante Souto Rocha
Advogado: Getulio Barbosa de Queiroz
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Marconi Bastos Saldanha e outro(s)

EMENTA

Direito Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público em estágio probatório. Exoneração. Exigência dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Exoneração após aquisição da estabilidade. Não-cabimento. Art. 41 da Constituição Federal. Recurso provido.

1. Em se tratando de exoneração de servidor público que se encontra em estágio probatório, não se apresenta necessário prévio processo administrativo disciplinar. No entanto, devem-lhe ser assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes do STJ.

2. Não obstante os fundamentos do acórdão recorrido, não há notícia nos autos da instauração de um procedimento em que tenha o recorrente figurado formalmente como acusado.

3. Adquire estabilidade o servidor após exercer efetivamente por 3 (três) anos cargo provido mediante concurso público, razão por que, transcorrido esse prazo, não mais se cogita de avaliação de desempenho em estágio probatório, exceto se houver justificativa plausível para a demora da Administração. Inteligência do art. 41 da Constituição Federal.

4. A eventual demora na publicação de um ato normativo local, disciplinando a avaliação de servidores públicos estaduais, porque destituído de poderes para alterar o texto constitucional, não se apresenta capaz de dilatar o prazo peremptório em tela.

5. Hipótese em que o recorrente tomou posse e entrou em exercício em 29.07.2002 e foi "exonerado" do cargo de Professor de Educação Física do Estado de Minas Gerais em 11.02.2006, por ter sido reprovado na avaliação do estágio probatório, quando, no entanto, já alcançara estabilidade no serviço público.

6. No caso em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade dos enunciados das Súmulas n. 269-STF e 271-STF.

7. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 1º.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Dante Souto Rocha, com base no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 77):

> Administrativo. Mandado de segurança. Exoneração do impetrante de cargo do serviço público estadual. Estágio probatório. Processo de avaliação de desempenho. Observância dos preceitos constitucionais. Legalidade do ato de desligamento. 1 – Durante o estágio probatório, o servidor público deve submeter-se à avaliação especial de desempenho (Constituição da República, art. 41, § 4º), cuja conclusão, se for insatisfatória, poderá ensejar a sua exoneração, a qual não se reveste de natureza sancionadora. 2 – Se o desligamento do requerente do serviço público estadual decorreu de processo de avaliação de desempenho no qual se atendeu a todas as formalidades legais, especialmente a regular instituição de comissão avaliadora e a observância do contraditório e ampla defesa administrativos, não se revela líquido e certo o direito do impetrante de reintegrar-se no cargo de que foi exonerado. 3 – Segurança denegada.

O recorrente alega que foi exonerado do cargo de Professor de Educação Física do Estado de Minas Gerais porque, no estágio probatório, restou constado que sua freqüência teria correspondido a 85% (oitenta e cinco) por cento, quando o mínimo exigido era de 95% (noventa e cinco) por cento.

Sustenta que foi efetivado no cargo público em 2002, quando ainda não teria sido regulamentada a avaliação em estágio probatório, o que teria ocorrido por meio do Decreto Estadual n. 43.764/2004. Argumenta, em essência, que foi exonerado sem que lhe fosse dado conhecimento da constituição da comissão de avaliação de desempenho, sem a abertura de um procedimento administrativo em que lhe fosse assegurado o devido processo legal, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório (fls. 88/94).

O Estado de Minas Gerais apresentou contra-razões (fls. 100/104).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Morais Filho, opina pelo provimento do recurso (fls. 114/116).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, cabe transcrever as Súmulas do Supremo Tribunal Federal que se mostram pertinentes à matéria posta em debate:

> É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso. (Súmula n. 20-STF)
>
> Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. (Súmula n. 21-STF)

Em observância à mencionada orientação jurisprudencial, que é antiga, frise-se, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, para a exoneração de servidor público que se encontra em estágio probatório, não se apresenta necessário processo administrativo disciplinar. No entanto, devem-lhe ser assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

> Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Exoneração de servidor público em estágio probatório. Art. 41, § 4º, CR/1988. Desnecessidade de processo disciplinar. Garantia da ampla defesa. Recurso desprovido.
>
> I - Para exoneração de servidor público, em estágio probatório, é desnecessário processo administrativo disciplinar, devendo ser assegurado apenas o direito de ampla defesa.
>
> II - Assegurada ampla defesa, inexiste ilegalidade ou abuso de poder praticados pela autoridade coatora, tampouco direito líquido e certo da servidora de ser reintegrada no cargo.
>
> III - Recurso desprovido. (RMS n. 15.201-RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 14.11.2005)
>
> Recurso em Mandado de Segurança. Administrativo. Magistrado. Processo de vitaliciamento. Nulidade.
>
> 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, na letra do enunciado 21 de sua Súmula, estabeleceu que o "funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade", entre as quais, como é da doutrina e da jurisprudência de nossos Tribunais e deste Superior Tribunal de Justiça, estão o direito ao contraditório e à ampla defesa, na exata medida em que, embora não seja penalidade a exoneração do servidor público de desempenho ineficaz ou que não satisfaça as exigências legais, objetivas e subjetivas, da função pública, constitui induvidosa perda material e, até, moral, precisamente porque se lhe nega almejado exercício de função pública.
>
> 2. É do Estado o poder-dever de apurar e demonstrar a inaptidão para a função judicante do agente político, em processo de vitaliciamento.
>
> 3. Recurso parcialmente provido. (RMS n. 13.967-PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 10.03.2003)

> Recurso administrativo em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público municipal. Concurso público. Exoneração. Inobservância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ilegalidade. Precedentes do STJ. Agravo interno desprovido.
>
> (...)
>
> III - Este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar casos análogos ao presente, consolidou entendimento no sentido de que a exoneração de servidores concursados e nomeados para cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa. Precedentes.
>
> IV - Agravo interno desprovido. (AgRg RMS n. 21.078-AC, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 28.08.2006)

Narram os autos que o recorrente – exonerado do cargo de Professor de Educação Física por ato do Secretário do Estado de Educação de Minas Gerais – foi notificado para se manifestar a respeito do denominado "processo de infreqüência" (fl. 41).

Não obstante os fundamentos do acórdão recorrido, não há notícia da instauração de um processo administrativo em que tenham sido observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. O recorrente apresentou tão-somente uma justificativa por escrito (fl. 43), em atendimento a ofício que lhe foi encaminhado (fl. 41). Não houve a instauração de um procedimento em que tenha figurado formalmente como acusado.

Além disso, o recorrente tomou posse e entrou em exercício em 29.07.2002 (fl. 11). No entanto, recebeu referida notificação para se manifestar a respeito da suposta ausência desmotivada ao serviço em 22.12.2005 (fls. 40/41) e foi "exonerado", sem uma motivação idônea, em 11.02.2006 (fl. 13), quando já teria alcançado estabilidade no serviço público.

Ressalto que a exoneração deu-se como resultado da Avaliação Especial de Desempenho do Servidor em período de estágio probatório (fls. 53/54).

A respeito, preconiza a Constituição Federal:

> Art. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
>
> § 1º O servidor público estável só perderá o cargo:
>
> I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
>
> II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

> III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Pela redação do texto constitucional, adquire estabilidade o servidor público após exercer efetivamente cargo provido mediante concurso público pelo prazo de 3 (três) anos, fixado constitucionalmente, razão por que, transcorrido esse período, não mais se cogita, em regra, de avaliação de desempenho em estágio probatório, exceto se houver justificativa plausível para a demora da Administração, o que não se verifica na hipótese.

Eventual atraso na publicação de um ato normativo local, disciplinando a avaliação de servidores públicos estaduais, porque destituído de poderes para alterar o texto constitucional, não se apresenta capaz de dilatar o prazo peremptório em tela.

No caso, o recorrente já era estável no serviço público quando recebera a notificação e, por conseguinte, quando fora "exonerado". Daí porque seu desligamento, se fosse o caso, deveria ter ocorrido conforme § 1º do art. 41 da Lei Fundamental.

É oportuno registrar que, na técnica do Direito Administrativo, a demissão constitui penalidade aplicável ao servidor público. A exoneração dá-se quando não satisfeitas as exigências do estágio probatório para os ocupantes de cargos de provimento efeito.

A respeito, transcrevo a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 491):

> A *exoneração* não é penalidade; ela se dá a pedido ou *ex officio*, neste último caso quando se tratar de cargo em comissão ou, no cargo efetivo, quando não satisfeitas as exigências do estágio probatório ou quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido (arts. 34 e 35 da Lei n. 8.112/1990).
>
> Já a *demissão* constitui penalidade decorrente da prática de ilícito administrativo; tem por efeito desligar o servidor dos quadros do funcionalismo. (grifos nossos)

Por conseguinte, a adoção do termo "exoneração" demonstra, de fato, que o desligamento do recorrente deu-se em razão do estágio probatório, o que se apresenta incabível, conforme exposto.

Por fim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o MS n. 12.397-DF, de minha relatoria, DJ de 16.06.2008, firmou compreensão segundo a qual, na hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos,

parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade das Súmulas n. 269-STF e 271-STF.

Do voto condutor do julgado extraio o seguinte excerto, que bem esclarece as razões que passaram a prevalecer na hipótese:

> Refoge à lógica do razoável obrigar o servidor a ingressar novamente em juízo para cobrar diferenças relativas a período aquém da data do ajuizamento do *mandamus*, se tal pode e deve – *sem menosprezo aos direitos e garantias do devedor*, que deve pagar exatamente o que deve, nem mais, nem menos, como é óbvio, tal como se apurar –, inclusive, se necessário for, nos mesmos autos do *writ*, conforme, por exemplo, preconizado na Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC, arts. 475-A e seguintes. Em geral, administrativamente, o próprio órgão ao qual vinculado funcionalmente o servidor tem como fazer e disponibilizar os cálculos dos valores atrasados, efetuando o seu pagamento, independentemente de precatório.
>
> Como sabemos, é uma constante a busca de soluções, as mais prontas e efetivas, nas resoluções dos conflitos judiciais. É a permanente luta contra a morosidade, mal maior, talvez, da prestação jurisdicional, de difícil superação. Assim, sempre que possível – sem violar as normas de regência e muito menos os princípios jurídicos –, mas, ao contrário, atribuindo-lhes racional inteligência, devemos buscar soluções que se harmonizem com tal propósito, em favor do próprio interesse público, da cidadania, destinatária final e única, a rigor, dos serviços públicos, inclusive daqueles, como cediço, prestados pelo Judiciário.
>
> Ainda no mesmo sentido, a própria Lei n. 8.112/1990, ao definir reintegração do servidor, em seu art. 28, *in fine*, determina que isso se dará "com ressarcimento de todas as vantagens". Tal pressupõe, logicamente, que se restaure, materialmente, pecuniariamente, tudo o que se perdeu em razão da demissão que veio a ser invalidada judicial ou administrativamente. Para se alcançar esse objetivo legalmente expresso, a decisão deve retrotrair-se à data a partir da qual ocorreu a lesão ao direito, resultando no dano cuja reparação veio a ser determinada, por uma de tais instâncias, não se coadunando com o propósito expresso da norma de que, caso tal decorra de decisão judicial em mandado de segurança, os efeitos patrimoniais o sejam só a partir da data em que o *mandamus* tenha sido impetrado, restando os atrasados para cobrança em lide diversa.
>
> Necessariamente, o "ressarcimento de todas as vantagens" presume, logicamente, a retroatividade material da decisão à data em que ocorreu a lesão ao direito, judicialmente corrigida. É mais uma razão que milita a fazer do

abrandamento das referidas Súmulas do STF e mesmo da Lei n. 5.021/1966, pois o contexto jurídico é bastante diverso daquele sob o qual tais precedentes sumulares e referido diploma normativo vieram a lume.

10 – Além disso, diante da circunstância de que o art. 18 da Lei n. 1.533/1951 confere o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência do ato impugnado, para a impetração do *mandamus*, e a parte interessada dele se utiliza, a repercussão financeira retroativa na hipótese é mera conseqüência do reconhecimento da prática do ato ilegal ou abusivo violador do direito líquido e certo do impetrante.

No atual estágio em que se encontra o Direito Processual Civil, seria um evidente retrocesso, que violaria os princípios da celeridade e da economia processual, remeter às vias ordinárias o servidor público ao qual foi concedida a segurança tão-somente para executar parcelas, em regra, de valor não muito expressivo, relativas a um curto período de tempo, de no máximo 120 (cento e vinte) dias, e decorrentes do próprio vínculo funcional.

11 – Nesse contexto, cabe registrar que a alteração no texto da Constituição Federal que excluiu do regime de precatório o pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor aponta para a necessidade de revisão do alcance das Súmulas n. 269-STF e 271-STF e, por conseguinte, do art. 1º da Lei n. 5.021/1966, principalmente em se tratando de débitos de natureza alimentar, tal como no caso em exame, que envolve verbas remuneratórias de servidores públicos.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário. *Concedo a segurança* para anular o ato de exoneração. Determino a reintegração do recorrente ao cargo público de Professor de Educação Física, com efeitos patrimoniais contados da data da publicação do ato de exoneração ilegal. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 25.950-PR (2007/0298308-3)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Job da Luz de Freitas
Advogado: Beatriz Adriana de Almeida
Recorrido: Estado do Paraná
Procurador: Maria Augusta Corrêa Lobo e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional e Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Participação de membros do Ministério Público no Conselho da Polícia Civil. Possibilidade. Vício no ato citatório. Inexistência. Aplicação da pena de demissão. Desproporcionalidade verificada na espécie. Recurso ordinário provido.

1."A participação de 2 (dois) membros do Ministério Público na composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, conforme o art. 6º, inc. IV, da Lei Complementar Estadual n. 14/1982, com a redação determinada pela Lei Complementar Estadual n. 98/2003, não contraria o disposto nos arts. 128, § 5º, inc. II, letra **d**, 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal." (RMS n. 22.275-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 19.05.2008).

2. Constando do ato citatório a capitulação legal em que o servidor teria incidido, além da descrição dos fatos, objeto do processo administrativo disciplinar, não há vício na citação, ademais quando inexiste demonstração de prejuízo pela defesa.

3. Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. (MS n. 12.927-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJU de 12.02.2008).

4. A imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerados para tanto. *In casu,* constata-se que a pena de demissão revelou-se excessiva. (nesse sentido MS n. 8.845-DF, Min. Hélio Quaglia Barbosa e RMS n. 23.143-SP, Min. Arnaldo Esteves Lima).

Recurso ordinário provido para anular o ato de demissão do impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 29.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Job da Luz de Freitas, com fulcro no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal de 1988, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

> Mandado de Segurança. Administrativo. Investigador de polícia. Processo disciplinar. Proposta de demissão. Conselho da Polícia Civil. Integrante do Ministério Público. Participação legal. Ato administrativo. Controle apenas de aspectos de legalidade. Cerceamento de defesa e nulidade da citação não configurados. Direito líquido e certo. Ausência. Segurança denegada (fl. 264).

Em suas razões, o recorrente alega que o julgamento realizado pelo Conselho da Polícia Civil é nulo por ofensa ao princípio do juiz natural, uma vez que tal órgão seria composto também por membros do Ministério Público, em desconformidade com as funções institucionais do *Parquet*. Suscita, por ofensa ao art. 128, § 5º, II, alínea **d**, da Constituição Federal, a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 14/1982 (Estatuto da Polícia Civil), com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 98/2003.

Sustenta, também, a tese segundo a qual a citação seria nula, já que não trouxera a descrição do fato imputado ao recorrente, além de ter o ato citatório se consumado por meio postal, quando, na verdade, deveria ser pessoal.

Defende, ainda, a invalidade do processo administrativo, por não ter a autoridade processante oportunizado à defesa o requerimento de diligências.

Afirma que o ato que importou na sua demissão é nulo, pois o Estatuto da Polícia Civil daquele Estado veda a conclusão de processo administrativo disciplinar em desconformidade com as provas dos autos e, nesse caso, não restou provada qualquer conduta que ensejasse a penalidade de demissão.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso ordinário, a fim de que, anulando-se o processo administrativo disciplinar, seja determinada a sua reintegração ao cargo anteriormente ocupado.

Contra-razões às fls 310/316.

Admitido o recurso na origem, os autos foram remetidos a esta c. Corte.

Em parecer de fls. 327/334, o douto Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narram os autos que o ora recorrente impetrou mandado de segurança perante o e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a fim de impedir que o Governador do Estado o demitisse do cargo de Investigador de Polícia, em razão de proposta do Conselho da Polícia Civil que, após processo administrativo disciplinar, sugeriu a sua demissão. A segurança foi denegada por meio do acórdão de fls. 264/268.

Irresignado, o recorrente interpôs o presente recurso ordinário, no qual busca a reforma do v. acórdão recorrido para que seja declarada a nulidade do processo administrativo disciplinar que culminou com a sua demissão.

Consta do relatório final da Comissão Processante que o recorrente, "quando prestava serviços na Delegacia de Polícia de Pinhais, em data não especificada, no mês de junho de 2005, teria retirado sem autorização da chefia da unidade e, se apropriado de um aparelho HT do patrimônio da Polícia Civil, alocado para uso da Delegacia de Pinhais, equipamento localizado depois, na Delegacia de Alto Maracanã, seu anterior local de trabalho (...)" (fl. 168).

No relatório do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, à fl. 184, consta que o impetrante afirmou "ter-se equivocado quando instado a devolver um aparelho HT de carga da Delpol de Alto Maracanã que tinha consigo quando lá lotado, o qual deixou de restituir quando removido, restituindo em seu lugar o aparelho da Delpol de Pinhais, desfazendo logo em seguida o equívoco".

Inicialmente, analiso a alegação do recorrente de que o art. 6º da Lei Complementar n. 14/1982, com a redação determinada pela Lei Complementar Estadual n. 98/2003, seria inconstitucional, por ofensa ao princípio do juiz natural e ao art. 128, § 5º, II, alínea **d**, da Constituição Federal, diante da previsão de que o Conselho da Polícia Civil seria composto, dentre outros, por 2 (dois) representantes do Ministério Público no Conselho da Polícia Civil. O citado dispositivo legal está vazado nos seguintes termos:

> Art. 6º. O Conselho da Polícia Civil, nos termos do artigo 47, parágrafo 2º, da Constituição do Estado do Paraná, é órgão consultivo, normativo e deliberativo, para fins de controle do ingresso, ascensão funcional, hierarquia e regime disciplinar das carreiras policiais civis, sendo integrado pelos seguintes membros:

(...)

IV – por dois representantes do Ministério Público, indicados pelo Procurador-Geral de Justiça*;*

Sobre o tema, esta Corte já teve a oportunidade de se pronunciar no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.275-PR, de relatoria do e. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*. Na ocasião, Sua Exa. deixou registrado que:

Inicialmente, o que veda o art. 128, § 5º, inc. II, letra **d**, é o exercício por membros do Ministério Público de qualquer outra função pública. *No caso, a participação no Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná não implica o exercício de outra função.* É a própria condição de integrante *parquet* que confere esse encargo. *Referido dispositivo constitucional não impede a participação de representantes do Ministério Público em órgãos consultivos, normativos e deliberativos.* Basta ver que, há longa data, eles integram, por exemplo, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o Conselho Penitenciário e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade.

Em conseqüência, a norma constitucional não tem o alcance que o recorrente pretende atribuir. De outra parte, a Constituição Federal não impede a participação de membros do Ministério Público em órgão consultivo ou deliberação da Polícia Civil. Pelo contrário, prevê o controle externo da atividade policial, razão pela qual a presença de Promotor de Justiça no Conselho da Polícia Federal encontra respaldo no texto constitucional. Ademais, não se trata de subordinação hierárquica ou controle interno. Tão-somente membros do Ministério Público estadual integram o mencionado Conselho, que é, inclusive, presidido pelo Delegado-Geral da Polícia Civil, nos termos do art. 6º, inc. I, da Lei Complementar Estadual n. 14/1982.

(...)

Em resumo, a participação de 2 (dois) membros do Ministério Público estadual na composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, conforme o art. 6º, inc. IV, da Lei Complementar Estadual n. 14/1982, com a redação determinada pela Lei Complementar Estadual n. 98/2003, não contraria o disposto nos arts. 128, § 5º, inc. II, letra **d***, 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal.*

O referido Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.275-PR restou ementado nos seguintes termos:

Constitucional. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Policial Civil do Estado do Paraná. Demissão. Participação de membros do Ministério Público no controle de atos disciplinares. Art. 6º, IV, da Lei Complementar Estadual n. 98/2003. Constitucionalidade. Competência do Conselho da Polícia Civil para

exercer o controle sobre os integrantes da carreira policial. Intimação do ato de distribuição. Ausência de prejuízo. *Bis in idem*. Não-ocorrência. Recurso improvido.

1. A participação de 2 (dois) membros do Ministério Público na composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, conforme o art. 6º, inc. IV, da Lei Complementar Estadual n. 14/1982, com a redação determinada pela Lei Complementar Estadual n. 98/2003, não contraria o disposto nos arts. 128, § 5º, inc. II, letra **d**, 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal.

2. A Lei Complementar Estadual n. 98/2003, ao revogar a Lei Complementar Estadual n. 89/2001, extinguiu as câmaras disciplinares e deixou de fazer distinção quanto aos auxiliares, agentes e autoridades policiais, atribuindo diretamente ao próprio Conselho da Polícia Civil a competência para exercer o controle do regime disciplinar sobre quaisquer dos integrantes da carreira policial. Preceito legal que encontra validade no art. 74, § 2º, da Constituição Estadual.

3. O servidor público foi devidamente acompanhado pelo seu advogado, regularmente constituído, durante todo o trâmite processual. Não houve demonstração de que a ausência de publicação do ato de distribuição do processo disciplinar no Conselho da Polícia Civil lhe trouxe prejuízos.

4. O recorrente foi punido pela prática de um ato ilícito devidamente apurado no processo disciplinar. O relator do processo tão-somente mencionou antecedentes funcionais que, todavia, não foram considerados na aplicação da pena de demissão. Não houve bis in idem ou contrariedade à Súmula n. 19-STF.

5. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 22.275-PR, *5ª Turma*, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJU de 19.05.2008).

Desta feita, inafastável a conclusão de que a participação de 2 (dois) membros do Ministério Público Estadual no Conselho da Polícia Civil, órgão perante o qual tramitou o processo administrativo contra o agora recorrente, não viola o princípio do juiz do natural e, muito menos, a norma segundo a qual os membros do Ministério Público não podem exercer nenhuma outra função pública. É o que se pode extrair de uma interpretação sistêmica e teleológica dos dispositivos constitucionais que tratam das funções institucionais do Ministério Público.

O ato citatório, por sua vez, não está eivado do vício apontado pelo recorrente - o de que inexiste a descrição do fato a ele imputado, uma vez que do mandado consta a capitulação legal em que ele teria incidido (fl. 121). *Além do mais, anexo ao mandado de citação, encaminhou-se ao recorrente cópia da portaria de instauração, a qual descreveu a conduta supostamente ilícita e que seria objeto*

de investigação e julgamento (fl. 102). Ademais, ainda que a citação estivesse viciada, o recorrente não demonstrou o prejuízo sofrido em razão dessa pretensa nulidade do ato o que afasta, sobremaneira, o reconhecimento de qualquer irregularidade no processo administrativo.

Não prospera, outrossim, a alegação de nulidade do procedimento por falta de intimação do patrono do recorrente para requerer diligências, pois o devido processo legal administrativo foi devidamente observado. Ao impetrante foi dada a faculdade a produção de provas e diligências. A defesa foi prestada por advogado que interveio em todas as fases do processo, tendo sido apresentada defesa prévia e alegações finais. *Não há, enfim, demonstração de que eventual pedido de diligência tenha sido feito e não apreciado pelo órgão competente.* Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Finalmente, no que se refere à suscitada ilegalidade quanto à motivação do ato tido por coator, tendo em vista as provas produzidas nos autos, ressalto que, sobre o tema, esta e. Corte já admitiu o controle jurisdicional em mandado de segurança, desde que, evidentemente, não seja necessária a dilação probatória para o deslinde da *quaestio*. Na mesma oportunidade, foi reconhecida a incidência dos princípios da proporcionalidade e o da culpabilidade no processo administrativo disciplinar.

Confirmo:

> Mandado de Segurança. Processo disciplinar. Discricionariedade. Inocorrência. Prova pré-constituída ausente. Inadequação da via eleita. Ordem denegada.
>
> I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente *os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade*, inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.
>
> *II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.* [...]
>
> (MS n. 12.927-DF, *3ª Seção*, de *minha relatoria*, DJU de 12.02.2008).

Portanto, a imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena. A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerados para tanto.

Nesse sentido, a doutrina:

> O modo como o julgador chega à fixação da sanção é, assim, vinculado aos fatos e peculiaridades de cada caso concreto, os quais devem ser (re)construídos no decorrer do devido processo administrativo disciplinar, mediante a participação dos envolvidos, ou seja, no discurso de aplicação das normas.

> Conseqüentemente, *é imprescindível que, no bojo do processo disciplinar, constem as informações objetivas sobre a culpabilidade do servidor e a demonstração dos eventuais danos que a conduta infracional resultou* (...).
>
> *Ao analisar a dosimetria da sanção disciplinar não se pode esquecer que se caminha no campo das relações de especial sujeição, nas quais é marcante o fato de não ser possível a previsão legal minuciosa das faltas funcionais e, portanto, das respectivas repercussões que cada uma delas acarretará ao interesse público. Não há destarte, uma correspondência tão precisa entre a infração e a sanção, como ocorre no Direito Penal, cujo regime jurídico e tipos de delitos são passíveis de serem tipificados de modo mais detalhado ou exaustivo* (PEREIRA, Flávio Henriquem Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 87) (g.n.).

Com efeito, o fato de a lei prever, para determinada conduta, a pena de demissão não torna prescindível um exame dos elementos que informam o juízo de proporcionalidade. Caso contrário, o princípio da individualização da pena seria inócuo.

Mais uma vez, valho-me de doutrina especializada:

> (...) *admite-se que certa conduta infracional que, em princípio* ("discurso da validade das normas"), *configuraria causa de demissão possa resultar em outra penalidade mais branda*, desde que tipificada na norma *prima facie* aplicável, em razão das particularidades fáticas do caso concreto ("discurso de aplicação das normas") (...) (idem, p. 83) (g. n.).

Portanto, a partir de tais referenciais teóricos, observo, na espécie, que nenhum dos depoimentos colhidos aponta para qualquer atitude desabonadora do Policial. Ao revés, a prova testemunhal revela que o impetrante, policial com mais de 20 anos de profissão, não possui registro funcional desabonador.

Sua conduta é revelada pelas provas dos autos. Confira-se:

> (...) que o processado Job, sempre demonstrou excelente trabalho e manteve muito bem cuidado os bens do patrimônio da delegacia em que trabalhava. (...) (Testemunha *Marcus Vinicius da Costa Michelotto* - fls. 125/126)
>
> (...) que o servidor Job sempre foi um funcionário exemplar e nunca cometeu nenhuma falta que tenha conhecimento. Que na época em que o Job foi seu funcionário sempre era o responsável pelos bens da delegacia, inclusive das armas. (...) que conhece os delegados com que Job trabalhou e sempre eles falaram muito bem dele. (...) que o servidor Job, sempre demonstrou excelente trabalho e mantinha muito bem cuidado os bens do patrimônio da Delegacia. A depoente disse que além de conhecer o trabalho do processado, sabe-se que ele em todas

as delegacias que passou sempre era bem disciplinado. (...) (Testemunha *Maritza Maira Haisi* - fls. 127/128)

(...) Que o Job sempre desempenhou muito bem as suas funções e o depoente não sabe de nenhuma situação que desabone a conduta dele. (...) (Testemunha *Roberto Assis Martins Mendes* - fls. 131/132).

(...) Que a depoente não sabe de nenhuma conduta que desabone a conduta do do processado. (...) que o processado Job, sempre foi ótimo funcionário e era o superintendente do delegado Michelotto e em outras delegacias. (...) que o processado Job, quando era do superintendente do Dr. Michelotto, sempre desempenhava muito bem as funções e sempre mostrava-se muito competente. A depoente disse que além de conhecer trabalho do processado, sabe-se que ele em todas as delegacias que passou sempre era bem disciplinado. (...) (Testemunha *Andreia Greinert* - fls. 133/134)

Outrossim, deve-se ter em conta que a conduta do impetrante não resultou prejuízo algum para a Administração, posto que os rádios de comunicação foram devolvidos.

Não vislumbro, portanto, legalidade na motivação do ato sancionador, no que diz respeito à dosimetria da pena, uma vez que a demissão revela-se excessiva.

Nesse entendimento:

Administrativo. Mandado de Segurança. Processo administrativo disciplinar. Vícios formais. Inexistência. Decadência não operada. Aplicação da pena de demissão. Desproporcionalidade verificada na espécie. Segurança concedida em parte.

1. Preliminares afastadas. Decadência não operada.

2. *A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades da espécie.*

3. Segurança concedida em parte para o fim específico de anular-se a Portaria n. 944, de 27 de agosto de 2002, que demitiu o impetrante do cargo de Agente Administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sem prejuízo de eventual apenamento menos gravoso, pelas infrações disciplinares detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar instaurado.

(MS n. 8.845-DF, *3ª Seção*, Rel. Min. *Hélio Quaglia Barbosa*, DJU 06.02.2006).

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Delegado de polícia. Demissão. Utilização de veículo roubado. Crime de receptação e utilização dolosa do veículo não comprovados. Princípio da proporcionalidade. Aplicação. Indeferimento de provas. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Recurso ordinário parcialmente provido.

1. É firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. Precedentes.

2. O indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório, não enseja cerceamento de defesa.

3. *Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros).*

4. Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena de demissão ao recorrente, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo com mais de dezesseis anos de serviço e sem antecedentes disciplinares, por ter sido flagrado dirigindo veículo anteriormente roubado, sem que restasse comprovada no processo administrativo disciplinar a que foi submetido a prática do crime de receptação de que foi acusado ou o dolo na utilização do veículo.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração do recorrente ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso.

(RMS n. 23.143-SP, *5ª Turma*, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ 19.05.2008).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para anular o ato administrativo que demitiu o impetrante.

É o voto.

Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 76.496-BA (2007/0024246-0)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)
Impetrante: Fabiano Almeida Resende
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Paciente: José Antônio Correia de Sousa

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Penas restritivas de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Vedação legal. Ordem concedida.

1. É cabível *habeas corpus* para sanar constrangimento decorrente de execução provisória de penas restritivas de direitos, cuja potencialidade lesiva ao direito de locomoção está representada pela sua conversibilidade em pena privativa de liberdade.

2. É expressamente vedada a execução provisória de pena restritiva de direitos, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória. (Precedentes deste STJ).

3. Ordem concedida, ratificada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJe 10.11.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se *de habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra decisão exarada pelo

Tribunal *a quo*, em favor de paciente condenado à pena privativa de liberdade, substituída por restritiva de direitos.

Após a interposição de recurso em 2ª instância, foi determinada a extração de carta de sentença para a provisória execução da pena.

Comprovada a interposição de Recurso a Tribunal Superior.

Daí o *writ*.

O paciente alega sofrer constrangimento ilegal em virtude de a decisão que determinou a execução provisória ser ilegal, pois em divergência com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que não admite o cumprimento antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência.

Requereu, liminarmente, a suspensão do cumprimento das penas restritivas de direito aplicadas ao paciente até a decisão de mérito deste *writ*, e, no mérito, sua confirmação, para que fiquem suspensas até o trânsito em julgado da condenação.

A medida de urgência foi deferida pelo então relator, o eminente Ministro Paulo Medina, com a seguinte fundamentação (fls. 88/89):

> Pretende o Impetrante obter aqui o deferimento da liminar para que seja sobrestado o cumprimento das penas alternativas impostas pelo Magistrado de 1º grau.
>
> A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional, porque não prevista em lei, cabível apenas na hipótese de flagrante ilegalidade, desde que presente a possibilidade de lesão grave e de difícil ou impossível reparação e, ainda, a plausibilidade do direito subjetivo deduzido.
>
> O Impetrante demonstrou, *prima facie*, os dois pressupostos para a concessão de liminar em *habeas corpus*, quais sejam, o *periculum in mora* - retratado na probabilidade de ocorrência de lesão grave e de difícil ou impossível reparação antes do julgamento de mérito do *writ* - e o *fumus boni iuris* - traduzido na plausibilidade do direito subjetivo deduzido.
>
> As alegações estão revestidas, a meu sentir, de plausibilidade jurídica, a recomendar cautela para que não pratique contra o paciente nenhum ato que resulte em desnecessária coação, sobretudo ilegal.
>
> Posto isso, *defiro* a liminar para suspender o cumprimento das penas até o julgamento do mérito deste *writ*.

Foram requisitadas e prestadas informações por parte da autoridade apontada coatora, a qual esclareceu que o processo referente à apelação criminal n. 2001.33.01.001446-0 está sobrestado, em face da interposição de agravos de instrumento contra as decisões que não admitiram os recursos especial e extraordinário.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento deste *writ*.

Os autos vieram conclusos, após ter aceitado a proposta de prevenção efetuada pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em face do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 16.705-BA, já julgado, de minha relatoria.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Examinei cuidadosamente os argumentos do impetrante à luz de toda a documentação juntada nestes autos e entendo que a ordem deve ser concedida.

A decisão guerreada foi proferida nos seguintes termos (fl. 84):

> Despacho
>
> Defiro, como requerido à fls. 361/362.
>
> Nos termos do artigo 590 do CPC c.c. artigo 3º do CPP, expeça-se carta de sentença, enviando as cópias necessárias ao MM. Juízo da Execução, competente para deliberar sobre o pedido de execução provisória da pena.

Em primeiro lugar, cumpre-nos esclarecer que, se não há uma imediata possibilidade de restrição à liberdade de locomoção do paciente, há uma ameaça mediata, pois o artigo 44, § 4º, 1ª parte do Código Penal diz o seguinte:

> A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Então, caso o paciente não venha a cumprir as restrições impostas, haverá a possibilidade de ele sofrer uma lesão direta à sua liberdade de locomoção, em face de sua conversibilidade em pena privativa de liberdade, motivo pelo qual entendo cabível o presente *habeas corpus* com a finalidade de sanar constrangimento decorrente de possível execução antecipada das referidas penas restritivas de direitos.

E, no que se refere à questão atentada pelo ilustre advogado na impetração, na impossibilidade de se proceder à execução da pena restritiva de direitos,

entendo que ele está com a mais absoluta razão, pois o artigo 147 da Lei de Execução Penal dispõe expressamente que:

> *Transitada em julgado* a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, *promoverá a execução*, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (Grifos nossos).

Logo, há, neste caso, um texto legal que proíbe expressamente a execução da pena restritiva de direitos antes do surgimento da coisa julgada.

Assim, se promovêssemos a execução dessa pena, estaríamos atentando contra a presunção de não-culpabilidade e, ao mesmo tempo, desobedecendo a texto expresso de lei federal, sabendo-se, ainda, que a defesa interpôs recurso especial neste Superior Tribunal de Justiça, o qual ainda não foi julgado.

Neste mesmo sentido, temos os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

> Habeas Corpus n. 80.297-SP (2007/0071551-7)
>
> Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
>
> Impetrante: Wladimir Valler
>
> Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
>
> Paciente: Tânia Regina de Souza Fróes Anghinoni
>
> *Decisão*
>
> *Habeas corpus* contra a 14ª Câmara Criminal do 7º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou prejudicado o *writ* impetrado em favor de Tânia Regina de Souza *Fróes Anghinoni,* em que se visava suspender a execução provisória da pena substitutiva imposta pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Serra Negra (Ação Penal n. 160/01).
>
> Aduz-se, em suma, que "O presente *habeas corpus* substitutivo do Recurso Ordinário está sendo impetrado com o objetivo de invalidar, por absoluta ilegalidade, o ato judicial impugnado e especialmente o v. acórdão da Corte Estadual, que o manteve, ao entender 'prejudicada a análise do pedido', em virtude de ter a paciente iniciado o cumprimento da pena em regime de prisão albergue domiciliar, como foi determinado no curso do processo de execução, instaurado irregularmente, com a indevida conversão da pena restritiva de direito por pena privativa de liberdade, sem que haja trânsito em julgado da sentença condenatória, em flagrante violação à norma do art. 147, da Lei n. 7.210/1984." (fl. 12).
>
> Informações prestadas às fls. 156/158 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem, em parecer assim sumariado: "*Habeas corpus*. Crime contra a Administração Pública. Peculato. Pena restritiva de direitos. Conversão. Execução provisória.

1. Conforme determina o art. 147 da Lei n. 7.210/1984, a execução de pena restritiva de direitos só é possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

2. Pendente julgamento de recurso especial interposto pelo paciente, inviável a execução provisória de pena restritiva de direitos convertida em privativa de liberdade. Precedentes do STJ e do STF.

3. Parecer pela concessão da ordem." (fl. 272).

Tudo visto e examinado.

Decido.

Esta, a motivação do acórdão impugnado: "Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor da paciente, alegando constrangimento ilegal por parte da digna autoridade apontada como coatora, que determinou a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta à paciente, sem qualquer fundamentação legal.

A presente impetração é de ser denegada.

Pelas informações prestadas pela digna autoridade apontada como coatora, a paciente foi condenada como incursa nas penas dos arts. 312, *caput* e 327, § 2°, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de três anos, um mês e dez dias de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de catorze dias-multa, nos autos da Ação Penal n. 160/01, que tramita por aquele Juízo, cujos autos estão em fase de recurso.

Informa que a pena privativa de liberdade imposta à paciente, foi substituída por prestação pecuniária no valor de quarenta salários mínimos, a ser efetuada perante entidade beneficente da Comarca de Serra Negra-SP, estando os autos principais nesse Egrégio Tribunal, em razão de recurso interposto pela paciente, no qual foi mantida a decisão do Juízo tido como autoridade coatora.

Informa ainda que, no dia 22 de junho de 2006, o representante do Ministério Público requereu o prosseguimento do feito em razão do julgamento do recurso interposto pela paciente, informando que a mesma ingressou com recurso especial junto a este Tribunal.

Acrescenta que, apesar da interposição do recurso especial, não há óbice ao andamento do processo, determinando-se assim, o cumprimento do v. acórdão com a expedição da guia de recolhimento, havendo a paciente requerido a suspensão da execução provisória, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que

foi deferido, suspendendo-se a execução provisória, até que houvesse o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Acrescenta finalmente que em razão de cassação da liminar concedida nos autos da Ação Penal n. 297/99 da 2ª Vara local, situação idêntica ao caso em tela, a execução provisória referente aos nos autos n. 160/01, da 1ª Vara Criminal de Serra Negra retomou seu curso.

Em contato telefônico com a Serventia da 1ª Vara Criminal da Comarca de Serra Negra-SP no dia 23 de janeiro de 2007, pelo Sr. Wellington Cardoso Nunes, matrícula 318.277-4, Escrevente Técnico Judiciário, que até aquela data, a paciente não efetuou nenhum pagamento, havendo sua pena sido convertida em prisão albergue domiciliar, cujo mandado de prisão foi cumprido no dia 27 de dezembro de 2006, oportunidade em que foi realizada audiência de advertência, e que há nos autos pedido do representante do Ministério Público no sentido de que seja a paciente regredida ao regime semi-aberto em razão da soma das penas a ela impostas, que ultrapassa o máximo para o seu cumprimento em regime aberto, estando os autos aguardando manifestação do seu Defensor.

Em que pese as alegações do combativo impetrante, firmou-se o entendimento de que a inocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória não é óbice à prisão do condenado quando existente apenas, pendente de julgamento, o recurso especial e/ou recurso extraordinário, por não possuírem efeito suspensivo.

Contudo, conforme informações prestadas pela digna autoridade coatora, a pena da paciente já foi convertida em prisão albergue domiciliar, cujo mandado de prisão já foi cumprido no dia 27 de dezembro de 2006, oportunidade em que foi realizada audiência de advertência.

Assim, temos que, considerando a perda do objeto, resta prejudicada a análise do pedido contido no presente *habeas corpus* interposto pelo advogado Wladimir Valler em favor de Tânia Regina se Souza Fróes Anghiononi." (fls. 136/139).

E estas, as informações prestadas, no que interessa à espécie: "(...) Nesta Casa, aos 14 de outubro de 2006, esta Presidência proferiu decisão indeferindo o processamento do recurso especial. Interposto agravo de instrumento, presentemente, aos autos aguardam a remessa a esse Colendo Sodalício.

(...)" (fl. 158).

Em se tratando de condenação criminal, imposta que foi à paciente pena restritiva de direito, a sua execução depende do trânsito em julgado do *decisum*, como é das normas dos artigos 669 e 686 do Código de Processo Penal, 147 e 164 da Lei de Execuções Penais, que se ajustam ao mandamento do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República, *verbis*: "LVII - ninguém será considerado culpado até

o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Nesse sentido, confiram-se, por todos: "*Habeas corpus*. Processual Penal. Apropriação indébita de contribuição previdenciária. Execução provisória das penas restritivas de direitos e de multa. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, têm entendido que as penas restritivas de direitos não podem ser executadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Não é admissível a execução provisória da pena de multa, consoante dispõem os arts. 50 do Código Penal e 164 da Lei de Execuções Penais.

3. Ordem concedida para obstar a execução das penas restritivas de direitos e de multa impostas ao paciente (Execução Provisória n. 2005.72.05.004221-3), até o trânsito em julgado da sentença condenatória." (HC n. 53.192-SC, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *in* DJ 11.12.2006 - nossos os grifos).

Agravo Regimental. *Habeas corpus*. Pena restritiva de direito. Execução. Trânsito em julgado. Inocorrência. Ilegalidade. Recurso provido.

1. O trânsito em julgado da sentença é condição necessária à execução da pena restritiva de direito, como é da letra do artigo 147 da Lei de Execução Penal, que bem se ajusta à presunção de não-culpabilidade, insculpida na Constituição da República (artigo 5º, inciso LVII).

2. Agravo regimental provido." (AgRgHC n. 42.481-RS, da minha Relatoria, *in* DJ 14.08.2006 - nossos os grifos).

Não é demasia anotar, à luz da nova ordem constitucional, que a própria prisão, efeito da condenação recorrível, é de natureza cautelar, embora de necessidade presumida *juris tantum*.

De resto, não há falar em prejudicialidade do *writ*, porque pressuposto da reconversão da pena a deflagração indevida da execução provisória.

Cumpre registrar, em remate, além do parecer ministerial no sentido da concessão da ordem, o deferimento da Medida Cautelar n. 12.528-SP, para "suspender, até o julgamento do recurso especial, a eficácia da sentença condenatória proferida nos autos do processo da Ação Penal n. 297/99, da 2ª Vara da Comarca de Serra Negra, e também da decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal e Execuções Criminais da Comarca de Serra Negra que determinou a unificação de penas da requerente Tânia Regina de Souza *Fróes Anghinoni* (Execução n. 686.790)", sendo que a outra pena unificada é justamente a que decorre da Ação Penal n. 160/01.

Pelo exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º do Código de Processo Penal, concedo a ordem,

para suspender a execução da pena restritiva de direito imposta à paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 16 de agosto de 2007.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

(Ministro Hamilton Carvalhido, 30.08.2007)

Habeas Corpus n. 60.498-BA (2006/0122376-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Djalma Eutímio de Carvalho

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Eliana Gomes da Silva kruschewsky

Decisão

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Eliana Gomes da Silva Kruschewsky, apontada como autoridade coatora o Tribunal Federal da 1ª Região.

Colhe-se dos autos que a paciente restou condenada, em primeiro grau, como incursa no artigo 171, § 3º, do Código Penal, à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão e multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade.Contra o acórdão da apelação que manteve a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso especial, determinando a Corte de origem, na oportunidade, a expedição de carta de sentença para a execução do julgado.

Daí o presente *writ* em que se busca seja afastado o cumprimento antecipado da pena, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Deferida a liminar, fls. 439/440, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

Realmente, o *habeas corpus* deve ser deferido.

Com efeito, esta Corte tem proclamado que, a teor do art. 147 da Lei de Execução Penal, a execução das penas restritivas de direitos depende do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Vejam-se: A - "Penal e Processual Penal. *Habeas Corpus*. Cabimento. Acórdão condenatório. Privação da liberdade substituída por restrição de direitos. Recursos especial e extraordinário. Execução das penas substitutivas. Incidência de efeitos extra-penais da condenação: Perda do cargo e suspensão dos direitos políticos. Trânsito em julgado da decisão condenatória.

- Cabimento do *habeas corpus* para sanar constrangimento decorrente de execução antecipada de penas restritivas de direitos, cuja potencialidade lesiva ao direito de locomoção está representada pela sua conversibilidade em pena privativa de liberdade (precedente do STF).

- A sujeição do condenado à pena como decorrência da condenação definitiva é 'regra' e não 'exceção'.

- Antes do trânsito em julgado da condenação, as penas substitutivas são inexeqüíveis (precedente deste STJ).

- Os efeitos extra-penais da condenação não incidem antes do seu trânsito em julgado (precedente deste STJ).

- A incidência do efeito extra-penal específico disposto no artigo 92, I, **a**, do CP, nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua 'aplicação' por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal.

- O § 2º do artigo 27 da Lei n. 8.038/1990 não tem aplicação face ao disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição da República.

- Ordem parcialmente concedida, apenas para suspender a execução das penas restritivas de direitos e a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado do acórdão condenatório." (HC n. 35.427-MG, Relator o Ministro Paulo Medina, DJU de 20.11.2006) B - "*Habeas Corpus*. Processual Penal. Crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural. Lei n. 9.605/1998. Execução provisória de pena restritiva de direitos. Impossibilidade.

1. As penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem concedida para determinar a sustação da execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao ora Paciente, até o trânsito em julgado de sua condenação." (HC n. 60.759-SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 20.11.2006) c - "Agravo Regimental. *Habeas Corpus*. Pena restritiva de direito.

Execução. Trânsito em julgado. Inocorrência. Ilegalidade. Recurso provido.

1. O trânsito em julgado da sentença é condição necessária à execução da pena restritiva de direito, como é da letra do artigo 147 da Lei de Execução Penal, que bem se ajusta à presunção de não-culpabilidade, insculpida na Constituição da República (artigo 5º, inciso LVII).

2. Agravo regimental provido." (AgRg no HC n. 42.481-RS, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 14.8.2006) Assim, estando pendente o julgamento do Agravo de Instrumento n. 861.100-DF, não se justifica a execução provisória da sanção imposta na ação de que aqui se cuida.

Ante o exposto, confirmando a liminar, concedo o *habeas corpus*, para condicionar a execução da pena imposta à paciente na Ação Penal n. 2000.33.01.001340-0/BA ao trânsito em julgado do decreto condenatório.

Dê-se imediata ciência ao Tribunal de origem e ao Juízo de primeiro grau.

Publique-se.

Brasília (DF), 30 de março de 2007.

Ministro Paulo Gallotti, Relator

(Ministro Paulo Gallotti, 12.04.2007)

Medida Cautelar n. 13.210-PR (2007/0208507-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Requerente: Fábio Ciuffi

Advogado: Homero Flesch e outro(s)

Requerido: Ministério Público Federal

Processual Penal. Medida Cautelar. Efeito suspensivo a Agravo de Instrumento. Superveniência de julgamento do recurso. Perda de objeto. Pedido prejudicado. Pena restritiva de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Concessão de *habeas corpus* de ofício.

1. Resta esvaziado o objeto da ação cautelar, com o superveniente julgamento do agravo de instrumento ao qual se pretendia emprestar efeito suspensivo.

2. Medida cautelar prejudicada. *Habeas corpus* concedido de ofício para determinar o sobrestamento da execução provisória da pena restritiva de direitos, que só pode ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Decisão Vistos etc.

Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada por Fábio Ciuffi, visando emprestar efeito suspensivo ao agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra, que negou provimento ao Agravo de Instrumento n. 825.650-PR, manifestado contra a decisão proferida pela Ilustre Vice Presidente do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, que negou seguimento ao recurso especial interposto.

Segundo consta dos autos, o ora Requerente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 168-A, c.c. o art. 51, ambos do Código Penal, à pena de 02 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 26 dias-multa, no valor de 1/2 salário mínimo, tendo havido a substituição por duas penas restritivas de direitos nas modalidades de prestação de serviços à comunidade, junto à entidade assistencial, e de prestação pecuniária, no valor de 02 salários mínimos, por 02 anos e 10 meses.

Inconformado, interpôs recurso de apelação, que restou desprovido (fls. 38/51), ocasião em que foram opostos embargos declaratórios, que também foram rejeitados (fls. 64/69).

Seguiu-se a interposição de recurso especial, alegando ter havido contrariedade aos arts. 1º e 2º, do Código Penal, e arts. 41 e 386, do Código de Processo Penal, o qual não foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 148/149), dando ensejo à interposição de agravo de instrumento para esta Corte (Ag n. 825.650-PR).

O referido recurso foi desprovido em decisão monocrática de minha lavra (fls. 89/92), o que acarretou a interposição de agravo regimental.

Diante de tais circunstâncias, o ora Requerente ajuizou a presente medida cautelar, com pedido de liminar, visando emprestar efeito suspensivo ao recurso ainda pendente, de modo a sustar o início da execução provisória das penas substitutivas aplicadas ao ora Requerente (Execução Penal Provisória n. 2007.70.00.002802-0).

Relatei. Decido.

A medida cautelar encontra-se prejudicada.

A presente controvérsia restou superada com o desprovimento do Agravo de Instrumento n. 825.650-PR, interposto em face de decisão que não admitiu o recurso especial, bem como pelo julgamento do agravo regimental, na Sessão de Julgamento da Quinta Turma desta Corte, realizada no dia 26 de junho de 2008.

Nesse contexto, tendo sido julgado o recurso pendente neste Superior Tribunal de Justiça, no qual se pretendia emprestar efeito suspensivo, resta esvaziado o objeto da presente medida cautelar.

No mesmo diapasão: "Medida Cautelar. Efeito suspensivo a Agravo de Instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial. Impossibilidade. Recurso prejudicado.

- Em tendo sido julgado o recurso a que se visava atribuir efeito suspensivo, por intermédio de medida cautelar, julga-se extinta a mesma, por falta de objeto.

- Medida cautelar extinta." (MC n. 940-RJ, 6ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 1º.08.2000). Não obstante, o caso enseja a concessão de *habeas*

corpus de ofício, porquanto a jurisprudência uníssona deste Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que as penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147, da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A propósito: "*Habeas corpus*. Processual Penal. Crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural. Lei n. 9.605/1998. Execução provisória de pena restritiva de direitos. Impossibilidade.

1. As penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147, da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem concedida para determinar a sustação da execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao ora Paciente, até o trânsito em julgado de sua condenação." (HC n. 60.759-SC, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 20.11.2006). "*Habeas Corpus*. Pena restritiva de direitos. Execução provisória. Impossibilidade. Vedação legal. Ordem concedida.

I- É expressamente vedada a execução provisória de pena restritiva de direitos, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

II- Ordem concedida." (HC n. 77.547-SP, 5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora p/ Acórdão Ministra Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJMG, DJ 17.09.2007). Ante o exposto, *julgo prejudicada* a presente medida cautelar.

Concedo *Habeas Corpus* de ofício para determinar o sobrestamento da execução provisória das penas restritivas de direitos, que só podem ser efetivadas após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de agosto de 2008 Ministra Laurita Vaz Relatora (Ministra Laurita Vaz, 13.08.2008)

Posto isso, ratificando a liminar, concedo a ordem para suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 21.921-MG (2007/0201441-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Maria Augusta Vilela Tavares
Advogado: Maria Augusta Vilela Tavares (em causa própria)
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Calúnia. Pedido de trancamento da ação. Inépcia formal. Falta de justa causa não evidenciada. Imunidade judiciária. Advogado. Impossibilidade.

1 - Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal, narra conduta delituosa que configura, em tese, o crime de denunciação caluniosa, possibilitando o exercício regular do direito de defesa.

2 - Reconhecido que não se trata de hipótese de atipicidade da conduta, de inexistência absoluta de indícios de autoria ou de extinção da punibilidade, não é de se falar em falta de justa causa para a ação penal.

3 - Não se aplica ao crime de calúnia a imunidade judiciária prevista nos arts. 133 da Constituição Federal, 142, I, do Código Penal e 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

4 - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJe 24.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário interposto por Maria Augusta Vilela Tavares contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, buscando o trancamento da Ação Penal n. 0620.07.022152-3, em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí, naquele Estado, a que responde pela prática de calúnia.

Alega-se ser inepta a peça acusatória, assim como faltar justa causa para a ação penal, acentuando que a recorrente é, na verdade, vítima de perseguição dos magistrados e promotores que atuam na Comarca de São Gonçalo do Sapucaí. Aduz-se, ainda, ser nulo o processo por cerceamento do direito de exercício da advocacia.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Esta a denúncia formulada contra a recorrente, que a deu como incursa no art. 138, c.c. 141, II, do Código Penal:

> Consta do presente caderno apuratório que no mês de março de 2007, no município de São Gonçalo do Sapucaí-MG, a denunciada por vontade livre e consciente, caluniou funcionário público, em razão de suas funções, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.
>
> Extrai-se do inquérito policial que a denunciada, advogada constituída de Sílvio Tavares dos Santos juntou, às fls. 267/273 dos autos do processo criminal n. 0620.07.021916-2 em que seu cliente figura como réu, tornando público, documento endereçado ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em que, além de representar contra membro do Ministério Público, imputa ao MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí-MG, em razão da prolação de sentença em desfavor de seu cliente nos autos da ação de cobrança n. 0620.04.012396-5, fato definido como crime, posto ter afirmado que o magistrado exerceu a sua função jurisdicional conferindo 'beneplácito, aprovação e apoio' a uma 'quadrilha de estelionatários e falsificadores'.
>
> Ao esclarecer em que consistiu o apoio emprestado pelo magistrado à suposta quadrilha de estelionatários e falsificadores, acrescentou a denunciada que o magistrado deixou, indevidamente, de praticar ato de ofício, que considerou ser o deferimento de exame pericial por ela requerido. Também, imputou o magistrado,

em razão da prolação de sentença em desfavor de seu cliente, atuação contrária às disposições legais posto ter afirmado ter agido aquele com parcialidade, vez que favorecendo a parte contrária. Por fim, aduziu que a omissão de ato de ofício e a atuação ilegal imputadas ao magistrado teve o intuito de satisfazer interesse que somente Deus e o próprio magistrado poderiam revelar.

A denunciada, portanto, pessoa de certo preparo intelectual posto que advogada, vencida nas instâncias judiciais, valendo-se de disfarces e subterfúgios, além de ofender a reputação do servidor público, imputou falsamente ao magistrado, em razão do exercício de sua função, a prática de crime de prevaricação, tipificado no artigo 319 do Código Penal.

Às fls. 3/5 tem-se representação apresentada pelo ofendido.

Assim, tendo a denunciada Maria Augusta Vilela Tavares, incorrido nas sanções do artigo 138 c.c. artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, requer o Ministério Público, autuada e recebida a presente, seja aquela devidamente citada e interrogada, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas e, ao final, condenada nas penas que lhes couberem. (fls. 35/37)

Depreende-se, do teor da exordial acusatória, que ela preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, contendo todos os elementos indispensáveis à persecução penal, além de operar a uma descrição suficiente do comportamento tido como delituoso, possibilitando o exercício da defesa sem qualquer dificuldade, mostrando-se descabida a alegação de inépcia formal.

De outro lado, não verificada de plano a atipicidade da conduta, a inexistência de indícios de autoria ou a extinção da punibilidade, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal, que, como observado pela Subprocuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, "tem lastro em inquérito policial onde foram coligidos os elementos de convicção que sustentam a acusação."

Vejam-se os precedentes:

A - *Habeas corpus*. Falso testemunho. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Análise sobre a materialidade dos delitos que não pode ser feita na via eleita.

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Narrando a denúncia fatos configuradores de crime em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na

via do *habeas corpus*, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

3. A alegada atipicidade da conduta por restar configurada, apenas, diversidade entre depoimentos, é contraposta pelos indícios de falseamento da verdade, apresentados pela acusação, em evidente confronto de versões para o mesmo fato, somente deslindável por meio da instrução. Justa causa evidenciada.

4. *Writ* denegado.

(HC n. 44.748-CE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 06.08.2007)

B - Penal e Processual. Estelionato qualificado. Trancamento da ação penal. Atipicidade. *Habeas corpus*. Justa causa. Ausência. Dilação probatória. Impossibilidade. Inépcia da denúncia. Ausência de descrição da conduta. Descabimento. Exordial acusatória em consonância com o art. 41 do CPP. Existência de ação cível em trâmite. Desnecessidade. Independência das esferas cível e criminal. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal.

Impedir o Estado-Administração de demonstrar a responsabilidade penal do acusado implica cercear o direito-dever do poder público em apurar a verdade sobre os fatos.

Marcado por cognição sumária e rito célere, o habeas corpus não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do *writ*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade.

Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 16.288-RJ, Relator o Ministro Paulo Medina, DJU de 09.04.2007)

Por fim, não tem procedência a alegação da recorrente de que estaria acobertada pela imunidade judiciária, pois, em se tratando de calúnia, não se aplicam os arts. 133 da Constituição Federal, 142, I, do Código Penal e 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

Nesse sentido:

A - *Habeas Corpus*. Calúnia contra funcionário público em razão de suas funções. Imunidade. Impossibilidade. Trancamento. Concedida a ordem.

1- A imunidade concedida aos advogados pelo artigo 133 da Constituição Federal não abrange o crime de calúnia, conforme entendimento desta Corte.

2- O crime de calúnia não se configura quando não há ação dirigida com o fim de atingir a honra da vítima, não havendo, desta forma, intenção de caluniar.

3- Concedida a ordem.

(HC n. 96.763-RS, Relatora a Desembargadora convocada Jane Silva, DJe 12.05.2008)

B - Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Calúnia. Trancamento de ação penal. Imunidade. Art. 133 da CF, art. 142, I, do CP, art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994. Atipicidade.

I - A imunidade prevista no art. 133 da *Lex Maxima*, no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 não abrange o crime de calúnia. (Precedentes do STF e do STJ).

II - *In casu*, é possível a constatação, de plano, da atipicidade da conduta, motivo pelo qual deve ser trancada a ação penal. Habeas corpus concedido.

(HC n. 92.685-RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 12.05.2008)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.647-RS (2001/0106480-5)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Lauro Mazzini Panichi
Advogado: Marly Terezinha Tregnago Panichi
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Paulo Roberto Thomsen Zietlow e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Magistrado. Assédio sexual. Disponibilidade remunerada. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Não-ocorrência.

1. O artigo 38 do Código de Processo Penal não tem aplicação no âmbito administrativo, em que não há sequer o requisito de representação do ofendido para fins de instauração do processo administrativo disciplinar.

2. Além de não haver qualquer previsão legal de que, no julgamento de processo disciplinar, deve a prescrição ser examinada antes das demais questões de mérito, não há ocorrência de nulidade quando referida inversão não acarreta prejuízo ao impetrante.

3. A motivação sucinta de um dos votos proferidos no julgamento administrativo não implica em sua nulidade se o Órgão Especial da Corte Estadual, pelo voto do relator e de outros três magistrados, esposou longa e bem elaborada fundamentação ao tratar da questão da prescrição.

4. Não é nula a portaria que instaurou o processo disciplinar, em aditamento à anterior, quando seus termos atendem ao expressamente determinado em decisão judicial.

5. É cabível a participação do Ministério Público, como *custos legis*, no julgamento pelos próprios Tribunais de processos disciplinares envolvendo magistrados, diante do relevante interesse público envolvido. Aplicação do raciocínio do artigo 52, § 5º, da Loman.

6. Afasta-se a alegação de ofensa à ampla defesa se a portaria instauradora do procedimento administrativo descreveu minuciosamente os fatos imputados ao magistrado.

7. Não prospera a assertiva de que o depoimento de testemunho, prestado posteriormente à proposta, baseada também naquele depoimento, de instauração de processo disciplinar, seria prova forjada e montada ardilosamente, considerando que foi colhido, em sindicância, antes da expedição da portaria acusatória.

8. Não há de se falar em aplicação do princípio da isonomia para afastar a punição de magistrado que incorreu na prática de falta grave funcional consistente em assediar sexualmente servidoras e advogadas.

9. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Dr(a). Helena Tregnago Panichi, pela parte recorrente: Lauro Mazzini Panichi

Brasília (DF), 21 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 15.09.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Lauro Mazzini Panichi, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que denegou segurança impetrada contra ato de seu Órgão Especial.

Consoante se verifica dos autos, a Presidência daquele Tribunal Estadual, por meio das Portarias n. 16/93-CM e 01/94-CM, substituídas pela Portaria n. 01/95-CM, instaurou processo administrativo para a apuração de cometimento pelo recorrente, Juiz de Direito, de falta grave funcional "em razão de fatos ocorridos nas Comarcas de Guaíba e Encruzilhada do Sul, evidenciadores da prática de assédio sexual por parte do impetrante contra diversas servidoras e advogadas." Concluído o processo administrativo, determinou o Órgão Especial daquela Corte a aplicação de pena disciplinar consistente na disponibilidade remunerada do magistrado, com vencimentos integrais, a partir de 17.10.1995.

Pleiteou o impetrante, na exordial, seja reconhecida a ocorrência da prescrição punitiva do Estado, desconstituída a decisão sancionadora, bem como anulado o ato que o colocou em disponibilidade.

O Pleno da Corte Estadual, por unanimidade denegou a segurança em aresto que restou ementado nos seguintes termos:

Administrativo. Procedimento disciplinar. Magistrado posto em disponibilidade remunerada por cometimento de assédio sexual contra servidoras da justiça e advogadas. Mandado de segurança objetivando a anulação do processo disciplinar e do julgamento. Alegações de prescrição da ação administrativa, falta de fundamentação da decisão, intervenção indevida do Ministério Público o procedimento disciplinar, imprecisão da portaria acusatória, e decadência da ação de segurança. Inocorrência. Direito líquido e certo não configurado.

1. O prazo prescricional, em não havendo instauração de processo-crime, mas tão-somente de atos ilícitos sujeitos à disciplina administrativa, portanto, de natureza meramente administrativa, começa a fluir da data do conhecimento do ato pelo superior hierárquico competente para instaurar o processo administrativo, e não da época de sua ocorrência.

2. O acórdão é um todo, integrado por todos os votos dos juízes do órgão jurisdicional, e o conjunto dos votos é que materializam a decisão, e não um voto apenas. Assim, a imperfeição ou a insuficiência de um voto é superada pelo conjunto.

3. O § 5º do art. 52 da *Loman* (LC n. 35, de 13.03.1979) prevê a intervenção do Ministério Público (art. 12 *usque* art. 118), no procedimento de aposentadoria e de remoção compulsórias ou de disponibilidade de magistrado.

4. A portaria acusatória assegurou ao impetrante o direito da mais ampla defesa, previsto pela Lei Maior, como demonstram os autos do procedimento administrativo, e as diversas ações de segurança interpostas.

5. Segurança denegada por ausência de direito líquido e certo.

Sustenta o recorrente que "a data do conhecimento dos fatos por parte do Conselho da Magistratura não foi 16.11.1993, como consta à fl. 525 dos presentes autos, mas sim 05 de agosto de 1993, conforme se verifica na fl. 41 do processo administrativo, constante à fl. 30 dos presentes autos. Portanto, entre 05 de agosto de 1993 (data do conhecimento dos fatos pelo Conselho da Magistratura - fl. 30) e 16 de outubro de 1995 (data em que ocorreu o julgamento pelo Órgão Especial - fl. 160), decorreram mais de dois anos. Logo, resulta inequívoco que ocorreu a prescrição" (fls. 537/538).

Afirma, outrossim, que, nos termos do artigo 154 da Lei Estadual n. 6.929/1975 e 197, § 2º, da Lei Complementar n. 10.098/1994, "estão prescritas as acusações constantes nas Portaria a que se refere o processo administrativo n. 21.510/93-7", bem como "inexiste na espécie qualquer marco interruptivo do lapso prescricional, consoante dispõe o art. 117 do Código Penal" (fl. 541). Além disso, alega que "inexiste causa interruptiva da prescrição administrativa, dado

que nenhuma lei a prevê. Como todos os fatos imputados se passaram há mais de dois anos, prescrita está toda e qualquer ação contra o recorrente" (fl. 546).

Por outro lado, aponta a decadência do direito de representação, considerando que "entre a data dos fatos e a representação decorreram mais de seis meses" (fl. 547), nos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal.

Aduz que "houve inversão no exame da prescrição, pois primeiro foi decidido o mérito, quando deveria ser inicialmente decidido se estava ou não prescrita a ação disciplinar", razão pela qual "deve ser declarada a nulidade da decisão administrativa, a fim de ser observado o *due process of law*" (fls. 548/549).

Argumenta que, diante da ausência de fundamentação do voto de um dos Desembargadores que participou da decisão administrativa que determinou sua disponibilidade, tal julgamento foi nulo, devendo outro ser proferido.

Assevera que, em desrespeito à decisão judicial proferida em outro mandado de segurança, em que foi concedida liminar, foi expedida apenas uma Portaria, em prejuízo à sua defesa, pois "poderia arrolar oito testemunhas para cada portaria. Ou seja, poderia arrolar oito testemunhas para contrapor os fatos imputados em Encruzilhada do Sul e mais oito testemunhas para os fatos imputados na portaria de Guaíba" (fl. 551).

Aponta a inobservância do disposto nos artigos 112 e seguintes do Regimento Interno, que não prevê a intervenção do Ministério Público no procedimento de aposentadoria e de remoção compulsórias ou de disponibilidade de magistrado. A esse respeito, afirma que a Loman tampouco prevê a participação do Ministério Público em processo administrativo, razão pela qual "somente o magistrado ou seu procurador é que poderão oferecer razões finais, não atuando o Procurador-Geral de Justiça" (fl. 554).

Por outro lado, sustenta o impetrante que seria nula a Portaria n. 01/95-GP por não constar "uma acusação precisa", a malferir a ampla defesa.

Requer a anulação do processo administrativo que culminou na aplicação da pena de sua disponibilidade, tendo em vista que "na proposta ao Conselho da Magistratura, feita no dia 05 de agosto de 1993 (fl. 30), já constava o fato envolvendo a advogada Adriane Carvalho, enquanto que ela somente prestou o seu depoimento no dia 13 de agosto de 1993 perante a Colenda Corregedoria-Geral da Justiça, como faz prova o documento de fl. 31", "o que demonstra que a prova foi forjada e montada ardilosamente para responsabilizar o magistrado" (fl. 565).

Por fim, aduz que "não se puniram outros casos similares e até mais graves do que os imputados ao recorrente", a malferir o princípio constitucional da isonomia.

Opina o Ministério Público Federal, em consonância com o *Parquet* Estadual, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Consoante se verifica dos autos, o ora recorrente impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual pleiteou a anulação do ato que o colocou em disponibilidade remunerada "em razão de fatos ocorridos nas Comarcas de Guaíba e Encruzilhada do Sul, evidenciadores da prática de assédio sexual por parte do impetrante contra diversas servidoras e advogadas."

Inicialmente, cumpre esclarecer que, conquanto nos autos do RMS n. 11.902-RS, de minha relatoria, cujo acórdão transitou em julgado em 04.03.2008, as partes e o pedido formulado se identificam com os do presente *writ*, as causas de pedir, excetuando a relativa à prescrição, são distintas. Desse modo, reconheço a ocorrência de coisa julgada material no que toca à prescrição e passo ao exame das demais alegações do recorrente.

Pleiteia o impetrante a aplicação à espécie do artigo 38 do Código de Processo Penal, ao fundamento de que teria ocorrido a decadência do direito de representação, considerando que "entre a data dos fatos e a representação decorreram mais de seis meses" (fl. 547). Referido dispositivo, contudo, se restringe à esfera penal, não tendo aplicação no âmbito administrativo, em que não há sequer o requisito de representação do ofendido para fins de instauração do processo administrativo disciplinar.

No que concerne à alegação de nulidade da decisão administrativa, pela "inversão no exame da prescrição, pois primeiro foi decidido o mérito", tampouco merece prosperar o recurso. Com efeito, além de não haver qualquer previsão legal de que, no exame do processo, deve a prescrição, matéria de mérito, ser examinada antes das demais questões de mérito, referida inversão não acarretou qualquer prejuízo ao impetrante, que foi submetido à pena disciplinar consistente na disponibilidade remunerada.

Por outro lado, argumenta o impetrante que, diante da ausência de fundamentação, no que se refere à prescrição, do voto de um dos Desembargadores que participou da decisão administrativa, tal julgamento foi nulo, devendo outro ser proferido. Da análise dos autos, contudo, verifica-se que o Órgão Especial da Corte Estadual, pelo voto do Relator e de outros três magistrados, esposou longa e bem elaborada fundamentação ao tratar da questão da prescrição.

Desse modo, a motivação sucinta de um dos votos proferidos no julgamento não implica em sua nulidade, considerando que, como bem ressaltou a Corte de origem, "o acórdão é um todo, integrado de todos os votos dos juízes integrantes do órgão jurisdicional, e o conjunto dos votos é que materializam a decisão, e não um voto apenas. Assim, a imperfeição ou a insuficiência de um voto é superada pelo conjunto" (fl. 527).

Por outro lado, considerando que a Portaria n. 16/93-CM descreveu apenas os fatos ocorridos em Guaíba (fls. 33/34), determinou-se, no julgamento de liminar nos autos de mandado de segurança, a expedição de nova portaria "com a descrição dos fatos ocorridos em Encruzilhada do Sul, em aditamento à anterior ou autônoma" (fl. 116).

Assim, não há que se falar em ocorrência de nulidade da Portaria n. 01-95-GP (fls. 109/111), pois, ao aditar a anterior, mencionando também os fatos havidos em Encruzilhada do Sul, obedeceu ao expressamente determinado na referida decisão.

No que se refere à intervenção do Ministério Público em procedimento disciplinar contra membro de Tribunal, estabelece o artigo 52, § 5º, da Loman, que:

> Art. 52 - A reclamação contra membro de Tribunal será formulada em petição, devidamente fundamentada e acompanhada de elementos comprobatórios das alegações.
>
> (...)
>
> § 5º - Se desnecessárias outras provas ou diligências, e se o Conselho não concluir pelo arquivamento da reclamação, abrir-se-á vista para alegações, sucessivamente, pelo prazo de dez dias, ao reclamado, ou a seu advogado, e ao Procurador-Geral da República.

Destarte, diante de expressa previsão legal de necessidade de manifestação do Procurador-Geral da República no julgamento, pelo Conselho Nacional de Magistratura, de reclamação contra membro de Tribunal, deve-se concluir pelo cabimento da participação do Ministério Público, como *custos legis*, também no julgamento pelos próprios Tribunais de processos disciplinares envolvendo magistrados, diante do relevante interesse público envolvido.

Sustenta o impetrante, ainda, que seria nula a Portaria n. 01/95-GP por não constar "uma acusação precisa." No entanto, da leitura da mencionada Portaria (fls. 109/111), "instaurada para apuração de fatos noticiados nas Comarcas de Encruzilhada do Sul e Guaíba", verifica-se que foram minuciosamente descritos os fatos imputados ao magistrado, "evidenciadores da prática de assédio sexual", a afastar a alegação de ofensa à ampla defesa.

Afirma que "na proposta ao Conselho da Magistratura, feita no dia 05 de agosto de 1993 (fl. 30), já constava o fato envolvendo a advogada Adriane Carvalho, enquanto que ela somente prestou o seu depoimento no dia 13 de agosto de 1993 perante a Colenda Corregedoria-Geral da Justiça, como faz prova o documento de fl. 31", "o que demonstra que a prova foi forjada e montada ardilosamente para responsabilizar o magistrado" (fl. 565).

Conforme assentado no aresto recorrido, contudo, "tal depoimento veio a fazer parte da sindicância, eis que colhido antes da expedição da portaria acusatória, que deu causa e instrução ao processo administrativo" (fl. 530), a afastar a ocorrência de tal nulidade.

Por fim, não comprovou o impetrante a alegação de que "não se puniram outros casos similares e até mais graves do que os imputados ao recorrente."

De qualquer forma, ainda que houvesse casos de não-punição de magistrados pela prática de assédio, tal fato não seria hábil a embasar a existência de direito líquido e certo do impetrante a não ser punido. Com efeito, não há de se falar em aplicação do princípio da isonomia para afastar a punição de magistrado que incorreu na prática de falta grave funcional consistente em assediar servidoras e advogadas.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso ordinário.*

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.622-SP (2002/0157340-6)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Ronaldo João Roth
Advogado: Ilson Wajngarten
T. Origem: Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo
Impetrado: Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo
Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Procurador: Luís Cláudio Manfio e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário. Administrativo. Juiz auditor do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Função de juiz corregedor. Designação transitória. Desnecessidade de designar juiz titular ou o mais antigo da carreira. Art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993. Ausência de disposição legal específica sobre a regra para tal designação.

1. O art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993 estabelece que o cargo de Juiz Corregedor passará a ser exercido "pelo Juiz Auditor designado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado". Esta expressão não se refere a Juiz Auditor Titular ou Substituto, tampouco ao juiz mais antigo da carreira; diz ela apenas que a função de Juiz Corregedor será exercida por Juiz auditor, cargo *lato sensu*, de provimento por aqueles aprovados em concurso de provas e títulos, sem que se estabeleça a obrigatoriedade de ser ele titular na carreira.

2. Fundamentação sucinta não se confunde com ausência ou deficiência na fundamentação, notadamente se possibilitou a ampla insurgência do recorrente.

3. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 19.12.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso ordinário, interposto por Ronaldo João Roth, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal

de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que denegou a segurança pleiteada pelo impetrante, consubstanciada na sua pretensão em responder pelo cargo vago de Juiz Corregedor Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar, de Execuções Criminais, bem assim pelas funções de Distribuidor de 1ª Instância na designação no lugar do Juiz Substituto Luiz Alberto Moro Cavalcante.

Consta dos autos que o presente mandado de segurança foi ajuizado no Tribunal de origem contra o ato praticado pelo Excelentíssimo Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que, acolhendo a deliberação da sessão administrativo do referido Tribunal, nomeou o Juiz Substituto Luiz Alberto Moro Cavalcante para o cargo citado, ao invés de nomear o impetrante, Juiz auditor titular e mais antigo na carreira.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança, entendendo que a decisão foi tomada, por unanimidade, pela Corte Castrense, nos termos do art. 81 § 3º, da Constituição Estadual, art. 93 da Lei Estadual n. 5.048/1958, art. 5º da Lei Estadual n. 333/1974 e art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993.

Afirmou, ainda, que os referidos dispositivos não estabelecem critério para a designação de Juiz Corregedor, sobretudo porque tal designação se deu em caráter provisório.

Concluiu, asseverando que a designação foi feita até a instalação da 5ª Auditoria Militar, que responderá pela Corregedoria da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar e de Execuções Criminais, e que será legalmente preenchida por concurso de remoção/promoção.

No recurso ordinário, o impetrante alega que o Tribunal de Justiça Militar não observou o disposto no art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993, que determina que a função de Corregedor será exercida por Juiz Auditor Titular, razão pela qual não poderia ter sido nomeado o Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante, substituto, para tal função.

Sustenta que a designação referida se trata de ato vinculado, daí por que "a designação de Magistrado Substituto para responder pelo referido cargo vago só poderia ocorrer pelo critério de antigüidade".

Nesse passo, afirma que, por ser o mais antigo da carreira, deveria ter sido escolhido para as funções de Juiz Corregedor e que a escolha, como feita, reveste-se de uma "promoção disfarçada".

Assevera, ainda, que a designação se deu sem motivação.

Em contra-razões, o recorrido afirma não haver nenhuma ilegalidade no ato atacado e que a designação se deu apenas a título provisório.

Ouvido o Ministério Público Federal, este opinou pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão tratada no presente recurso ordinário é saber se o recorrente tinha direito líquido e certo a ser designado para a função de Juiz Corregedor Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar, de Execuções Criminais, bem assim pelas funções de Distribuidor de 1ª Instância, em razão de ser Juiz titular e por ser o mais antigo na carreira.

Para a análise do pleito, necessário um breve revolvimento da legislação estadual que circunda o conhecimento da matéria.

O art. 81, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo dispõe sobre os serviços de correição da Justiça Militar:

> Os serviços de correição permanente sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar serão realizados pelo juiz auditor designado pelo Tribunal.

Já o artigo 5º da Lei Estadual n. 333/1974 criou o cargo de Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça Militar, nos seguintes termos:

> Fica criado na parte Permanente do Quadro da Justiça um cargo de Auditor de Justiça Militar, padrão "E", com as funções de auxiliar da Corregedoria Geral, cumulativamente com as funções de juiz corregedor permanente dos serviços judiciários, afetos à justiça militar, dos presídios e das Execuções Criminais.

No mesmo sentido, o art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993 estabeleceu as funções do Juiz Auditor responsável pela correição:

> Passam a ser exercidos, cumulativamente, pelo Juiz Auditor designado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado, os serviços de correição permanente e de execuções criminais, bem assim as funções de Distribuidor de 1ª Instância.

Este último dispositivo é que o recorrente aponta como violado, por entender que a designação para a função de Juiz Corregedor, mesmo a título precário, deve ser realizada sob Juiz Titular e mais antigo na carreira, não se admitindo que esta se dê sob Juiz Substituto, como no ato atacado.

Todavia, não coaduno com as pretensões do recorrente.

Da leitura do art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993 não se extrai a interpretação que objetiva o recorrente.

Com efeito, diz o referido artigo que o cargo de Juiz Corregedor passará a ser exercido "pelo Juiz Auditor designado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado". Esta expressão não se refere a Juiz Auditor Titular ou Substituto, tampouco ao juiz mais antigo da carreira; diz ela apenas que a função de Juiz Corregedor será exercida por Juiz auditor, cargo *lato sensu*, de provimento por aqueles aprovados em concurso de provas e títulos, sem que se estabeleça a obrigatoriedade de ser ele titular na carreira.

Destarte, não se verifica, na hipótese, direito líquido e certo do impetrante à sua designação para a vaga em debate, notadamente por não existir na lei critério específico que coincida com as pretensões lançadas na inicial.

Ademais, como afirmado na decisão administrativa que decidiu pela designação do Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante, tal designação se deu a título transitório, razão pela qual não há violação a qualquer direito decorrente da necessidade de ser observadas as regras relativas á promoção por antigüidade. Esta, no momento oportuno, seria realizada para a designação permanente do Juiz Corregedor.

Não se desconhece que a mesma Lei Complementar n. 705/1993 criou a 5ª Auditoria Militar, que teria a incumbência de responder pela Corregedoria Permanente da Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar, de Execuções Criminais, bem assim pelas funções de Distribuidor de 1ª Instância. Todavia, como afirmado nas informações prestadas pelo ilustre Presidente do Tribunal de origem (fls. 79/82), assim que fosse instalada a referida Auditoria, seria aberto concurso de remoção/promoção para o preenchimento da vaga.

Por derradeiro, no tocante à falta de fundamentação da decisão administrativa (fls. 19/20), que decidiu pela designação do Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante para o exercício transitório das funções de Juiz Corregedor, também não merece albergue a pretensão.

É que a decisão administrativa, além de ter fundamentado sua decisão nos dispositivos que expressamente indicou (art. 81 § 3º, da Constituição Estadual, art. 93 da Lei Estadual n. 5.048/1958, art. 5º da Lei Estadual n. 333/1974 e art. 2º da Lei Complementar Estadual n. 705/1993), designou o Juiz Luiz Alberto Moro Cavalcante a título precário, razão pela qual não necessitaria de extensa fundamentação como seria de praxe no caso de alguma designação definitiva.

Outrossim, não há que se falar em falta de fundamentação da decisão, mas apenas em fundamentação sucinta, que, conforme se denota possibilitou a ampla insurgência do recorrente. Note-se que fundamentação sucinta não se confunde com ausência ou deficiência na fundamentação.

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso Especial. Fundamentação deficiente. Reexame de prova. Fundamentação sucinta da sentença. Juros moratórios. Ato ilícito. Responsabilidade extracontratual.

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

A decisão que contém os elementos suficientes para sua compreensão, ainda que se possa dizer que exposta com certa concisão, não pode ser tida como desfundamentada, desde que possa ser bastantemente compreendida, como na hipótese.

"Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual" (Súmula n. 54-STJ).

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula n. 284-STF).

Recurso não conhecido. (REsp n. 147.067-RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 30.11.1998)

Processual Civil. Recurso Especial. Inadmissibilidade. Mandado de Segurança. Matéria constitucional. Exame de direito local. Impossibilidade. Sentença. Fundamentação sucinta. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ.

I - Não padece de nulidade, nos termos do art. 458 do CPC, a decisão que contém a necessária fundamentação, embora de maneira sucinta.

II - A impossibilidade de se apreciar, na via especial, a aplicação de direito local impede o conhecimento do recurso quanto à legitimidade passiva ad causam da autoridade coatora, bem como quanto aos requisitos para se conceder ao impetrante a complementação de pensão. Precedentes.

III - A discussão sobre eventual ofensa a dispositivos constitucionais não cabe em sede de recurso especial.

IV - Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

V - A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso não conhecido. (REsp n. 328.202-SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 24.09.2001)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 24.585-SP (2007/0154186-0)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)
Recorrente: Manoel Maximiano Junqueira Filho
Advogado: Celmo Marcio de Assis Pereira e outro(s)
Recorrido: Estado de São Paulo

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impedimento. Magistrado. Participação. Processo administrativo. Inexistência. Juiz de 1º grau. Pena de advertência. Observância. Rito procedimental. Imposição pelo Conselho Superior da Magistratura. Nulidade. Art. 93, X e XI, da CF/1988. Lei n. 8.112/1990. Aplicação subsidiária. Prescrição. Interrupção. Instauração do processo. Prazo de 140 dias. Volta da fluência. Consumação efetivada.

1. Esta Corte tem entendido que a regra do art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil, diz respeito tão-somente à prévia participação do magistrado no âmbito judicial.

2. O art. 48 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece que "*os Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura*."

3. A partir da confrontação do caso concreto com o disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não se verifica qualquer nulidade na tramitação do procedimento disciplinar, o qual obedeceu ao nele previsto, inclusive no que diz respeito à intimação do recorrente e do advogado para todos os atos de julgamento. Na verdade, observa-se, inclusive, ter sido oferecida oportunidade de defesa prévia e de alegações finais, as quais sequer estavam previstas no rito procedimental.

4. Não se evidencia qualquer ilegalidade no indeferimento da oitiva de testemunhas pois o próprio recorrente, durante o processo

disciplinar, afirmou que não teriam conhecimento do fato, mas apenas participaram da elaboração da lei conhecida como Estatuto do Desarmamento.

5. O Supremo Tribunal Federal exarou entendimento de que o disposto no art. 93, incisos X e XI, da Constituição da República, deve ser observado na aplicação das penas de advertência e censura aos juízes de 1º grau, ou seja, sua imposição depende do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, se for o caso, de seu Órgão Especial.

6. Manifesta a nulidade da imposição de pena de advertência pelo Conselho Superior da Magistratura, na vigência da Constituição Federal de 1988, a qual não se convalida pelo fato de ter sido mantida pelo Órgão Especial do Tribunal, quando apreciou o recurso administrativo interposto pela defesa.

7. A garantia do juiz natural está normalmente ligada aos processos judiciais. Todavia, no caso específico dos magistrados, a Constituição previu um juízo natural para a aplicação de penas disciplinares, se é que se pode assim ser chamado, tendo em vista que a atuação dos Tribunais nesse caso, é administrativa, o qual, se não for observado, gera nulidade absoluta.

8. Mesmo reconhecida a nulidade do julgamento proferido pelo Conselho Superior da Magistratura, subsiste o interesse do recorrente na análise da ocorrência de prescrição, pois a sua constatação constituiria obstáculo à imposição de penalidade no processo disciplinar ora em exame, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

9. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, no silêncio da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman, deve ser aplicada subsidiariamente a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), mesmo em se tratando de magistrados estaduais, porquanto a Constituição exige tratamento isonômico da magistratura nacional, em todos os seus ramos.

10. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendimento de que, interrompida a prescrição, a fluência desta é obstada tão-somente por 140 (cento e quarenta) dias, porquanto esse seria o prazo legal para término do processo disciplinar. O referido lapso temporal

deve ser aplicado, tendo em vista o silêncio do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo que deve ser utilizada, subsidiariamente, também, a Lei n. 8.112/1990.

11. Hipótese em que o procedimento teve início em 19 de agosto de 2004 e a prescrição voltou a correr em 07 de março de 2005, data em que findou o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão do processo disciplinar. Desde essa data, transcorreram mais de 180 (cento e oitenta) dias, sem que tenha havido o julgamento pelo órgão competente.

12. Sendo nulas as decisões proferidas pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo Órgão Especial, respectivamente, como instâncias originária e recursal, não têm elas o condão de obstar a fluência do prazo prescricional.

13. Prescrição da ação disciplinar configurada.

14. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJe 19.12.2008

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Manoel Maximiano Junqueira Filho em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem impetrada contra decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o qual, em recurso administrativo,

manteve a pena de advertência aplicada ao impetrante pelo Conselho Superior da Magistratura.

O julgado teve a seguinte ementa:

> Mandado de segurança. Prescrição. Inocorrência. Inadmissibilidade de se pretender aplicar ao caso o Estatuto de Servidores da União. Jurisprudência do STJ. Argüição rejeitada.
>
> Mandado de segurança. Ofícios encaminhados à Corregedoria sem referência à modalidade de infração cometida e despidos de forma de representação. Possibilidade. Poder disciplinar sobre magistrado de primeiro grau é competência reservada ao Corregedor Geral da Justiça e não aos juízes que comunicaram o fato. Quanto à forma, bastava mesmo a comunicação. Nulidades rejeitadas.
>
> Mandado de segurança. Decisão teratológica. Enfrentamento de todos os temas com demoradas e fundamentadas considerações, desde a irregular intimação da defesa para sustentação oral até a nulidade das declarações do impetrante por vício de transcrição do sistema de estenotipia. Nulidade rejeitada.
>
> Mandado de segurança. Competência do Conselho Superior da Magistratura para imposição da penalidade. Observância da legislação vigente ao tempo do fato. Nulidade rejeitada.
>
> Mandado de segurança. Cerceamento de defesa por indeferimento de inquirição de testemunhas. Inocorrência. A pertinência da prova requerida está diretamente relacionada ao fato objeto da discussão. Nulidade rejeitada.
>
> Mandado de segurança. Aplicação de pena de advertência pelo E. Conselho Superior de Magistratura. Juiz que, ao receber a comunicação de modificação pela instância superior de decisão ordenando providências de soltura de réu em processo criminal, desferiu críticas ofensivas, onde só lhe cabia a alternativa de cumprir o quanto determinado em segundo grau. Conduta incompatível com a austeridade e finalidade do processo. Inexistência absoluta de lesão a direito líquido e certo. Segurança denegada.

Traz o recorrente as seguintes alegações:

a) nulidade do julgamento pois os julgadores que instruíram o processo disciplinar participaram do julgamento da apelação administrativa e do presente mandado de segurança;

b) incompetência do Conselho da Magistratura para impor a penalidade de advertência, em razão do disposto no art. 93, incisos X e XI, da Constituição da República, a qual não se convalidaria pela mantença da reprimenda pelo Órgão

Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar recurso administrativo por ele apresentado;

c) aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/1990 à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, mesmo no caso de magistrado estadual, inclusive no tocante aos prazos prescricionais;

d) ocorrência de prescrição retroativa pelo decurso do prazo de 202 (duzentos e dois) dias entre o conhecimento dos fatos, em 29.08.2004, e a punição em 22.03.2005, bem como a prescrição subseqüente, pelo decurso do prazo de 214 (duzentos e catorze dias) dias entre a instauração do processo e a imposição da pena;

e) nulidade do processo disciplinar, porquanto não teria o recorrente sido intimado para oferecimento de defesa prévia, antes da prolação da decisão que determinou a sua instauração;

f) falta de intimação para a sessão em que julgado o processo disciplinar e cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de provas testemunhais;

g) ausência de conduta típica e erro na valoração das provas;

h) desnecessidade da reprimenda e falta de justificativa para a sua imposição.

Contra-arrazoado, e admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, por meio do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República João Francisco Sobrinho, emitiu parecer assim ementado:

> Recurso em Mandado de Segurança. Processo administrativo disciplinar. Magistrado. Advertência. Penalidade aplicada pelo Conselho Superior de Magistratura. Órgão incompetente. Precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal. Demais nulidades procedimentais. Inexistência. Impedimento de Magistrados do Órgão Especial. Atuação meramente administrativa. Prescrição. Afastamento.
>
> I - De início, a decretação da pena de advertência ao magistrado é nula de pleno direito, vez que no julgamento da ADI n. 2.580-CE, o Colendo Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional disposições regimentais que conferiam ao Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão fracionário do Tribunal de Justiça, a competência para instaurar, produzir e julgar processo administrativo-disciplinar contra magistrado, sendo irrelevante a gravidade da pena a ser aplicada.
>
> II - Não restaram demonstradas as alegadas nulidades do Processo Administrativo Disciplinar, cujo regular seguimento deu-se segundo as normas de regência.

III - A regra de impedimento prevista no art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil somente se aplica aos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa.

IV - Afastada a prescrição administrativa por não ter sido superado o prazo prescricional, inscrito na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicada subsidiariamente ao caso.

III - Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso, no que diz respeito à nulidade da condenação disciplinar, uma vez que o Conselho Superior da Magistratura é órgão incompetente para tanto. Na hipótese de entendimento diverso desta Augusta Corte, pelo não provimento do recurso. (fls. 1.060/1.061)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Primeiramente, não prospera a alegação de nulidade do acórdão recorrido, em razão de terem participado da sua prolação desembargadores que atuaram no processo administrativo disciplinar.

Com efeito, esta Corte tem entendido que a regra do art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil, diz respeito tão-somente à prévia participação do magistrado no âmbito judicial.

Nesse sentido:

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

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

2. "A nulidade suscitada, decorrente do impedimento de desembargador que participou tão-somente do julgamento dos embargos de declaração, não lhe sendo atribuída a relatoria do processo, não impede o regular processamento da demanda, tendo em vista que a declaração de nulidade de seu voto não implica em alteração

do resultado do julgamento unânime" (AgRg no Ag 743.615-PR, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 21.08.2006)

3. Firmou-se nesta Corte entendimento segundo o qual o servidor público federal tem direito à incorporação dos 'quintos' em valor correspondente à remuneração da função efetivamente exercida. Incabível, pois, a majoração da vantagem incorporada pelo exercício de uma FC-5 sob a alegação de que referida função foi transformada em uma FC-8. Precedentes.

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 13.308-DF, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 04.08.2008)

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

1. "O Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento no sentido de que a regra de impedimento prevista no art. 134, III, do CPC, somente se aplica nos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa." (RMS n. 18.099-PR, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.06.2006, p. 500).

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

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

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS n. 18.923-PR, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 12.04.2007).

Passa-se ao mérito da controvérsia.

O art. 48 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece que "*os Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura*."

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na redação vigente à época em que transcorreu o processo disciplinar objeto do presente *mandamus*, assim estabelecia:

Art. 299. O magistrado de primeira instância, negligente no cumprimento dos deveres do cargo, está sujeito à pena de advertência; na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, se a infração não justificar punição mais grave.

Parágrafo único. Tanto a advertência como a censura serão impostas por escrito e anotadas no prontuário do magistrado.

Art. 300. Quando necessário, a conduta negligente ou, de outra forma, incorreta, será apurada pela Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 301. Havendo indícios veementes das infrações, o Conselho Superior da magistratura aplicará a pena cabível.

Art. 303. Tornando-se necessária a instrução, o Corregedor Geral da Justiça a presidirá, no prazo assinado pelo Conselho Superior da Magistratura.

Parágrafo único. Terminada a instrução, o magistrado poderá oferecer razões escritas, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, no prazo de cinco dias, após o qual o Conselho proferirá decisão.

Art. 304. A pena imposta pelo Conselho Superior da Magistratura poderá ser impugnada por via de recurso administrativo ao Órgão Especial, no prazo de dez dias, contados da intimação pessoal do magistrado.

Art. 305. No julgamento do recurso, oficiará como relator o Corregedor Gera da Justiça.

Parágrafo único. O julgamento será feito em sessão reservada, em que se fará exposição do caso e se discutirá a matéria; da decisão lavrar-se-á acórdão nos autos.

No caso, encaminhado o ofício de representação, com cópia da decisão que deu azo à aplicação da pena de advertência, a Corregedoria Geral da Justiça solicitou ao recorrente que prestasse informações prazo de 5 (cinco) dias (fl. 108), o que ocorreu (fls. 109/112). Em seguida o Conselho Superior da Magistratura determinou a instauração do procedimento administrativo disciplinar (fls. 120/125) e intimou o recorrente para que apresentasse defesa escrita e arrolasse testemunhas no prazo de 10 (dez) dias. O recorrente apresentou sua defesa escrita (fls. 168/195) e arrolou testemunhas, cuja inquirição restou indeferida (fls. 323/324). Abriu-se prazo para alegações finais (fl. 329), as quais não foram oferecidas (fl. 330). Intimou-se o recorrente para a sessão em que seria apreciado o procedimento disciplinar pelo Conselho da Magistratura, tendo o ofício consignado que seria "*permitida a presença da parte e advogado*." O referido órgão impôs a penalidade de advertência (fls. 344/355), da qual cientificou-se

o recorrente e seu advogado (fls. 353 e 354). Houve apresentação de recurso administrativo (fls. 360/410), com a intimação do recorrente e seu advogado para a sessão (fls. 412/414). O Órgão Especial, por unanimidade, manteve a penalidade aplicada.

A partir da confrontação do caso concreto com o disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não se verifica qualquer nulidade na tramitação do procedimento disciplinar, o qual obedeceu ao nele previsto, inclusive no que diz respeito à intimação do recorrente e do advogado para todos os atos de julgamento. Na verdade, observa-se, inclusive, ter sido oferecida oportunidade de defesa prévia e de alegações finais, as quais sequer estavam previstas no rito procedimental.

Igualmente, no tocante ao indeferimento de provas testemunhais, não se evidencia qualquer ilegalidade, pois o próprio recorrente, durante o processo disciplinar, afirmou que as testemunhas arroladas não tinham conhecimento do fato, mas apenas participaram da elaboração da lei conhecida como Estatuto do Desarmamento.

Não houve, portanto, ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, razão assiste ao recorrente no tocante à nulidade da imposição de pena disciplinar pelo Conselho Superior da Magistratura.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal exarou entendimento de que o disposto no art. 93, incisos X e XI, da Constituição da República, deve ser observado na aplicação das penas de advertência e censura aos juízes de 1º grau, ou seja, sua imposição depende do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou, se for o caso, de seu Órgão Especial.

A propósito:

> Constitucional. Magistrado. Penas disciplinares. Competência do Tribunal. CF., art. 93, X, art. 96, I, **a**. Lei Complementar n. 35, de 1979 - Loman - arts. 40, 42, parágrafo único, 46 e 48.
>
> I - Aos Tribunais compete, privativamente, elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. CF., art. 96, I, **a**. A competência e o funcionamento do Conselho Superior da Magistratura devem ser estabelecidas pelo Tribunal de Justiça, em regimento interno.
>
> II - As penas de advertência e de censura são aplicáveis aos juízes de 1º grau, pelo Tribunal, pelo voto da maioria absoluta de seus membros. CF., art. 93, X.

> III - Recepção, pela CF/1988, da Loman, Lei Orgânica da Magistratura: C.F., art. 93.
>
> IV - Os regimentos internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura. Loman, art. 48.
>
> V - Regimento interno, artigos 37 e 40: inconstitucionais em face do art. 96, I, **a**, da Constituição Federal (maioria). Voto do Relator: empresta-se interpretação conforme a Constituição para estabelecer que citados artigos 37 e 40 dizem respeito apenas às penas de advertência e censura.
>
> VI - ADIn não conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente.
>
> (ADI n. 2.580-5-CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 21.02.2003)

Manifesta, portanto, a nulidade da imposição de pena de advertência pelo Conselho Superior da Magistratura, na vigência da Constituição Federal de 1988, a qual não se convalida pelo fato de ter sido mantida pelo Órgão Especial do Tribunal, quando apreciou o recurso administrativo interposto pela defesa.

Com efeito, a previsão constitucional é de atuação do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, se for o caso, como instância originária para aplicação de penalidades aos magistrados e não como instância recursal.

A garantia do juiz natural está normalmente ligada aos processos judiciais. Todavia, no caso específico dos magistrados, a Constituição previu um juízo natural para a aplicação de penas disciplinares, se que é se pode assim ser chamado, tendo em vista que a atuação dos Tribunais nesse caso, é administrativa, o qual, se não for observado, gera nulidade absoluta.

Destarte, *v.g*, no caso de processo judicial, em razão da garantia do juiz natural, jamais se admitiria a convalidação da pena aplicada por um juiz de 1º grau a autoridade que possui prerrogativa de foro, pelo fato de que, o Tribunal competente para julgá-lo manteve a condenação ao apreciar recurso interposto pela defesa.

Sendo assim, não aplicada a pena, originariamente, pelo órgão administrativo indicado pela Constituição Federal, é evidentemente nula.

Outrossim, mesmo reconhecida a nulidade do julgamento proferido pelo Conselho Superior da Magistratura, subsiste o interesse do recorrente na análise da ocorrência de prescrição, pois a sua constatação constituiria obstáculo à imposição de penalidade, no processo disciplinar ora em exame, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Com relação ao tema, inicialmente, cabe dizer que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, no silêncio da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman, deve ser aplicada subsidiariamente a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), mesmo em se tratando de magistrados estaduais, porquanto a Constituição exige tratamento isonômico da magistratura nacional, em todos os seus ramos.

A propósito:

> Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Juiz de Direito. Processo disciplinar. Prescrição e decadência. Inocorrência. Inamovibilidade e vitaliciedade. Magistrado já aposentado compulsoriamente. Inaplicabilidade.
>
> 1. Em face da ausência de previsão expressa na Lei Orgânica da Magistratura Nacional acerca de prazo prescricional para a apuração da responsabilidade do magistrado, esta Corte Superior de Justiça registra já precedentes no sentido da possibilidade da aplicação subsidiária do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (RMS n. 13.439-MG, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 29.03.2004 e RMS n. 6.566-SP, Relator Ministro Anselmo Santiago, *in* DJ 22.04.1997).
>
> 2. Interpretando os artigos 142, 152 e 167 da Lei n. 8.112/1990, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o prazo prescricional, interrompido com a instauração do processo administrativo, recomeça a correr após cento e quarenta dias da data em que deveria ter sido concluído o processo disciplinar, somando, para tanto, os prazos para a conclusão do processo administrativo disciplinar e para a aplicação da penalidade.
>
> 3. Às infrações disciplinares também tipificadas como crime aplicam-se os prazos prescricionais previstos na lei penal, afastando, por conseguinte, os prazos prescricionais das ações disciplinares, previstos nos incisos I a III do mesmo artigo (Inteligência do § 2º do artigo 142 da Lei n. 8.112/1990).
>
> 4. "*O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.*" (artigo 18 da Lei n. 1.533/1951).
>
> 5. Não viola as garantias constitucionais da vitaliciedade e da inamovibilidade a publicação de editais para o provimento da Vara de que é titular o magistrado aposentado compulsoriamente, cuja imposição de sanção disciplinar tem eficácia imediata à luz do parágrafo 8º do artigo 27 da Loman.
>
> 6. Recurso improvido.
>
> (RMS n. 17.775-BA, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 29.11.2004)

Administrativo. Magistrado Estadual. Penalidade. Censura. Prescrição. Prazo. Legislação. Aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/1990. Garantia. Unicidade. Tratamento. Magistratura Nacional.

I - A Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman é silente acerca da prescrição administrativa das penalidades nela previstas. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível a aplicação analógica da Lei n. 8.112/1990 a magistrado federal. Na ocasião concluiu, também, que o lapso a ser observado em relação à pena de censura, previsto no referido Estatuto da Magistratura, seria semelhante àquele relativo à pena de suspensão, elencada no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União.

II - O art. 93 e seguintes da Constituição da República, além de fixarem os princípios, garantias e deveres básicos inerentes aos magistrados, remeteram à *lei complementar federal* a disciplina das demais questões inerentes à magistratura.

III - Preocupação demonstrada, pelo Constituinte, no sentido de conceder tratamento isonômico a todos os integrantes da magistratura nacional, sejam eles juízes vinculados à União ou aos Estados-membros.

IV - A questão da prescrição das penalidades cometidas por magistrado, sem dúvida, por estar diretamente ligada ao exercício do cargo, é matéria a ser tratada no Estatuto da Magistratura. Entretanto, por ser a atual legislação vigente omissa quanto a esse aspecto e, sendo necessário o tratamento uniforme da matéria, é aplicável subsidiariamente o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, ainda que se trate de juiz estadual.

V - Interpretando o artigo 142 e demais artigos relativos ao tema, insertos na Lei n. 8.112/1990, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, embora haja a interrupção da prescrição com a instauração do processo administrativo, recomeçará o início da fluência do lapso prescricional quando ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que tenha havido a conclusão do processo disciplinar, porquanto esse seria o prazo legal para seu término.

VI - *In casu,* ocorreu a instauração da representação em *13 de agosto de 1997*, por decisão da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sendo que, adicionando 140 dias à data, temos que o direito de punir tinha como prazo final o dia *30 de dezembro de 1999*.

VII - O julgamento definitivo ocorreu em *27 de outubro de 1999*, com a publicação da decisão em *17 de dezembro* do mesmo ano, tendo sido, portanto, proferido antes que houvesse a prescrição.

Recurso desprovido.

(RMS n. 13.439-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 29.03.2004)

O art. 142, inciso III, da Lei n. 8.112/1990, estabelece que a ação disciplinar prescreverá "*em 180 (cento e oitenta dias), quanto à advertência*." O art. § 1º, do mesmo dispositivo, dispõe que "*o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido*" e "*que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente*" (§ 3º).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendimento de que, interrompida a prescrição, a fluência desta é obstada tão-somente por 140 (cento e quarenta) dias, porquanto esse seria o prazo legal para término do processo disciplinar.

A esse respeito:

Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Sindicância. Falta funcional passível de demissão. Prescrição. Interrupção. Instauração do processo administrativo disciplinar. Sentença de improcedência. Tutela antecipada anterior. Revogação. Apelação. Duplo efeito. Irrelevância.

I - A sindicância só interromperá a prescrição quando for meio sumário de apuração de infrações disciplinares que dispensam o processo administrativo disciplinar. Quando, porém, é utilizada com a finalidade de colher elementos preliminares de informação para futura instauração de processo administrativo disciplinar, esta não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a administração punir determinado servidor, até porque ainda nesta fase preparatória não há qualquer acusação contra o servidor. Precedente.

II - Interrompido pela instauração do PAD, a Administração dispõe do prazo máximo de 140 dias para conclusão e julgamento, findo o qual reinicia-se a contagem do prazo prescricional. Precedentes.

III - Ainda que recebida no duplo efeito a apelação que julgou improcedente a demanda, não surte mais efeitos a decisão provisória que havia concedida a tutela antecipada.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no MS n. 13.072-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 14.11.2007)

Administrativo. Mandado de segurança. Técnica da Receita Federal. Demissão. Infração disciplinar capitulada como crime. Inexistência de ação penal. Prescrição

da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Observância dos prazos da legislação administrativa. Precedentes. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional. Precedentes.

2. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, havendo a instauração de inquérito administrativo, o prazo começa a correr por inteiro em desfavor da Administração a partir do momento em que se encerra o prazo máximo para sua conclusão, que é de 140 dias, segundo os arts. 152, *caput*, combinado com o art. 169, § 2º, ambos da Lei n. 8.112/1990.

3. Hipótese em que os ilícitos administrativos teriam sido praticados pela impetrante entre 15.07.1997 e 10.03.1998. Sobreveio a Portaria n. 82, de 13.11.1998, da Delegacia da Receita Federal em Brasília-DF, publicada na mesma data, destinada a apurar referidas irregularidades.

4. À míngua de decisão administrativa, o prazo recomeçou a correr por inteiro a partir de 05.04.1999, conforme a própria Administração reconhece, pelo que, por se tratar de demissão, deveria findar-se em 05.04.2004, após o transcurso de 5 (cinco) anos. Todavia, a penalidade foi aplicada por meio da Portaria 133, de 19.06.2006 do Ministro de Estado da Fazenda, quando já consumada a prescrição da pretensão punitiva.

5. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

(MS n. 12.090-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 21.05.2007)

No caso, o referido lapso temporal deve ser aplicado, tendo em vista o silêncio do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo que deve ser utilizada, subsidiariamente, também, a Lei n. 8.112/1990.

Entre o conhecimento dos fatos e a instauração do processo disciplinar transcorreram pouco mais de 2 (dois) meses, não havendo falar em prescrição retroativa. Contudo, o procedimento teve início em 19 de agosto de 2004, pelo que a prescrição voltou a correr em 07 de março de 2005, data em que findou o prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão do processo disciplinar. Desde essa data, já se passaram mais de 180 (cento e oitenta) dias, sem que tenha havido o julgamento pelo órgão competente. Sendo nulas as decisões proferidas pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo Órgão Especial, respectivamente, como instâncias originária e recursal, não têm elas o condão de obstar a fluência do prazo prescricional.

Sendo assim, resta evidenciada a prescrição da ação disciplinar.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a ordem e anular a pena de advertência imposta ao Juiz de Direito Manoel Maximiano Junqueira Filho no processo administrativo G-37.817/04, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como para reconhecer a prescrição da respectiva ação disciplinar.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 743.542-RJ (2005/0064782-6)

Relator: Ministro Nilson Naves
Relator para acórdão: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: União
Recorrido: Aureomar Pereira Borges e outros
Advogado: Valentim Theophilo dos Santos Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital n. 18/91 - Esaf. Convocação de candidatos para a segunda etapa. Artigo 56 da Lei n. 8.541/1992. Discricionariedade da Administração. Preterição. Não-ocorrência. Recurso provido.

1. "A convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada no parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera *discricionária* da Administração Pública, que poderia ou, não, convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou, não, prorrogar o prazo dessa convocação. Precedentes da 3ª Seção." (REsp n. 310.361-DF, da minha Relatoria, *in* DJ 15.04.2002).

2. Na compreensão deste Superior Tribunal de Justiça, a abertura de novo concurso público, após o encerramento do prazo de validade de concurso anterior, não produz violação de direito qualquer de candidato que sobejou às vagas não preenchíveis.

3. Ilegalidade comete, sim, o administrador que, sem autorização legal, aproveita candidatos de concurso com prazo de validade exaurido.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator, que dele não conhecia. Votaram com o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 09.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Segundo o relatório da sentença, eis a suma do pedido dos autores:

> Trata-se de ação ordinária, proposta por candidatos ao concurso ao cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional - AFTN de 1991, de que trata o edital n. 18 de 16.10.1991, objetivando a habilitação dos autores à 1ª etapa do concurso, tendo em vista terem preenchido os requisitos estipulados no item 6, I e II do edital, e a posterior convocação para matricularem-se no curso de formação, haja vista argumentarem que a restrição estipulada no item 3, do edital/Esaf n. 6, de 19.03.1992, o qual fixou o número de selecionados pela ordem de classificação para a segunda fase, afronta o artigo 6º do Decreto n. 92.360/1986, que dispõe sobre o ingresso na carreira de AFTN.
>
> Os autores alegam, ainda, que o artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, ao delegar competência para o Ministro da Fazenda convocar outros candidatos habilitados no concurso de 1991, veio corroborar o entendimento de que a habilitação na 1ª etapa não se restringiu aos 500 selecionados, conforme determinava o edital. Afirmam,

por último, haver vagas disponíveis na carreira, conforme informa na inicial, bem como uma premente necessidade de aumento no número de fiscais.

Foi proferida sentença contrária aos autores, mas o Tribunal Regional Federal da 2ª Região decidiu assim, de acordo com o Relator:

I – Dou parcial provimento ao apelo de Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente o pedido inaugural registrado nas alíneas A e B de fls. 8/9, e, em parte, o pedido da alínea D de fls. 9, julgando os autores habilitados na 1ª etapa do concurso e, em conseqüência, condenando a Ré a convocá-los para a 2ª etapa do concurso, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso'.

II – Dou provimento ao apelo de Ney Felippe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente os pedidos registrados nas alíneas A, B, C, D, de fls. 8/9, pelo que, julgando os Autores – Apelantes habilitados na 1ª etapa do concurso, assim como aprovados na 2ª etapa, condeno a Ré a nomeá-los e empossá-los no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, com efeitos a partir da data em que houve a preterição do direito à nomeação e posse, ocorrida no dia 25 de julho de 1997, com a nomeação de candidatos com classificação inferior à dos Autores – Apelantes, perpetrada com a Portaria n. 344, de 24 de julho de 1997, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso'.

III – Condeno a Ré – Apelada a ressarcir as custas adiantadas pelos Autores e no pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da causa, relativamente aos Autores – Apelantes Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro, observado o art. 21 do CPC e quanto aos Autores – Apelantes Ney Felippe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho a verba honorária incidirá sobre o valor da condenação;

IV – Retifique-se a autuação (etiqueta), para, dela constar como Autora – Apelante, no lugar de Maria Inea Galindo Pinheiro, Maria Inês Galindo Pinheiro.

É deste teor a ementa do acórdão:

Administrativo. Processual Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Concurso público para provimento de cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Fundando-

se o pedido inaugural no alegado fato da preterição do direito à nomeação, observada a ordem de classificação, não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ante o alegado encerramento do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores. Critério de habilitação dos candidatos na primeira etapa do concurso é a aquisição de pontuação mínima, nas provas da 1ª fase do concurso, conforme edital. Configurada esta, nos autos, e tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores-Apelantes, configurada a preterição. Ausência de interesse processual no pedido de nomeação e posse para os que não fizeram a 2ª etapa, vez que o suporte fático de tal pedido ainda não ocorreu e inexiste certeza quanto à sua ocorrência. Direito dos que fizeram com êxito a 2ª etapa do concurso à nomeação e empossamento no cargo, a que concorreram no concurso público, a que se refere o Edital Esaf 18/91. Reserva de vagas para todos os Autores – Apelantes. Parcial provimento do recurso, em relação aos Autores que não fizeram a 2ª etapa e total provimento para os que fizeram, com êxito, a 2ª etapa.

Daí o presente recurso especial – fundado na alínea **a**, com referência, aqui e ali, à Lei n. 8.541, de 1992 –, que originariamente não foi admitido, isso porque: "Sobreleva notar que a recorrente não particularizou, em sua peça recursal, os dispositivos de lei federal pretensamente violados pela decisão recorrida, requisito inafastável na via do recurso excepcional."

Provendo agravo, determinei, no entanto, subissem os autos principais ao Superior Tribunal.

Há recurso extraordinário, admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Em suma, é de ordem seguinte o inconformismo que nos foi trazido pela União:

> 2.30 - É óbvio que, se o objeto do comando do art. 56, da Lei n. 8.541/1992 fora o de determinar a convocação dos excedentes classificados acima do n. 500, teria havido, sim, nítida violação do âmbito de atuação do Poder Executivo, malferido, desde então, o disposto no art. 2º, da Constituição de 1988, que firma o princípio da independência e separação dos Poderes da República.
>
> (...)
>
> 2.35 - Não é crível que o que o Poder Legislativo não fez, na Lei n. 8.541/1992, o faça agora o Poder Judiciário: Determinar ao Ministro da Fazenda que convoque os candidatos – Autores, ao arrepio da sua ordem de classificação na primeira etapa,

negando-lhe o que o Poder Legislativo não lhe negou: o discricionarismo e o exame da conveniência e/ou oportunidade em fazê-lo.

2.36 - Importante frisar, ainda, que pela norma editalícia e pela legislação superveniente, estão peremptos todo e qualquer direito relacionado com o concurso de que trata o Edital n. 18/91, e os direitos gerados por força do art. 56, da Lei n. 8.541/1992.

Sucede, porém, que o tema do acórdão foi a preterição; isso se depreende da sua ementa, que constou do meu relatório: "... tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores-Apelantes, configurada a preterição." Também das seguintes palavras do Relator (o acórdão é formado do debate entre os componentes do órgão julgador):

A preterição é deduzida, primeiro, da seguinte assertiva: que de acordo com o Decreto, que segundo o meu voto, é violentado pelo Edital do concurso, que é regra inferior ao Decreto, está estabelecido que o critério para se habilitar na primeira etapa é obter 50% do total de pontos da prova e 30% nas provas 1 e 2, ou seja, quem teve essa pontuação mínima é habilitado na primeira etapa do concurso. A regra do Edital é de que o prazo de validade do concurso se conta a partir da data do resultado final. Mas a homologação do resultado final para cada grupo que concluir a segunda etapa.

Vejam-se, ainda, estas palavras de outro membro (Valmir Peçanha) daquele órgão:

Isso aí eu entendi. Então, V. Exa. considerou que a preterição está, principalmente, na circunstância de eles terem obtido a pontuação suficiente, mas não estarem dentro daquele número que o Edital estabeleceu que seriam chamados e nem naquele número que, depois, o Ministro da Fazenda estendeu. Mas eles haviam adquirido a pontuação e todos deveriam fazer a segunda etapa.

Já que o mote de origem foi a preterição – o edital do concurso e a sua validade –, já que ao acórdão não foram opostos embargos de declaração, o meu entendimento é o de que não há como cogitar, aqui e agora, da questão que nos foi trazida pela União. É que, pelo visto, o acórdão recorrido não cuidou, às claras, do indicado art. 56. Hão, pois, de vir à baila as Súmulas n. 282 e 356-STF.

Faltou, sim, o indispensável prequestionamento. Certamente indispensável, pois, se assim não fosse, o especial perderia sua natureza extraordinária.

Voto no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, recurso especial interposto pela União (fls. 592/626) contra acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que deu parcial provimento ao recurso dos autores que não fizeram a 2ª etapa do concurso, tendo-os declarado habilitados na primeira e condenando a União a convocá-los para o referido curso, reservando vagas entre as existentes ou entre as que viessem a surgir durante o prazo de validade do concurso e total provimento para os demais autores, com êxito, na 2ª etapa do concurso, para condenar a ré a nomeá-los e empossá-los no cargo, com reserva de vagas também entre as então existentes ou entre as quais viessem a existir.

A conclusão do julgado restou assim sumariada:

> Administrativo. Processual Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Concurso público para provimento de cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Fundando-se o pedido inaugural no alegado fato da preterição do direito à nomeação, observada a ordem de classificação, não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ante o alegado encerramento do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores. Critério de habilitação dos candidatos na primeira etapa do concurso é a aquisição de pontuação mínima, nas provas da 1ª fase do concurso, conforme edital. Configurada esta, nos autos, e tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores – Apelantes, configurada a preterição. Ausência de interesse processual no pedido de nomeação e posse para os que não fizeram a 2ª *etapa*, vez que o suporte fático de tal pedido ainda não ocorreu e inexiste certeza quanto à sua ocorrência. Direito dos que fizeram com êxito a 2ª *etapa* do concurso à nomeação e empossamento no cargo, a que concorreram no concurso público, a que se refere o Edital Esaf 18/91. Reserva de vagas para todos os Autores – Apelantes. Parcial provimento do recurso, em relação aos Autores que não fizeram a 2ª *etapa* e total provimento para os que fizeram, com êxito, a 2ª *etapa*. (fl. 588)

Aureomar Pereira Borges e outros ajuizaram ação ordinária contra a União, com pedido de tutela antecipada, objetivando o reconhecimento da habilitação na primeira fase do concurso de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, para determinar a convocação dos autores para a segunda etapa do concurso, a que se refere o edital/Esaf n. 18/91 e no qual se inscreveram, e, em sendo aprovados, sejam imediatamente nomeados no cargo, em face de suas preterições provocadas pelas nomeações de candidatos em concursos realizados posteriormente.

Três, dos cinco autores, foram matriculados no curso de formação, correspondente à 2ª fase do concurso, por força do deferimento de antecipação de tutela (fls. 157/158), decisão que foi objeto de retratação pelo juízo (fls. 293/294).

O pedido foi julgado improcedente, tendo o juízo monocrático asseverado que:

> (...) O pedido dos autores está fundamentado no fato de não terem sido considerados habilitados na 1ª Etapa do Concurso para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, conforme determina o Decreto n. 92.360, o que, segundo eles, não teria sido cumprido pelo Edital Esaf n. 18/91, que denominou os 500 candidatos aptos a prosseguir no certame de 'selecionados'. Prosseguem os autores, alegando que em razão das vagas terem, após a realização do concurso, sido ampliadas para 1500 (mil e quinhentas) através do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, também fariam jus a serem considerados habilitados e convocados para a 2ª etapa do Concurso.
>
> No que se refere à impugnação dos autores ao termo 'selecionados', utilizado (...) não vislumbro qualquer descumprimento da lei na utilização dessa denominação, visto que é evidente que, pelo concurso ter duas fases, sendo a segunda um curso para aprovados na 1ª fase que estivessem dentro do número de vagas existentes (...).
>
> Posteriormente, houve, com o artigo 56 da Lei n. 8.541/1992 e a Portaria n. 77/1993, a convocação de mais mil candidatos, mais precisamente do 501º ao 1500º colocados no referido concurso.
>
> (...) Analisando a colocação alcançada pelos Autores, fica claro que eles não estavam aptos a serem selecionados para a 2ª Etapa, já que não estavam entre as primeiras 1500 (mil e quinhentas) colocações.
>
> Assim, os Autores podem se considerar habilitados na 1ª Fase do concurso para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, entretanto, não podem ser considerados selecionados para a 2ª Fase, já que não haviam vagas compatíveis com suas respectivas colocações.
>
> É importante esclarecer que o fato de alguns Autores terem cursado a 2ª Fase do Concurso (...), não os transforma de habilitados em selecionados, visto que só cursaram em razão da concessão da antecipação da tutela (...).
>
> Dessa forma, não merecem procedência os pedidos dos Autores quanto a serem considerados habilitados na 1ª Fase do Concurso (...), porque isto eles já foram, quando alcançaram os graus exigidos para aprovação, nem quanto ao pedido de nomeação, que representa uma tentativa de burlar o princípio da obrigatoriedade de concurso público para o preenchimento de cargos públicos, pois só cursaram a

2ª etapa amparados por decisão judicial concessiva tão somente da antecipação de tutela para matricularem-se em tal etapa do certame. (...) (fls. 352/354).

Interposto recurso de apelação pelos autores, restou assim fundamentado o acórdão ora recorrido:

(...) *A primeira indagação – a exigir resposta desta Egrégia Turma, no julgamento do presente – diz respeito ao término do prazo de validade de concurso.*

É que, como dito acima, a preterição, ensejadora do direito postulado, é preterição havida dentro do prazo de validade do concurso. Segundo a argumentação dos apelantes, enquanto não houver resultado final do curso de formação (2ª *etapa*) do último classificado, ou, em outros termos, do último habilitado, na 1ª. *etapa*, não se encerra o prazo de validade do concurso.

(...) Já a Apelada pretende que, definitivamente, o concurso teve sua validade encerrada no dia 16 de outubro de 1993, por força do que disposto no § 1º do art. 56 da Lei n. 8.541/1992.

Penso assistir razão à defesa dos Apelantes ao registrar em memorial que 'o prazo previsto no § 1º do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, era para que a autorização dada ao Ministro da Fazenda de convocar demais candidatos aprovados, além dos 500 primeiros classificados, fosse até 16 de outubro de 1993, que poderia a critério do mesmo (§ 2º) ser prorrogada por mais um ano, nada tendo a ver com prazo de validade do concurso, pois se assim fosse, os candidatos que foram convocados pela Portaria n. 77/97-MF, e começaram o treinamento em 13.09.1994 e 04.10.1993, não poderiam ter o curso de formação homologado e nem poderiam ter sido nomeados, pois ao concluírem o curso, o prazo de validade do concurso já teria expirado, o que não ocorreu, pois só foram nomeados em dezembro de 1993'.

O § 2º do art. 56 da Lei n. 8.541/1993 desdiz o entendimento da Apelada no sentido de que após 16 de outubro de 1993 nenhum outro candidato poderia ser convocado para a 2a. Etapa. De modo algum, a convocação, autorizada no art. 56 da Lei n. 8.541/1993, resultou limitada a 16 de outubro de 1993, consoante se extrai dos dizeres do cotejo dos §§ 1º e 2º do art. 56 da Lei n. 8.541/1993: '§ 1º A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993; § 2º – O prazo previsto no parágrafo anterior poderá a critério do Ministro da Fazenda ser prorrogado por período não superior a 1 (um) ano'. Positivamente, o § 1º do art. 56 da Lei 8.541/93 não é critério – como quer o Sr. Diretor-Geral da Esaf (fls. 515) - para se fazer cognição do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores – Apelantes.

Sem alteração nas normas que regulamentam o concurso dos Autores – Apelantes não há inferir que o prazo de validade é outro que não o da homologação

do resultado final da 2ª *etapa* para o último habilitado, dentro da ordem de classificação, na 1ª *etapa*. *Havendo vagas - no prazo de validade do concurso - e este, como querem os Autores – Apelantes, só se caracteriza seis meses após a homologação do resultado final da 2a. etapa do último classificado, habilitado, na 1a. etapa - vedado à Administração Pública promover novo concurso, de conformidade com o disposto no § 2º do art. 12 da Lei n. 8.112/1990.*

Os Autores – Apelantes Ney Felippe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho fizeram, com êxito, a 2ª *etapa* do concurso, por força de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pretendida no pedido, posteriormente reconsiderada, no MM. Juízo *a quo*, o que resultou objeto de agravo de instrumento, que veio a ser provido, pela Egrégia Quarta Turma (fls. 361).

O resultado final do concurso, a que foram submetidos e para os Autores – Apelantes, beneficiários da tutela antecipada, foi homologado no dia 16 de julho de 1997 (fls. 322). Malgrado isto, foram nomeados 1089 candidatos do concurso de que trata o Edital ESAF n. 18/91, na Portaria n. 344, de 24 de julho de 1997 (...).

Tendo em vista que os Autores – Apelantes Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro não foram, ainda, convocados à matrícula no programa de formação (2ª *etapa*), os pedidos das alíneas C e D importariam em condenação condicional e teria como suporte fático um ato de hipótese. Causa de pedir nomeação é a ausência da mesma, quando devida. E esta só se faz devida para os aprovados no curso de formação (2ª *etapa*) (...).

Isto posto:

I – Dou parcial provimento ao apelo de Aureomar Pereira Borges e Maria Inês Galindo Pinheiro para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente o pedido inaugural registrado nas alíneas A e B de fls. 8/9, e, em parte, o pedido da alínea D de fls. 9, julgando os Autores *habilitados* na 1ª *etapa* do concurso e, em conseqüência, condenando a Ré a convocá-los para a 2ª *etapa* do concurso, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso'.

II – Dou provimento ao apelo de Ney Felippe de Barros Rodrigues Cochiarale, Sandra Zaque Jesus de Paula e Vitor Antonio Moraes de Carvalho para, reformada a r. sentença recorrida, julgar procedente os pedidos registrados nas alíneas A, B, C, D, de fls. 8/9, pelo que, julgando os Autores – Apelantes *habilitados* na 1ª *etapa* do concurso, assim como aprovados na 2ª *etapa*, condeno a Ré a nomeá-los

> e empossá-los no cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, com efeitos a partir da data em que houve a preterição do direito à nomeação e posse, ocorrida no dia 25 de julho de 1997, com a nomeação de candidatos com classificação inferior à dos Autores – Apelantes, perpetrada com a Portaria n. 344, de 24 de julho de 1997, reservando 'vagas dentre as hoje existentes, ou dentre as que vierem a existir durante o prazo de validade do concurso para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, mencionando-se a existência desta ação ordinária no ato da homologação do concurso. (...) (fls. 556/560 - nossos os grifos).

O recurso especial da União está centrado na violação do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, *verbis:*

> Art. 56. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a Segunda Etapa do concurso público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital n. 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária - Esaf, conforme as necessidades dos serviços de Tributação, Arrecadação e Fiscalização, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na Primeira Etapa e classificados além do qüingentésimo selecionado, dentro do número de vagas do cargo na referida carreira.
>
> § 1º A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993;
>
> § 2º O prazo previsto no parágrafo anterior poderá a critério do Ministro da Fazenda, ser prorrogado por período não superior a 1 (um) ano.

E o teria violado, porque:

I) o edital foi por demais claro ao estabelecer em seu item '01', que seriam convocados para a segunda etapa do certame somente, e tão-somente, até o 500º lugar na ordem classificatória (fl. 599);

II) se os autores não obtivessem a classificação necessária, dentro do número de vagas previstas, estavam eliminados do concurso, não podendo habilitarem-se a vagas possivelmente abertas no futuro, por total falta de previsão legal ou editalícia (fl. 599);

III) a superveniente Lei n. 8.541/1992, por meio do seu artigo 56, fixou a validade do concurso até 16 de outubro de 1993, ficando a critério do Ministro da Fazenda, e dentro do número de vagas do cargo na referida carreira, e de acordo com a conveniência da Administração, convocar mais mil candidatos subseqüentes aos quinhentos iniciais, na ordem de classificação, para que se submetessem à segunda etapa do concurso (fls. 600/601);

IV) por conveniência da Administração e a bem do serviço público, não foi prorrogado o prazo concedido pela Lei n. 8.541/1992, exaurindo, a partir

de 16 de outubro de 1993, qualquer possibilidade de convocação de outros classificados após a 1.500ª colocação (fl. 601);

V) não há falar em violação do direito dos autores, uma vez que a convocação de novo concurso público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional obedeceu aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade dos atos da Administração (fl. 602), e

VI) a discrição quanto à conveniência e oportunidade dos atos administrativos de realização do concurso, seu prosseguimento ou de admissão dos candidatos aprovados não pode ser substituída pela discrição judicial (fl. 602).

Resposta dos recorrentes pela mantença do acórdão, uma vez que a petição encontra-se sem fundamentação lógica, desacompanhada de "*razões de reforma*", e que o presente recurso visa rever matéria probatória (fl. 631).

Na sessão do dia 4 de março de 2008, após o voto do Sr. Relator, Ministro Nilson Naves, não conhecendo do recurso pela incidência, por analogia, dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, pedi vista dos autos para melhor reexame da questão.

Diga-se, de início, que conheço do recurso especial, interposto pela alínea a do permissivo constitucional, por prequestionada a matéria, qual seja, a inexistência de preterição dos autores ante a expiração do prazo de validade do certame, nos termos do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, caracterização essa à qual se contrapôs o acórdão impugnado.

E conhecendo do recurso, dou-lhe provimento.

De início, ressalto que os autores ficaram colocados nos seguintes lugares (fl. 376): Aureomar Pereira Borges, 3.897º; Maria Inês Galindo Pinheiro, 1.791º; Ney Felippe de Barros Rodrigues Cochiarale, 2.695º, Sandra Zaque Jesus de Paula, 4.717º; e Vitor Antônio Moraes de Carvalho, 3.027º.

O item 1 do Edital Esaf n. 18, de 16 de outubro de 1991, assim dispõe:

> 1. Disposições Preliminares
>
> A seleção, em âmbito nacional, para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional compreenderá duas etapas, ambas de caráter eliminatório, a saber:
>
> I - Primeira Etapa - Provas de Conhecimentos específicos e gerais*, para classificação de 500 candidatos*;
>
> II - Segunda Etapa - Programa de Formação, a que serão submetidos os candidatos selecionados na primeira etapa, obedecido o respectivo regulamento. (nossos os grifos).

Realizadas as provas da Primeira Etapa do processo seletivo, 5.812 candidatos obtiveram a pontuação mínima exigida no Edital do certame.

O item 10.2 do edital estatui que:

> O concurso, para cada grupo que concluir a Segunda Etapa, terá validade de 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data de publicação da homologação do resultado final do respectivo grupo, nos termos do subitem 10.1.

O Edital n. 26, de 31 de julho de 1992, publicado no D.O.U. de 31.07.1992, da lavra do Diretor-Geral da Esaf, homologou o resultado final do Curso de Formação, considerando habilitados os 500 candidatos selecionados na 1ª Etapa, daí o prazo de validade do concurso ter se exaurido 6 meses após a referida homologação (item 10.2), ou seja, em *4 de fevereiro de 1993*.

Ocorre, todavia, que a Lei n. 8.541, de 23 de dezembro de 1992, que altera a Legislação do Imposto de Renda e dá outras providências, no seu artigo 56, *facultou* ao Ministro de Estado da Fazenda convocar para a Segunda Etapa do certame, *conforme as necessidades dos serviços de tributação, arrecadação e fiscalização*, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na Primeira Etapa e classificados além do 500º lugar estabelecido no Edital n. 18/91, valendo conferir, a propósito, o verbo legal:

> Art. 56. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a Segunda Etapa do concurso público para o cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital n. 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária - Esaf*, conforme as necessidades dos serviços de Tributação, Arrecadação e Fiscalização*, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na Primeira Etapa e classificados além do qüingentésimo selecionado, dentro do número de vagas do cargo na referida carreira.
>
> § 1º *A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993;*
>
> § 2º O prazo previsto no parágrafo anterior *poderá a critério do Ministro da Fazenda,* ser prorrogado por período não superior a 1 (um) ano. (nossos os grifos).

O Ministro da Fazenda, pela Portaria n. 77, de 5 de fevereiro de 1993, convocou então para a Segunda Etapa do concurso os candidatos habilitados do 501º ao 1500º lugar, observando a ordem de classificação de cada candidato.

Após a convocação de 1000 candidatos que obtiveram a pontuação mínima para a habilitação, houve o decurso do prazo legal estabelecido no artigo 56, § 1º, da Lei n. 8.541/1992, não havendo prorrogação pela autoridade administrativa.

Tem-se, assim, que o prazo de validade do concurso, finalmente, se exauriu em *16 de outubro de 1993*, por força do disposto no parágrafo 1º da Lei n. 8.541/1992, não havendo falar, portanto, em direito subjetivo dos candidatos classificados após o 1500º lugar a serem convocados para participar da 2ª Etapa do processo seletivo ou à nomeação.

Primeiro, porque a convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada pelo parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera *discricionária* da Administração Pública, que poderia ou não convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou não prorrogar o prazo dessa convocação.

Não há como pretender que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo no exercício de competências que lhe são próprias, instaurando-se a confusão de poderes, de modo a comprometer irreversivelmente o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas do Estado, um dos seus mais importantes pilares.

Segundo, não há falar, *in casu*, em ocorrência de preterição provocada pela nomeação de candidatos aprovados em concursos posteriores, eis que o prazo de validade do concurso anterior se exauriu em *16 de outubro de 1993* (§ 1º do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992), antes, portanto, da abertura de novos concursos para o preenchimento do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional (Edital Esaf n. 003, de *3 de janeiro de 1994*, Edital Esaf n. 33, de *6 de julho de 1994* e Edital Esaf n. 14, de *7 de março de 1996*).

E a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que "*A abertura de novo concurso público após o encerramento do prazo de validade do concurso anterior não implica em violação a direito dos candidatos aprovados na primeira etapa deste certame, mas não classificados dentro do limite de vagas previsto no respectivo edital.*" (cf. MS n. 6.075-DF, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 27.09.1999).

Nesse passo, vale anotar os seguintes precedentes jurisprudenciais, em casos análogos ao presente:

> Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Esaf. Ampliação de convocados. Limite de mais 1.000. Conveniência da Administração. Prazo obedecido.
>
> *- A autoridade tida por coatora, obedecendo aos ditames da Lei n. 8.541/1992, não feriu qualquer direito dos impetrantes, muito menos líqüido e certo, ao convocar*

somente mais 1.000 candidatos, observando o limite temporal e os critérios de conveniência da Administração.

- Mandado de segurança conhecido, ordem denegada. (MS n. 5.052-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 20.4.1998 - nossos os grifos).

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso publico. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Convocação. Segunda fase. Realização. Novo concurso. Impugnação. Edital n. 64/1993. Edital n. 03/94. Decadência.

1 - Ocorre a decadência se, verificado que o ato que teria violado pretenso direito líquido e certo do impetrante foi a Portaria n. 77/1993, este, deixando fluir *in albis* o prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, só agora se socorre do *mandamus* impugnando o Edital n. 64/93, publicado somente para cumprir decisão judicial, da qual não se beneficiou.

2 - É possível a realização de novo concurso se, dentro do prazo de validade do concurso anterior, foram cumpridas todas as etapas previstas em seu edital.

3 - A convocação dos candidatos aprovados além do qüingentésimo lugar na primeira etapa do concurso, a participarem da fase seguinte, nos termos da autorização prevista na Lei n. 8.541/1992, está condicionada às necessidades dos serviços de Tributação, Arrecadação e Fiscalização, dependendo de avaliação a ser realizada pela Administração Fazendária, no exercício do poder discricionário que detém o administrador, não gerando direito a ser albergado pelo mandado de segurança.

4 - Segurança não conhecida. (MS n. 3.385-DF, Relator Ministro Anselmo Santiago, *in* DJ 22.6.1998 - nossos os grifos).

Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital Esaf n. 16/91. Convocação para a segunda etapa do concurso. Artigo 56 da Lei n. 8.541/1992. Ato discricionário da Administração Pública. Preterição. Inocorrência.

1. Em sede de recurso especial, é defeso o conhecimento de questões de direito que não foram devidamente prequestionadas na via dos embargos declaratórios, ainda que tenham surgido na própria decisão colegiada objeto de impugnação.

2. A convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada no § 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera *discricionária* da Administração Pública, que poderia ou, não, convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou, não, prorrogar o prazo dessa convocação. Precedentes da 3ª Seção.

3. Não há como pretender que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo no exercício de competências que lhes são próprias, instaurando-se a confusão de

poderes, de modo a comprometer irreversivelmente o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas do Estado, um dos seus mais importantes pilares.

4. A abertura de novo concurso público, após o encerramento do prazo de validade de concurso anterior, não produz violação de direito qualquer de candidato que sobejou às vagas então preenchíveis.

5. Ilegalidade comete, sim, o administrador que, sem autorização legal, aproveita candidatos de concurso com prazo de validade já exaurido.

6. Recurso parcialmente conhecido. (REsp n. 310.361-DF, da minha Relatoria, *in* DJ 15.4.2002).

Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital Esaf n. 18/91. Convocação de candidatos além do número previsto no edital. Autorização pelo art. 56 da Lei n. 8.541/1992. Discricionariedade da Administração. Oportunidade e conveniência. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Súmula n. 83 do STJ. Discricionariedade administrativa. Abertura de novo concurso. Reexame de prova. Súmula n. 7 do STJ.

1. Consoante já decidiu esta Corte, a convocação de candidatos aprovados na primeira fase do concurso para Auditor do Tesouro Nacional, previsto no edital Esaf n. 18/91 e a prorrogação do prazo para a referida convocação, previstos no art. 56 da Lei n. 8.541/1992, constituem atos discricionários da Administração, que os exercerá consoante sua oportunidade e conveniência. Precedentes.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." (Súmula n. 83 do STJ)

3. Ainda que surjam novas vagas, dentro do prazo de validade do certame, não impõe à Administração o dever de preenchê-las, porquanto a nomeação dos aprovados sujeita-se ao seu juízo discricionário. Precedentes.

4. O Tribunal *a quo*, apreciando o conjunto probatório dos autos, concluiu ter sido aberto novo concurso após expirado o prazo de validade do certame anterior. Desse modo, é inviável, na estreita via do especial, desconstituir referido entendimento, ante o disposto no verbete n. 7 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRgAg n. 502.113-DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* 29.08.2005).

Agravo em agravo em agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital Esaf n. 18/91. Convocação para a segunda etapa do concurso. Artigo 56 da Lei n. 8.541/1992. Ato discricionário da Administração Pública. Preterição. Inocorrência. Súmula n. 83 do STJ.

A convocação dos candidatos habilitados na primeira etapa do concurso público e a prorrogação do prazo da autorização para tal convocação, previstos no art. 56 da Lei n. 8.541/1992, constituem atos sujeitos à discricionariedade da Administração Pública. Por outro lado, a abertura de novo concurso público após o termino do prazo de validade do concurso anterior não enseja a preterição dos candidatos aprovados neste último. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRgAg n. 517.767-DF, Relator Ministro Paulo Medina, *in* DJ 22.03.2004).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Edital n. 18/91. Matéria pacificada.

Esta Corte de Justiça já decidiu, de forma pacífica, por sua Seção competente, que "a convocação dos candidatos habilitados na primeira etapa do concurso público e a prorrogação do prazo da autorização para tal convocação, previstos no art. 56 da Lei n. 8.541/1992, constituem atos sujeitos à discricionariedade da Administração Pública..." (AgRg no AG 517.767-DF, DJ de 22.03.2004). Agravo desprovido. (AgRgAg n. 556.716-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 21.06.2004 - nossos os grifos).

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público para o provimento de cargos de agente penitenciário. Liminar concedida. Teoria do fato consumado. Não aplicabilidade. A concessão de liminar mandamental não basta, só por si, para garantir em caráter definitivo, a participação em curso de formação e à nomeação. Direito líquido e certo à convocação em virtude da criação legal de novas vagas. Não-caracterização. Candidato classificado em posição distante ao número previsto para admissão de freqüência ao curso de formação profissional.

1. A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão liminar. Reformulação do entendimento da egrégia Terceira Seção do STJ.

2. Consoante jurisprudência do STJ, em se tratando de interpretação das normas editalícias de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade do edital. Destarte, a Administração tem todo o direito de se valer do poder discricionário, desde que não afronte a lei.

3. A Administração Pública não está obrigada a convocar para o Curso de Formação de concurso público, todos os candidatos eventualmente aprovados nas etapas anteriores, ainda que disponibilizadas mais vagas no curso da realização do certame.

4. No presente caso, o Recorrente não foi classificado dentro do número de vagas oferecidas oferecidas no Edital, sendo que a criação de novas vagas durante o

certame não favoreceu, segundo os cálculos matemáticos de classificação contidos no Edital, sua posição classificatória.

5. Recurso Ordinário conhecido, mas desprovido. (RMS n. 24.223-CE, Relatora Ministra Jane Silva, (Desembargadora convocada do TJ-MG), *in* DJ 07.02.2008).

Outro não foi o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal que, em hipótese idêntica à dos presentes autos, assim decidiu:

Mandado de segurança. Denegação pelo Superior Tribunal de Justiça. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Convocação de candidatos beneficiados por sentenças judiciais. Impetração visando a ver garantido o direito do recorrente, não beneficiado pela Portaria n. 268/1996, do Ministro da Fazenda.

Se a Portaria impugnada no presente *writ* nada mais fez senão dar cumprimento à ordem judicial, convocando os candidatos que se beneficiaram de mandados de seguranças, e se o recorrente omitiu-se de impugnar, na época própria, o ato que convocou candidatos para todas as vagas da carreira, não pode utilizar-se da referida portaria para garantir direito subjetivo.

Não se pode utilizar "brechas" em decisões judiciais, criticáveis sob o ponto de vista de haver compelido a Administração a convocar candidatos para a etapa de treinamento, notadamente quando o novo concurso fora aberto após o vencimento do prazo de validade estabelecido pela autoridade legislativa para convocação extraordinária (16.10.1993), para estendê-la a situações que ela não alcança.

Recurso ordinário desprovido. (RMS n. 23.056-DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, *in* DJ 12.03.1999 - nossos os grifos).

Pelo exposto, peço vênia ao ilustre Relator, para dele divergir, para dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a autoridade da sentença.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Em razão da divergência estabelecida entre o voto proferido pelo Ministro Nilson Naves, que não conhece do recurso com fundamento nos enunciados de n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, e o voto Ministro Hamilton Carvalhido, considerando prequestionada a matéria versada no dispositivo apontado como violado e dando provimento ao apelo especial, pedi vista dos autos para melhor exame.

Rogando vênia ao relator, acompanho a divergência.

Tal como entendeu o Ministro Hamilton Carvalhido, tenho que a matéria versada no artigo 56 da Lei n. 8.541/1992 foi apreciada pelo Tribunal de origem,

que emitiu explícito juízo sobre não ter ocorrido preterição dos autores no certame de que aqui se trata e também acerca do respectivo prazo de validade.

Quanto ao mérito, subscrevo integralmente os fundamentos adotados pelo voto divergente, ancorado que está na iterativa jurisprudência desta Corte, valendo conferir, em reforço, o seguinte precedente:

> Processual Civil. Administrativo. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Candidatos aprovados. Preterição. Inocorrência.
>
> A abertura de novo concurso público quando já expirado o prazo do anterior não gera preterição em relação aos candidatos aprovados no concurso anterior, mas não convocados para a segunda etapa. Precedentes da egrégia Terceira Seção.
>
> Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no Ag n. 828.836-DF, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 29.06.2007).

E da fundamentação desse julgado, colhe-se:

> Os autores participaram do concurso público para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional previsto no Edital n. 18/91. Embora aprovados na primeira etapa, não obtiveram classificação dentro dos limites previstos no edital. O Edital n. 18/91 estabelecia que o concurso se destinava ao preenchimento de quinhentas vagas.
>
> Em dezembro de 1992, veio à lume a Lei n. 8.541 cujo art. 56 dispôs o seguinte:
>
>> Art. 56. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a convocar para a segunda etapa do concurso público para o cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, a que se refere o Edital n. 18, de 16 de outubro de 1991, da Escola de Administração Fazendária, conforme as necessidades dos serviços de tributação, arrecadação e fiscalização, os candidatos habilitados de acordo com os critérios mínimos exigidos na 1ª etapa e classificados além do qüingentésimo *selecionado, dentro do* número de vagas do cargo na referida carreira.
>>
>> § 1° A autorização de que trata este artigo estende-se até 16 de outubro de 1993.
>>
>> § 2° O prazo previsto no parágrafo anterior poderá, a critério do Ministro da Fazenda, ser prorrogado por período não superior a um ano.
>
> Com base nesse dispositivo, foram convocados os candidatos classificados do 501º até o 1.500º lugar. Em seguida, foi aberto novo concurso, previsto no Edital n. 3/94.

In casu, conforme delineado na moldura fática do v. acórdão objurgado, os candidatos buscam participar em Curso de Formação de certame a ser aberto quando *já expirado o prazo da disputa do Edital n. 18/91*. Não se verifica, portanto, a preterição ao seu direito, uma vez que a abertura de novo certame após o vencimento da validade do anterior, em regra, não macula o direito dos aprovados.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Preterição de candidatos aprovados. Inocorrência. Aplicação da Súmula n. 168-STJ. Embargos declaratórios rejeitados.
>
> I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos.
>
> II - Consoante já se manifestou este Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em preterição dos candidatos aprovados em concurso anterior e não convocados para a segunda etapa, quando da abertura de novo concurso público se já expirado o prazo do anterior. Precedentes.
>
> III - Aplicável à espécie a Súmula n. 168 desta Corte: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado."
>
> IV - Embargos rejeitados.
>
> (EDcl no AgRg na Pet 3.269-DF, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 06.12.2004).
>
> Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Cargo de Delegado de Polícia Federal. Candidatos aprovados e não classificados. Direito à realização do curso de formação. Inexistência. Caducidade do concurso. Novo certame.
>
> - É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados na primeira etapa de concurso público são detentores de mera expectativa de direito à convocação para a segunda fase, inexistindo qualquer lesão jurídica na hipótese em que, não classificados entre o número de vagas oferecidas, sobrevem a caducidade do certame, pelo decurso do prazo de validade com o preenchimento de todas as vagas, e outro certame é promovido pela Administração.
>
> - Segurança denegada.
>
> (MS n. 5.950-DF, Relator o Ministro Vicente Leal, DJU de 22.02.1999).

Mandado de segurança. Concurso público. Delegado da Polícia Federal. Candidato aprovado e não classificado. Direito à realização do curso de formação.

I - Os candidatos aprovados na primeira etapa de concurso público têm mera expectativa de direito à convocação para a segunda fase.

II - Hipótese em que o impetrante se classificou muito além do limite de vagas previsto no edital, sobrevindo o término do prazo de validade do certame. Não houve lançamento de novo concurso pela Administração, dentro da validade do concurso anterior, com vagas a serem preenchidas, de modo que se caracterize a quebra da classificação. Precedentes.

Segurança denegada.

(MS n. 5.665-DF, de minha relatoria, DJU de 24.04.2000).

Mandado de segurança. Concurso público para o cargo de especialista em políticas públicas e gestão governamental. Candidato aprovado na primeira etapa mas não classificado. Direito líquido e certo à participação na segunda etapa. Inexistência.

1. Impetrado o Mandado de Segurança dentro dos 120 (cento e vinte) dias contados da data da publicação do edital, contra o qual se insurge, é de se reconhecer a tempestividade da impetração.

2. Não há direito líquido e certo a ser resguardado para o candidato que, aprovado nas provas objetivas para o concurso público de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, não alcançou classificação suficiente para sua participação na etapa seguinte - prova de redação, conforme determinação do respectivo edital.

3. O que a atual CF/1988 não tolera é a realização de novo concurso, e a nomeação efetiva dos candidatos nele aprovados, dentro do prazo de validade do concurso anterior, se neste ainda há candidatos aprovados mas não classificados para participarem da segunda etapa, como é o caso do impetrante.

4. Segurança denegada.

(MS n. 6.165-DF, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJU de 17.12.1999).

A matéria, inclusive, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento resumido nos termos da seguinte ementa:

Mandado de segurança. Denegação pelo Superior Tribunal de Justiça. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Convocação de candidatos

beneficiados por sentenças judiciais. Impetração visando a ver garantido o direito do recorrente, não beneficiado pela Portaria n. 268/1996, do Ministro da Fazenda.

Se a Portaria impugnada no presente *writ* nada mais fez senão dar cumprimento à ordem judicial, convocando os candidatos que se beneficiaram de mandados de seguranças, e se o recorrente omitiu-se de impugnar, na época própria, o ato que convocou candidatos para todas as vagas da carreira, não pode utilizar-se da referida portaria para garantir direito subjetivo. Não se pode utilizar 'brechas' em decisões judiciais, criticáveis sob o ponto de vista de haver compelido a Administração a convocar candidatos para a etapa de treinamento, notadamente quando o novo concurso fora aberto após o vencimento do prazo de validade estabelecido pela autoridade legislativa para convocação extraordinária (16.10.1993), para estendê-la a situações que ela não alcança. Recurso ordinário desprovido.

(RMS n. 23.056-DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJU de 12.03.1999)

Ante o exposto, acompanho a divergência para dar provimento ao recurso. É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de recurso especial, interposto pela União, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional da 2ª Região, que restou assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Concurso público para provimento de cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Fundando-se o pedido inaugural no alegado fato da preterição do direito à nomeação, observada a ordem de classificação, não prospera a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, ante o alegado encerramento do prazo de validade do concurso, a que se submeteram os Autores. Critério de habilitação dos candidatos na primeira etapa do concurso é a aquisição de pontuação mínima, nas provas da 1ª fase do concurso, conforme edital. Configurada esta, nos autos, e tendo havido convocação de candidatos com classificação posterior à dos Autores – Apelantes, configurada a preterição. Ausência de interesse processual no pedido de nomeação e posse para os que não fizeram a 2ª *etapa*, vez que o suporte fático de tal pedido ainda não ocorreu e inexiste certeza quanto à sua ocorrência. Direito dos que fizeram com êxito a 2ª *etapa* do concurso à nomeação e empossamento no cargo, a que concorreram no concurso público, a que se refere o Edital Esaf 18/91. Reserva de vagas para todos os Autores – Apelantes. Parcial provimento do recurso, em relação aos Autores que não fizeram a 2ª *etapa* e total provimento para os que fizeram, com êxito, a 2ª *etapa*.

O ilustre Ministro Nilson Naves entendeu em não conhecer do recurso especial ante a falta de prequestionamento do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, indicado como violado pela União.

Em outro sentido, os eminentes Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti ultrapassaram a barreira do prequestionamento e concluíram pelo provimento do recurso especial, porquanto o prazo de validade do concurso se exauriu em 16 de outubro de 1993, por força do disposto no parágrafo 1º da Lei n. 8.541/1992, não havendo falar, portanto, em direito subjetivo dos candidatos classificados após o 1500º lugar a serem convocados para participar da 2ª Etapa do processo seletivo ou à nomeação, posição esta em que se encontram os recorridos.

Tem-se, assim, que preliminarmente é de ser analisado se o requisito do prequestionamento está preenchido na hipótese.

Nesse passo, pedindo vênia ao Ministro Nilson Naves, entendo que efetivamente a matéria foi prequestionada, notadamente porque o Tribunal de origem debateu a questão da preterição fundamentado no prazo de validade do concurso, que é o objeto do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, apontado como ofendido.

Destarte, passo à análise do mérito do recurso.

Saliento, por primeiro, que li com atenção aos autos e que me ative, inclusive, às notas taquigráficas do Tribunal *a quo*, para entender a razão que levou aquele Sodalício a prover a apelação dos recorridos. Compreendi que o fundamento principal utilizado no acórdão recorrido é o fato de que o concurso para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional iniciado em 91 somente terminou ao final da última turma que realizou o curso de formação em 1997, razão pela qual até esta data nenhum candidato havia sido eliminado e não poderia ter sido aberto novo certame. Dessa forma, teria havido preterição dos recorridos.

Todavia, não consigo me alinhar com este entendimento. No passo do que explicitou a divergência, tenho que é de ser provido o recurso especial da União.

Com efeito, ainda que se afirme que o concurso tenha terminado apenas em 1997, os candidatos classificados após a 1500º posição estavam eliminados do certame por força de disposição expressa do edital (500 primeiros) e do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, que autorizou a chamada de mais 1000 candidatos.

Destarte, se algum candidato tivesse sido preterido pelo novo concurso, somente poderia ser algum daqueles classificados entre os 1500, porquanto os demais estavam eliminados.

Veja-se que não há como prevalecer a idéia de que todos aqueles que alcançaram a nota mínima na primeira fase estariam habilitados à segunda, na medida em que se estaria deixando ao relento as disposições do edital, que classificaram para a 2ª etapa apenas os 500 primeiros, bem como aquelas do art. 56 da Lei n. 8.541/1992, que autorizaram mais 1000 candidatos a serem convocados.

Esse entendimento foi recentemente lançado pela egrégia Quinta Turma, conforme consta do informativo n. 464 deste Tribunal:

> Concurso público. Candidatos remanescentes.
>
> Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, entendeu cabível a abertura de novo concurso público para ingresso na carreira de delegado da Polícia Civil, mesmo havendo candidatos remanescentes aprovados nas primeiras fases do certame anterior. Pelos termos do edital, os candidatos aprovados além das cinqüenta vagas para o ingresso na carreira seriam eliminados, não tendo direito de participar do curso de formação profissional, por constituir a fase final do concurso. Para o Min. Napoleão Nunes Maia, vencido, em que pese a arbitrariedade do edital e não obstante a jurisprudência assentada, havendo ainda um estoque de aprovados nas fases anteriores, não deveriam ser desprezados os já aprovados no certame anterior para dar oportunidade aos candidatos remanescentes de comprovar êxito na fase conclusiva, i. e., a fase de academia, que é a conclusão do curso de formação profissional. Precedente citado: RMS n. 23.809-RS, DJ 28.04.2008, RMS n. 23.942-RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21.08.2008.

Nesse ponto, conforme afirmado pela divergência, a convocação de candidatos habilitados, autorizada pelo *caput* do citado artigo, e a prorrogação por período não superior a um ano do prazo de convocação de candidatos, autorizada pelo parágrafo 2º do mesmo artigo 56 da Lei n. 8.541/1992, são próprios da esfera discricionária da Administração Pública, que poderia ou não convocar os candidatos, tanto quanto poderia ou não prorrogar o prazo dessa convocação.

Ademais, na linha do que afirmado pela divergência, não há falar, *in casu*, em ocorrência de preterição provocada pela nomeação de candidatos aprovados em concursos posteriores, eis que o prazo de validade do concurso anterior se exauriu em 16 de outubro de 1993 (§ 1º do artigo 56 da Lei n. 8.541/1992), antes, portanto, da abertura de novos concursos para o preenchimento do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional (Edital Esaf n. 003, de 3 de janeiro de 1994, Edital Esaf n. 33, de 6 de julho de 1994 e Edital Esaf n. 14, de 7 de março de 1996).

E a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que "*A abertura de novo concurso público após o encerramento do prazo de validade do concurso anterior não implica em violação a direito dos candidatos aprovados na primeira etapa deste certame, mas não classificados dentro do limite de vagas previsto no respectivo edital.*" (cf. MS n. 6.075-DF, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 27.09.1999)

Ante o exposto, peço vênia ao relator, e acompanho a divergência, dando provimento ao recurso especial.

É como voto.