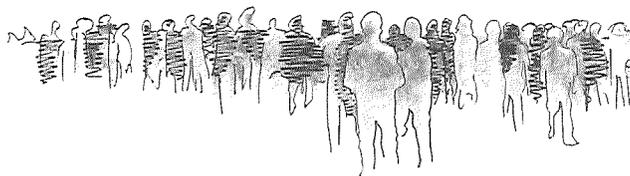
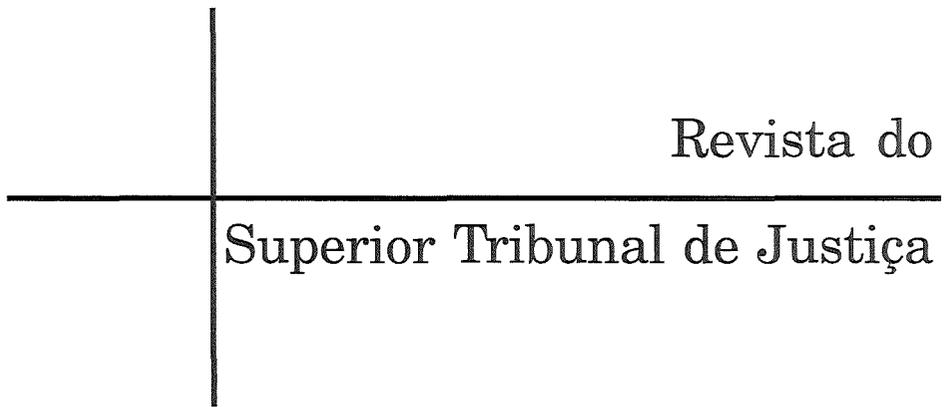


Revista do
Superior Tribunal de Justiça



PUBLICAÇÃO OFICIAL



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Volume 174
Ano 16
Fevereiro de 2004

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro-Diretor da Revista

Diretor

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Assessora do Ministro

Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro

**Assessores
Judiciários**

Maria Mônica Valério da Costa Leite
Michelle Carvalho Gonçalves

Oficiais de Gabinete

Nely van Boekel
Rossele Silveira Curado

Assistentes

Carlos Cardoso de Oliveira
Francisco Marcos Batista
Gerson Prado Silva
Jéter Rodrigues
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Maria do Socorro Medeiros
Sebastiana Alves de Oliveira

Estagiários

Hugo Leonardo Silva
Janine Torres
Michelle Souza Martins
Paulo Henrique Macedo

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.gov.br
Gabinete do Ministro-Diretor da Revista
Setor de Administração Federal Sul
Quadra 6 - Lote 1 - Bloco D - 1ª Andar - Sala 124D
Brasília - DF - 70095-900
Telefone (0xx61) 319-6490
Fax (0xx61) 365-3977 – 365-2407
e-mail: revista@stj.gov.br

Publicação e Distribuição:

Editora Brasília Jurídica Ltda

SDS, Bl. «O», Lojas 9, 13 e 17
Ed. Venâncio VI, 1ª subsolo
70393-900 – Brasília-DF
Telefone: (0xx61) 224-4607 - SAC: 0800-612020

Capa:

William F. Bronkowski

Crédito:

Painel-mural de **Vallandro Keating** situado no Salão de Recepções do Superior Tribunal de Justiça “O Homem é medida de todas as coisas”, reprodução parcial

Revista do Superior Tribunal de Justiça - n. 1

- Brasília: STJ, 1989

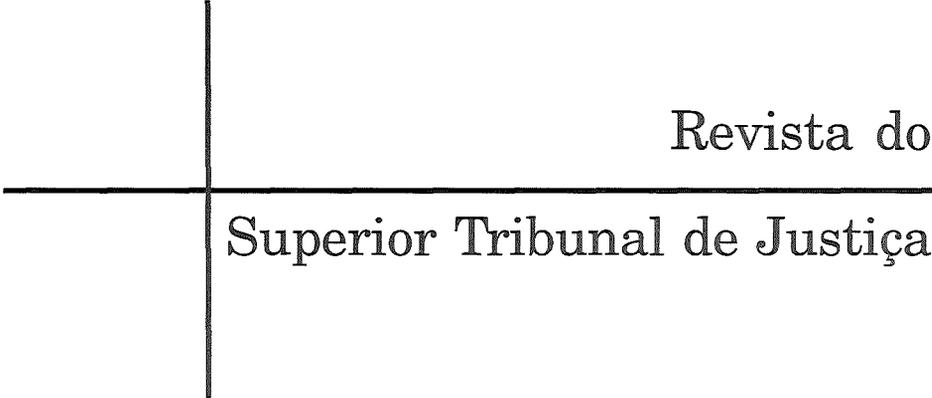
Mensal

ISSN 0103-4286

1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil.

Superior Tribunal de Justiça

CDU 340.142(81)(05)



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PLENÁRIO (*)

Presidente	Ministro NILSON Vital NAVES (**)
Vice-Presidente	Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL (***)
	Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Diretor da Revista	Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
	Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho
	Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
	Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
	Ministro Francisco CESAR ASFOR ROCHA
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro ARI PARGENDLER (***)
	Ministro JOSÉ Augusto DELGADO
	Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
	Ministro FERNANDO GONÇALVES
	Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
	Ministro FELIX FISCHER
	Ministro ALDIR Guimarães PASSARINHO JUNIOR
	Ministro GILSON Langaro DIPP
	Ministro HAMILTON CARVALHIDO
	Ministro JORGE Tadeo Flaquer SCARTEZZINI
	Ministro ELIANA CALMON Alves
	Ministro PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI
	Ministro FRANCISCO Cândido de Melo FALCÃO Neto
	Ministro Domingos FRANCIULLI NETTO
	Ministro Fátima NANCY ANDRIGHI
	Ministro Sebastião de Oliveira CASTRO FILHO
	Ministro LAURITA Hilário VAZ
	Ministro PAULO Geraldo de Oliveira MEDINA
	Ministro LUIZ FUX
	Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
	Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI
	Ministro José de CASTRO MEIRA
	Ministro DENISE Martins ARRUDA

(*) Resolução n. 19-STJ, art. 3º.

(**) RISTJ, art. 21, III e VI.

(***) RISTJ, arts. 22, § 1º e 23.

CORTE ESPECIAL

(Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Presidente	Ministro NILSON NAVES
Vice-Presidente	Ministro EDSON VIDIGAL
Diretor da Revista	Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
	Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (*)
	Ministro BARROS MONTEIRO
	Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
	Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
	Ministro CESAR ASFOR ROCHA
	Ministro VICENTE LEAL (**)
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro ARI PARGENDLER
	Ministro JOSÉ DELGADO
	Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
	Ministro FERNANDO GONÇALVES
	Ministro FELIX FISCHER
	Ministro GILSON DIPP
	Ministro HAMILTON CARVALHIDO
	Ministro JORGE SCARTEZZINI
	Ministra ELIANA CALMON
	Ministro FRANCISCO FALCÃO
	Ministro FRANCIULLI NETTO
	Ministro LUIZ FUX

PRIMEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidenta	Ministra ELIANA CALMON
------------	------------------------

PRIMEIRA TURMA

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

Presidente	Ministro LUIZ FUX
	Ministro JOSÉ DELGADO
	Ministro FRANCISCO FALCÃO
	Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI
	Ministra DENISE ARRUDA

SEGUNDA TURMA

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

Presidente	Ministro FRANCIULLI NETTO
	Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
	Ministra ELIANA CALMON
	Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
	Ministro CASTRO MEIRA

(*) Substituído pelo Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

(**) Substituído pelo Ministro PAULO GALLOTTI

SEGUNDA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

TERCEIRA TURMA

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

Presidente Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
Ministra NANCY ANDRIGHI
Ministro CASTRO FILHO

QUARTA TURMA

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

Presidente Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro CESAR ASFOR ROCHA
Ministro FERNANDO GONÇALVES

TERCEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente Ministro FELIX FISCHER

QUINTA TURMA

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

Presidente Ministro GILSON DIPP
Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Ministro FELIX FISCHER
Ministro JORGE SCARTEZZINI
Ministra LAURITA VAZ

SEXTA TURMA

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

Presidente Ministro HAMILTON CARVALHIDO
Ministro VICENTE LEAL
Ministro PAULO GALLOTTI
Ministro PAULO MEDINA

COMISSÕES PERMANENTES COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Presidente Coordenador-Geral da
Justiça Federal Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS

Suplente Ministro ARI PARGENDLER
Ministro FELIX FISCHER
Ministro GILSON DIPP

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Presidente	Ministro BARROS MONTEIRO Ministro FERNANDO GONÇALVES Ministro FRANCIULLI NETTO
Suplente	Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Presidente	Ministro CESAR ASFOR ROCHA Ministro VICENTE LEAL Ministro JOSÉ DELGADO
Suplente	Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente Diretor da Revista	Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA Ministra ELIANA CALMON Ministro FRANCISCO FALCÃO
----------------------------------	--

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Corregedor-Geral Efetivo	Ministro BARROS MONTEIRO Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
1ª Substituto	Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
2ª Substituto	Ministro CESAR ASFOR ROCHA

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Presidente	Ministro NILSON NAVES
Vice-Presidente	Ministro EDSON VIDIGAL

MEMBROS EFETIVOS

Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro ARI PARGENDLER Ministro VICENTE LEAL Ministro JOSÉ DELGADO
TRF 1ª Região	Juiz ANTONIO AUGUSTO CATÃO ALVES
TRF 2ª Região	Juiz VALMIR MARTINS PEÇANHA
TRF 3ª Região	Juiza ANNAMARIA PIMENTEL
TRF 4ª Região	Juiz VLADIMIR PASSOS DE FREITAS
TRF 5ª Região	Juiza MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI

MEMBROS SUPLENTE

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Ministro FERNANDO GONÇALVES

Ministro FELIX FISCHER

Juiz CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA

Juiz FREDERICO JOSÉ LEITE GUEIROS

Juíza DIVA MALERBI

Juíza MARGA INGE BARTH TESSLER

Juiz NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

TRF 1ª Região

TRF 2ª Região

TRF 3ª Região

TRF 4ª Região

TRF 5ª Região



FUNDAÇÃO VANZOLINI

CERTIFICADO DE SISTEMA DA QUALIDADE

A FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

certifica que o

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Elaboração do boletim, do ementário e da revista
do Superior Tribunal de Justiça

SAFS, Quadra 06, Lt.01, Trecho III – Brasília - DF - Brasil

implementou e mantém um

Sistema da Qualidade

Através de auditoria da Fundação Vanzolini foi comprovado que
esse Sistema da Qualidade cumpre os requisitos da norma :

NBR ISO 9002: 1994

Sistemas da Qualidade
Modelo para Garantia da Qualidade
em produção, instalação e serviços associados

Este certificado é válido até : 15 de dezembro de 2003

Número do Certificado : SQ-1877

São Paulo, 06 de agosto de 2001



PROC - SQ - 002255

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI
Av. Prof. Almeida Prado, 531 - 1º andar
Cidade Universitária - São Paulo - SP - Brasil
OCS - 0001





THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK[®]

CERTIFICATE

IQNet and FCAV

hereby certify that the organization
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SAFS Qd. 06, Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1st floor, Asa Sul
Brasília – DF – Brazil

For the following field of activities

Elaboration of the Bulletin, Digest and Magazine
of the Superior Tribunal de Justiça

has implemented and maintains a

Quality Management System

which fulfills the requirements of the following standard:

ISO 9001: 2000

Issued on: 2003-11-06
Validity date: 2006-11-05
Registration Number: BR-SQ-3246



Dr. Fabio Roversi

José Joaquim do Amaral Ferreira

FUNDAÇÃO VANZOLINI

PROC – SQ – M00906

President of IQNet Certification Director - FCAV

IQNet Partners:

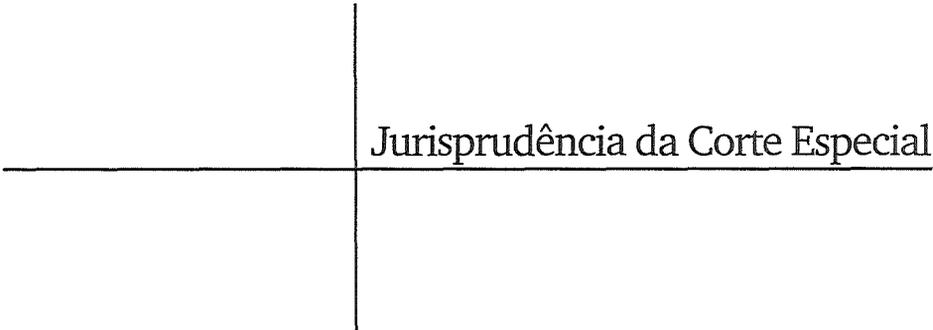
AENOR Spain AFAQ France AIB-Vinçotte International Belgium ANCE Mexico APCER Portugal CISQ Italy CQC China
CQM China CQS Czech Republic DQS Germany DS Denmark ELOT Greece FCAV Brazil FONDONORMA Venezuela
HKQAA Hong Kong ICONTEC Colombia IMNC Mexico IRAM Argentina JQA Japan KEMA Netherlands KFQ Korea MSZT Hungary
Nemko Certification Norway NSAI Ireland OQS Austria PCBC Poland PSB Certification Singapore QMI Canada RR Russia
SAI Global Australia SFS Finland SII Israel SIQ Slovenia SQS Switzerland SRAC Romania TEST St Petersburg Russia

IQNet is represented in the USA by the following partners: AFAQ, AIB-Vinçotte International, CISQ, DQS, KEMA, NSAI, QMI and SAI Global

* The list of IQNet partners is valid at the time of issue of this certificate. Updated information is available under www.iqnet-certification.com

SUMÁRIO

I – Jurisprudência	
Corte Especial	19
Primeira Seção	55
Primeira Turma	77
Segunda Turma	199
Segunda Seção	279
Terceira Turma	297
Quarta Turma	361
Terceira Seção	423
Quinta Turma	449
Sexta Turma	533
Súmulas	597
II – Índice Analítico	601
III – Índice Sistemático	637
IV – Abreviaturas e Siglas	643
V – Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça	653



Jurisprudência da Corte Especial

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE
SEGURANÇA N. 1.072 — GO (2002/0075640-3)**

Agravante: Saneamento de Goiás S/A — Saneago

Advogados: Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite e outros

Agravado: Município de Catalão

Procuradores: Luziano Eurípedes Cruz e outro

Requerido: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

EMENTA

Pedido de suspensão (deferimento). Agravo regimental (cabimento). Assunção dos serviços de água e esgoto pela municipalidade (precedente). Lesão à ordem e à saúde públicas (art. 4º da Lei n. 8.437/1992). Interesse público.

1. A decisão suspensa, ao impedir que a municipalidade exerça, em sua plenitude, o direito consagrado por norma legal e constitucional como poder concedente que é, possui potencial suficiente para causar grave lesão à economia e à ordem públicas.

2. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam, por maioria, os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, Fernando Gonçalves, Gilson Dipp e Francisco Falcão. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Humberto Gomes de Barros, Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro não participou do julgamento (RISTJ, art. 162, § 2º). Não votou o Sr. Ministro Franciulli Netto, que, à época do início do julgamento, não participava da Corte Especial.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente. Ministro Nilson Naves, Relator

Publicado no DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida (fls. 563/569) na qual, em juízo de retratação, deferi o pedido de suspensão formulado pelo Município de Catalão.

Eis o teor da decisão impugnada:

“Em petição de fls. 434/479, vem o Município de Catalão requerer reconsideração da decisão proferida pelo Ministro Edson Vidigal, Vice-Presidente deste Superior Tribunal, no exercício da Presidência, que indeferiu o pedido de suspensão da liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 10.756-0/101, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nestes termos (fls. 396/397):

‘Malgrado os judiciosos argumentos trazidos pelo requerente, entendendo prematuro suspender os efeitos da liminar concedida no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ante a circunstância de o mandado de segurança da Saneago versar matéria pertinente à nulidade da prolação da r. sentença pelo MM. Juiz de 1ª grau, enquanto suspenso o processo, por força da Exceção de Suspeição, ainda em trâmite no Tribunal de Justiça.

Embora a Primeira Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tenha decidido pela improcedência da suspeição, o acórdão ali proferido, ora juntado pelo requerente, foi atacado por embargos declaratórios, então pendente de julgamento e, assim, não transitou em julgado. Não há notícia se já julgado referidos embargos declaratórios.

Nesse contexto, não desponta de plano e com a nitidez necessária, o **fumus boni iuris** necessário à concessão da medida liminar pleiteada.

Ante o exposto, ausente o pressuposto autorizador da drástica medida, indefiro o pedido.’

O núcleo da questão jurídica diz com a assunção dos serviços de água e esgoto do Município de Catalão por aquela municipalidade, após a decretação da caducidade do contrato de concessão celebrado com a empresa Saneago — Saneamento de Goiás S/A, que permaneceu à frente daquele serviço público por mais de 25 anos.

Em 5.11.2001, foi editado o Decreto n. 454/2001, que dispõe sobre a referida assunção.

Informada, a Saneago asseverou, como argumentos para não concordar com os procedimentos adotados pelo Município goiano, que havia impetrado mandado de segurança em face da Lei Municipal n. 1.922/2001 — que criou a Superintendência Municipal de Água e Esgotos de Catalão —, pendente de julgamento, que o procedimento de retomada do sistema continha uma série de vícios e que deveria ser indenizada previamente pelos investimentos ali realizados.

O Município de Catalão, então, ajuizou ação cominatória com pedido de antecipação de tutela na qual pleiteava que a Saneago fosse “compelida judicialmente a cumprir o Decreto Municipal de assunção serviços de água e esgoto n. 454, de 05 de novembro de 2001, não causando nenhum embaraço ao Município, na assunção de serviços de água e coleta e tratamento de esgoto do Poder Público do Município de Catalão, oriundos da antiga concessão, bem como deixar de impedir que a Assunção se proceda através da SAE, sob pena de se aplicar, além da necessária força coercitiva, multas diárias de R\$ 10.000,00 pelo descumprimento da ordem ou decisão, e ainda responderem por colocar em risco a saúde da população, por ser o serviço essencial de saúde pública” (fl. 141).

A tutela foi concedida pelo Juízo de 1º grau. Inconformada, a Saneago pleiteou, junto ao Tribunal de Justiça goiano, a suspensão da medida deferida pelo seu Presidente, Desembargador Byron Seabra Guimarães, nestes termos (fl. 187):

‘O legislador houve por bem em prever, que o incidente da tutela antecipada, provimento de natureza provisória, como a liminar, todas as vezes que deferida contra o Poder Público ou seus agentes, nasce a possibilidade de suspensão de sua execução, para proteção do interesse público, por determinação da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que estende à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461, do Código de Processo Civil, as regras de suspensão de execução previstas no artigo 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Parece-me, realmente temerário, que se conceda antecipação de tutela de tal monta, em cognição sumária e provisória, de tal sorte que os danos porventura advindos da medida, seriam de difícil ou impossível a sua reversibilidade, o que resultaria **in periculum in mora** inverso e, nestes casos deverá o magistrado forrar-se de cautela, não usando de discricionariedade indevida, para que se evite que ao deferir a liminar, esgote o objetivo da ação, dando cunho satisfativo de antecipação efetiva da sentença, buscada na ação proposta.

Atentando-se para o fato de que, em se mantendo a decisão atacada, poder-se-á ocasionar grave lesão à economia pública do Estado de Goiás e que seria de difícil reparação, caso a final reconhecido o direito da requerente, quando da apreciação do mérito da questão, e que defiro o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada, até final sentença a ser prolatada na ação em trâmite junto ao Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Catalão.’

Ato contínuo, a Saneago ofereceu exceção de suspeição em desfavor do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Catalão, Marcus Vinícius Ayres Barreto, por considerar que “suas convicções pessoais não estão permitindo a prática da indispensável isenção a ponto de caracterizar subjetivo e até inconsciente interesse no julgamento da causa em favor do Município de Catalão” (fl. 506), julgada improcedente. Contra essa decisão, foram opostos embargos de declaração, pendentes de julgamento.

Posteriormente, o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Catalão, ao sentenciar, julgou procedente o pedido do Município e determinou ‘a imediata assunção do serviço pelo autor por intermédio da SAE com a ocupação das instalações e utilização de todos os bens móveis e imóveis necessários a nova gestão do sistema sem qualquer solução de continuidade e comprometimento dos atuais níveis de qualidade’ (fl. 83).

Contra essa decisão, foi ajuizado pedido de suspensão da tutela e impetrado mandado de segurança no Tribunal goiano, tendo o pleito liminar no **mandamus** sido deferido nestes termos:

‘Considerando os fundamentos trazidos aos autos que são de moldes relevantes, configurando o **fumus boni juris** e mais, que mantendo-se o ato impugnado poderá resultar em prejuízo irreparável ou de difícil reparação para o impetrante, se obtiver julgamento favorável da lide, e, considerando que o processo está sendo temerariamente conduzi-

do, merecendo uma melhor apreciação por instâncias superiores, desde que provocada, é que defiro o pedido liminar, para suspender os efeitos do ato impugnado, até a apreciação da presente ação' (fls. 191-192).

Aduz o requerente que:

— 'a posição sustentada pela Saneago no Mandado de Segurança, e abrigada pelo Presidente do TJ/GO quando concedeu a Liminar, constitui um erro jurídico grave, haja vista que: *No momento que foi exarada a sentença pelo Juiz Monocrático da Comarca de Catalão (28.06.2002), o processo já se encontrava sob o princípio do efeito devolutivo, diante do julgamento de improcedência da exceção de suspeição pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (26.05.2002 e DJ 26.06.2002), e os embargos de declaração interpostos contra o acórdão são posteriores à sentença (1ª.07.2002) não dando efeito suspensivo ao processo, mas tão-somente interrompeu o prazo de eventual recurso a ser proposto (recurso especial) que também, somente é recebido no efeito devolutivo, conforme entendimento do art. 314 do CPC*' (fl. 436);

— 'se não pendia o processo original de qualquer suspensão, seu prosseguimento, por conseqüência, é ato natural e *independe do trânsito em julgado de eventual recurso contra a improcedência da exceção de suspeição*, e imaginar de outra forma é um contra-senso, tendo em vista que o trânsito em julgado de eventual pendência recursal *é incompatível com o princípio do efeito devolutivo*' (fl. 437);

— a manutenção da liminar concedida no Tribunal goiano causa lesão de difícil reparação aos valores tutelados pela norma de regência;

— 'tem sido prejudicado com tantas liminares concedidas pelo TJ/GO, ao longo do período em que a Saneago está administrando o serviço de água e esgoto sem contrato e sem licitação, e sempre sob o pretexto de prévia indenização, mas nunca se refere aos valores que enriqueceu irregularmente neste interregno' (fl. 450).

O pleito do requerente merece prosperar.

Em verdade, afigura-se-me que a questão ora posta guarda similitude com a da Suspensão de Segurança n. 1.021/SC, na qual deferi o pedido, em juízo de retratação, de suspensão da liminar que impedia a assunção dos serviços de água e esgoto pelo Município de Timbó.

A propósito, eis o teor daquela decisão:

‘Cuida-se de pedido de reconsideração da decisão proferida pelo Ministro Paulo Costa Leite às fls. 274/276, mediante a qual foi indeferido o pedido de suspensão da liminar concedida pelo Juízo da 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Timbó — SC nos autos do Mandado de Segurança n. 07301003808-9 e mantida pelo Tribunal de Justiça catarinense.

Alega o requerente, em síntese, que, ao contrário do afirmado na decisão desta Presidência, ‘as medidas referentes ao zelo com a saúde pública não são de agora, datando já de algum tempo, evidenciado o zelo do Município’ (fl. 442).

Assevera, ainda, que ‘o dano à economia pública é diário, persistindo as irregularidades’ e que ‘o TJ/SC tem-se manifestado contrário à revisão de tarifas durante a vigência dos Convênios’ (fl. 442), salientando que, na espécie, o convênio celebrado com a impetrante já expirou.

Além disso, afirma que a questão referente à indenização é ‘subjacente ao problema de ordem pública que ora se verifica, qual seja, que o Poder Público vê, sem contrato, suas atribuições sendo invadidas por uma companhia que nem mais possui com ele contrato’ e que ‘o conceito de ordem pública deve ser interpretado de modo extensivo, visto que diz respeito à possibilidade do Município explorar seus próprios serviços’ (fl. 442).

Relatei. Decido.

Verifico que o núcleo da questão jurídica diz com o direito da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan de receber indenização pelos investimentos realizados durante o período em que esteve à frente — através de convênio já encerrado — dos serviços de água e esgoto do Município de Timbó.

Nesta oportunidade, merece ser prestigiado o posicionamento anterior desta Presidência quanto à não-existência de lesão à economia pública — não-arrecadação de cerca de R\$ 2.000.000,00 por ano — visto que a afirmativa não convence porquanto se trata de equação simples (faturamento = lucro), sem considerar custos usuais.

Entretanto, afigura-se-me que a decisão do Juízo de 1ª grau, ao ‘determinar que a autoridade dita coatora o Sr. Prefeito Municipal de Timbó, se abstenha de adotar medidas visando à assunção dos serviços

objeto da concessão do sistema de abastecimento de água de Timbó, sem a prévia indenização estabelecida no convênio ou decisão judicial', causa grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a administrativa, porquanto impede o pleno exercício de competência prevista nas normas de regência legal e constitucional, qual seja: a prestação e a manutenção de serviço público indispensável à qualidade de vida da população.

Ademais, a liminar mantendo a Companhia à frente da concessão causa prejuízo ao sistema de saneamento básico e, por conseguinte, à saúde da população timboense, visto que dificilmente a concessionária irá investir recursos próprios na execução de obras de melhoria, uma vez que encerrado o período de vigência — trinta anos — do convênio celebrado para tal finalidade.

Por outro lado, a Casan possui os meios próprios para garantir a efetividade do direito à indenização postulada — caso o possua — sem a necessária permanência à frente dos serviços objeto da **questio**.

Isto posto, presentes os requisitos, exerço o juízo de retratação para deferir o pedido de suspensão da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 073.01.003808-9, em trâmite na 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Timbó — SC.'

Na hipótese, ao sentenciar, o Juízo de 1º grau declarou a caducidade do contrato celebrado entre a Saneago e o Município de Catalão nestes termos (fls. 535/536):

'Posto isto e restando extinta a concessão, acolho os judiciosos pareceres do *Parquet* e julgo procedente o pedido cujos efeitos foram antecipados **ab initio**, nos termos do § 1º, art. 273 do CPC, conseqüentemente, declaro a caducidade do contrato de concessão firmado entre as partes e determino a imediata assunção do serviço pelo autor por intermédio da SAE com a ocupação das instalações e utilização de todos os bens móveis e imóveis necessários a nova questão do sistema sem qualquer solução de continuidade e comprometimento dos atuais níveis de qualidade.'

Assim sendo, não obstante a distinção entre as formas de extinção do contrato — aqui pela caducidade, enquanto naquela pelo advento do termo contratual (art. 35 da Lei n. 8.987/1995) —, tenho que os fundamentos que serviram de arrimo àquela decisão são pertinentes e adequados à espécie.

Em verdade, a situação jurídica posta a exame acha-se consubstanciada numa declaração judicial (sentença) que, após regular processamento e

dilação probatória ampla, proclamou a caducidade de uma concessão. Frise-se, por importante, que tal concessão diz com o fornecimento de serviço de água e esgoto de um município, o que, por si só, dispensa demonstração de relevância do interesse público envolvido.

Afigura-se que a decisão no mandado de segurança, impedindo a municipalidade de assumir tais serviços tem o condão de causar-lhe grave lesão. Primeiro, quanto à ordem administrativa, pois interfere no normal funcionamento dos serviços municipais. De fato, o Município encontra-se impossibilitado de exercer, em sua plenitude, o direito consagrado por norma legal e constitucional como poder concedente que é. Segundo, põe em risco o fornecimento de serviço básico, cuja falta ou mal funcionamento comprometem a saúde pública.

Isto posto, ocorrentes os pressupostos autorizadores do deferimento da drástica medida, exerço o juízo de retratação para suspender a liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 10756-0/101, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.”

Aduz a agravante que a antecipação de tutela restabelecida pela decisão ora agravada contraria dispositivos legais, porquanto possui potencial suficiente a causar dano irreversível, o que, aliás, havia sido apontado pelo Presidente do Tribunal de Justiça goiano quando apreciou e deferiu pedido de suspensão — transitada em julgado — e também porque, consoante o § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, esta decisão — a do Presidente da Corte de origem — produziria eficácia até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Ademais, afirma que nenhuma prova requerida foi deferida pelo Juízo de 1º grau. Assim sendo, não há que se falar em dilação probatória ampla.

Por fim, assevera que “impede concluir que, ao contrário do afirmado pelo Requerente, Município de Catalão, não é a continuidade da prestação de serviços por parte da agravante que representa grave lesão à saúde e à ordem econômica, e sim o apossamento do sistema por parte do agravado, sem que esteja aparelhado para tal mister” (fl. 583) e, ainda, que instalou o serviço de água tratada para 98% da população catalana.

Não reconsiderarei.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A matéria ora posta — dois entes da administração pública em disputa pelo controle do serviço de saneamento básico de município — não é questão nova a ser examinada por esta Corte.

Com efeito, em outra assentada, já tivemos a oportunidade de apreciar agravo regimental interposto contra decisão proferida por esta Presidência nos autos da Suspensão de Segurança n. 1.021/SC, requerida pelo Município de Timbó, quando negamos provimento ao recurso e mantivemos a suspensão da liminar que impedia a assunção dos serviços de água e esgoto pela municipalidade.

A propósito, transcrevo, no que interessa, o meu voto:

“...vislumbro, na hipótese, a ocorrência de lesão a valores tutelados pela norma de regência, quais sejam, ordem e saúde públicas, visto que não se me afigura correta a proibição de assunção dos serviços de saneamento daquela cidade catarinense pela sua municipalidade, direito garantido por normas legais e constitucionais; além do mais, causam-me preocupação os escassos recursos destinados a investimento pela concessionária/impetrante naquele município, ainda mais terminado o prazo de vigência do contrato de concessão.

Ademais, a Casan possui os meios próprios para assegurar eventuais indenizações, o que, aliás, já está fazendo com o ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de prova **ad perpetuam rei memoriam**, conforme noticiado nos autos (fls. 537/543).

Isto posto, nego provimento ao recurso.”

Na hipótese, creio que os mesmos fundamentos que serviram de arrimo a essa decisão permanecem, não obstante os relevantes argumentos apresentados pela agravante.

Em verdade, o Município de Catalão possui legitimidade e interesse, através da estreita via de suspensão de segurança — a qual poderá ser pleiteada a qualquer tempo, desde que haja potencial risco de lesão a quaisquer dos valores tutelados pela norma de regência — ordem, saúde, segurança e economia públicas — em exercer, na sua plenitude, direito consagrado por normas legais e constitucionais, assumindo para si obrigação da mais alta responsabilidade, o serviço de saneamento básico, que interfere diretamente na qualidade de vida da população atendida.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, recebi o memorial, por sinal muito bem-feito, e o li com atenção. Mas, ouvindo o voto do O Sr. Presidente que, inclusive, enfrentou os argumentos feitos no memorial, acompanho o voto de S. Exa., **data venia**, negando provimento ao agravo regimental.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, ouvi com atenção o voto do Senhor Ministro-Presidente, como sempre muito bem fundamentado. O que me causa estranheza é a antecipação de tutela contra uma empresa que presta um serviço há trinta anos.

Parece-me que são três processos: ação cominatória, suspensão, mandado de segurança. Na via mandamental, o Presidente, de plano, **in limine**, suspende a execução da antecipação de tutela, o que me pareceu prudente.

Senhor Ministro Nilson Naves, não tenho os dados da causa. O Juiz já sentenciara, mas o mandado de segurança se prendeu à antecipação da tutela?

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Senhor Ministro Fontes de Alencar, depois que o Juiz sentenciou, porque a antecipação foi suspensa, a parte entrou com outro pedido de suspensão e com um mandado de segurança.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor presidente, rendendo minhas homenagens ao Senhor Ministro-Relator, dou provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Pedindo vênias ao Ministro Fontes de Alencar, acompanho o voto do Ministro-Relator.

Conheço do agravo, mas lhe nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro-Relator e aos que o acompanharam para votar com a divergência, considerando que a tutela antecipada é o que está em causa, ou seja, o mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal de Justiça do Estado.

Com a devida vênias, acompanho o voto do Sr. Ministro Fontes de Alencar, dando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, acompanho a divergência.

Dou provimento ao agravo regimental.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Os fatos que envolvem este feito são, em resumo:

a) em 1971, o Município de Catalão concedeu à Saneamento de Goiás S/A — Saneago o encargo de explorar os serviços de água e esgoto em sua sede. A relação contratual continuou, até 1996, quando atingiu seu termo final;

b) o ajuste foi prorrogado;

c) posteriormente, lei municipal criou a Superintendência Municipal de Água e Esgotos, para executar os serviços concedidos à Saneago;

d) a concessionária pediu e obteve mandado de segurança, em defesa da concessão;

e) o Município reagiu, decretando a caducidade da concessão e assumindo os serviços até então concedidos e propondo ação cominatória, para compelir à ex-concessionária a devolver os bens necessários à operação dos serviços;

f) em primeiro grau, antecipou-se a tutela cominatória. A antecipação foi, contudo, suspensa pelo egrégio Tribunal de Justiça Estadual. A Saneago, na oportunidade, opôs exceção de suspeição do juiz;

g) a ação cominatória foi declarada procedente. O Juiz de primeiro grau, determinou a imediata assunção dos serviços, pelo Município. Esta decisão foi executada, mas a Saneago manejou dois pedidos: um de suspensão da decisão; outro de mandado de segurança;

h) a Segurança foi deferida liminarmente, para suspender a eficácia da Sentença. Esta decisão liminar assentou-se no argumento de que “o processo está sendo temerariamente conduzido, merecendo melhor apreciação por instâncias superiores, desde que provocado, é que defiro o pedido;

i) o Município veio ao Superior Tribunal de Justiça, para suspender a liminar deferida no processo de Segurança;

j) A Presidência deste Tribunal, louvando-se em precedente relativo à SS n. 1.021/SC, deferiu a suspensão.

Pedi vista sobre o agravo regimental, porque senti necessidade de desenvolver melhor exame sobre os autos e, principalmente, sobre os fundamentos da decisão adotada como paradigma, neste caso.

Tal decisão (SS n. 1.021) foi lançada em 30 de abril último, nestas palavras:

“Cuida-se de pedido de reconsideração da decisão proferida pelo Ministro Paulo Costa Leite às fls. 274/276, mediante a qual foi indeferido o pedido de suspensão da liminar concedida pelo Juízo da 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Timbó — SC nos autos do Mandado de Segurança n. 07301003808-9 e mantida pelo Tribunal de Justiça catarinense.

Alega o requerente, em síntese, que, ao contrário do afirmado na decisão desta Presidência, “as medidas referentes ao zelo com a saúde pública não são de agora, datando já de algum tempo, evidenciado o zelo do Município” (fl. 442).

Assevera, ainda, que “o dano à economia pública é diário, persistindo as irregularidades” e que “o TJ/SC tem-se manifestado contrário à revisão de tarifas durante a vigência dos Convênios” (fl. 442), salientando que, na espécie, o convênio celebrado com a impetrante já expirou. Além disso, afirma que a questão referente à indenização é “subjacente ao problema de ordem pública que ora se verifica, qual seja, que o Poder Público vê, sem contrato, suas atribuições sendo invadidas por uma companhia que nem mais possui com ele contrato” e que “o conceito de ordem pública deve ser interpretado de modo extensivo, visto que diz respeito à possibilidade do Município explorar seus próprios serviços” (fl. 442).

Relatei.

Decido.

Verifico que o núcleo da questão jurídica diz com o direito da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan de receber indenização pelos investimentos realizados durante o período em que esteve à frente — através de convênio já encerrado — dos serviços de água e esgoto do Município de Timbó.

Nesta oportunidade, merece ser prestigiado o posicionamento anterior desta Presidência quanto à não-existência de lesão à economia pública — não-arrecadação de cerca de R\$ 2.000.000,00 por ano — visto que a afirmativa não convence porquanto se trata de equação simples (faturamento = lucro), sem considerar custos usuais.

Entretanto, afigura-se-me que a decisão do Juízo de 1ª grau, ao “determinar que a autoridade dita coatora o Sr. Prefeito Municipal de Timbó, se abstenha de adotar medidas visando a assunção dos serviços objeto da concessão do sistema de abastecimento de água de Timbó, sem a prévia indenização estabelecida no convênio ou decisão judicial”, causa grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a

administrativa, porquanto impede o pleno exercício de competência prevista nas normas de regência legal e constitucional, qual seja: a prestação e a manutenção de serviço público indispensável à qualidade de vida da população.

Ademais, a liminar mantendo a Companhia à frente da concessão causa prejuízo ao sistema de saneamento básico e, por conseguinte, à saúde da população timboense, visto que dificilmente a concessionária irá investir recursos próprios na execução de obras de melhoria, uma vez que encerrado o período de vigência — trinta anos — do convênio celebrado para tal finalidade.

Por outro lado, a Casan possui os meios próprios para garantir a efetividade do direito à indenização postulada — caso o possua — sem a necessária permanência à frente dos serviços objeto da **questio**.

Isto posto, presentes os requisitos, exerço o juízo de retratação para deferir o pedido de suspensão da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 073.01.003808-9, em trâmite na 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Timbó — SC.”

O exame dos autos revelou algumas circunstâncias que me parecem relevantes:

a) trava-se intensa guerra de liminares. Em meio às batalhas em que se desenvolve a guerra, a empresa ora agravante e o Município agravado estão se sucedendo, na exploração do serviço concedido;

b) atualmente — por efeito da decisão ora agravada — o Município encontra-se no exercício de tal exploração (vale dizer: há seis meses). Não há notícia de que o esteja fazendo de modo ameaçador à saúde ou às finanças públicas;

c) a pretensão do Município ora agravado já não mais tem assento em mero adiantamento de jurisdição. Ela, agora tem como suporte uma sentença (fls. 590/617). Se assim acontece, não prevalece o argumento de que o processo estaria sob condução temerária.

A suspensão de liminar reveste-se de inegável caráter político. Seu deferimento tem como escopo obviar lesões à saúde, ordem, segurança e economia públicas (Lei n. 4.348/1964, art. 4º). No caso, tenho para mim que a cassação do ato ora agravado traduziria mais um passo na dança de cadeiras que se vem desenvolvendo. Por efeito desse novo passo, trocar-se-ia, uma vez mais, o operador do serviço de águas e esgotos. A troca, a meu sentir com a solução de continuidade que necessariamente acarretaria, é que poria sob ameaça os valores tutelados pelo art. 4º da Lei n. 4.348/1964.

Rogo vênias à divergência, para negar provimento ao agravo.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, acompanho a divergência, dando provimento ao agravo regimental.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, pelo que percebi do material recebido, não existiria, pelo menos de forma evidente, o direito da companhia concessionária de continuar no exercício da atividade concedida; também é fato que há seis meses o município está explorando o serviço. Por isso, penso que seja mais conveniente manter a decisão da egrégia Presidência.

Nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, após ler os memoriais que me foram apresentados, estou em que o melhor para o serviço público será a manutenção do serviço pela municipalidade.

Daí por que nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, tendo em vista que o Poder Público é senhor em analisar a conveniência ou oportunidade de exercer essa atividade, especialmente em se tratando de município que está bem presente com os efeitos do ato a ser praticado, nego provimento ao agravo regimental.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros trouxe um elemento, também suscitado pelo Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de profunda importância, o da consolidação, hoje, desse serviço público sob a administração da municipalidade.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar para dar provimento ao agravo regimental.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Fontes de Alencar, dando provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE
SEGURANÇA N. 1.144 — RS (2002/0148778-7)**

Agravante: Frutirol Agrícola Ltda

Advogados: Edevaldo Alves Borges e outros

Agravada: União

Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 200204010431340 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Suspensão de liminar (deferimento). Agravo regimental (cabimento). Possibilidade de alastramento de praga causada pelo cancro europeu em lavoura de maçãs (lesão à economia pública). Incineração da plantação já realizada (pedido prejudicado). Perdas e danos (meios próprios).

1. A ocorrência da praga causada pelo cancro europeu em propriedade da agravante tem potencial para causar lesão à economia pública, visto que causará prejuízo às nossas exportações — US\$ 30,000,000.00.

2. Na espécie, a plantação de maçãs já foi incinerada, o que esvaizia a pretensão da agravante.

3. Possível reparação por perdas e danos há de ser buscada em outras ações.

4. Agravo prejudicado.

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, julgar prejudicado o agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e Franciulli Netto.

Brasília (DF), 1^a de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente. Ministro Nilson Naves, Relator

Publicado no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida às fls. 143-145, na qual deferi pedido da União que visava à suspensão da liminar concedida pelo Juiz Valdemar Capeletti, do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.0431340/RS.

Eis o teor da decisão impugnada:

“A Frutirol Agrícola Ltda impetrou mandado de segurança objetivando suspender o ato que ordenou “a incineração de todas as plantas da família das rosáceas: viveiro de maçã — 259.500” (fl. 30), matrizeiro de sua propriedade.

A liminar foi indeferida pelo Juízo de 1^o grau. Inconformada, a empresa recorreu ao Tribunal Regional Federal da 4^a Região, tendo o Juiz Valdemar Capeletti atribuído ao agravo de instrumento a eficácia suspensiva ativa.

Dessa forma, vem a União requerer a suspensão dessa decisão alegando, para tanto, lesão à ordem e à economia públicas.

Assevera, em suas razões, que ‘precedeu esse ato administrativo que culminou com a ordem de queimada, uma prévia interdição cautelar, dada a suspeita de ocorrência de praga agrícola cognominada ‘cancro europeu’ — a qual estaria classificada como de alerta máximo devido aos altos riscos de lesão ao patrimônio fitossanitário nacional —, ‘confirmada após constatações obtidas por exames realizados no viveiro vistoriado, não se tratando, portanto, de ato isolado ou arbitrário da Autoridade Sanitária’ (fl. 3).

Ademais, aduz que a incineração ‘é a única forma de tentar impedir que a praga se alastre pelo Estado e, mesmo pelo País, o que comprometeria a produção de maçã gaúcha e brasileira’ (fl. 9) causando sério prejuízo ao País, que exporta cerca de US\$ 30 milhões anuais da fruta, bem como exporia a risco o emprego de mais de 40 mil pessoas.

Por fim, afirma que a liminar sobrepõe o interesse privado ao público, visto que coloca em risco toda a produção do País e, em especial, a do Município de Vacaria — RS.

Relatei. Decido.

Merece prosperar o pleito da requerente, pois visa, com essa medida, à proteção de bem tutelado pela norma de regência — a economia pública — e à salvaguarda do interesse público.

Na espécie, deparo-me com situação singular, pois qualquer que seja a minha decisão, haverá o risco de dano irreversível. Caso a liminar seja mantida, há o risco de contaminação de outras áreas de cultivo da maçã, podendo ser prejudicada toda a produção do estado e afetada a pauta de exportação nacional; por outro lado, se me decidir pela suspensão, a empresa sofrerá sério prejuízo, pois perderá toda sua área de cultivo. Diante de tal peculiaridade, fico com a segunda hipótese, tendo em linha de conta principalmente que se estará protegendo o emprego de mais de 40 mil trabalhadores, segundo a requerente.

Com efeito, se for mantida a decisão impugnada, impedindo-se a incineração da plantação (frutas, mudas) da impetrante, há potencial suficiente de causar danos à economia nacional, visto que o alastramento da praga ‘cancro europeu’ ou até mesmo a sua existência em território nacional têm o condão de afetar a balança comercial brasileira, pois deixaremos de exportar cerca de US\$ 30 milhões em frutos.

A propósito, tivemos recentemente o alastramento da febre aftosa, e diversos países proibiram a importação de carne brasileira, mesmo que procedesse de áreas historicamente livres daquele mal. Esse fato causou rombo nas nossas contas externas, fechamento de diversos frigoríficos e desemprego de diversos trabalhadores.

Ademais, afigura-se-me que, com o não-deferimento, estar-se-á prejudicando a política fitossanitária nacional, porquanto que os seus órgãos controladores vêm trabalhando arduamente para demonstrar às nações ditas desenvolvidas que produzimos produtos de excelente qualidade e livres de qualquer mal, visando, com isso, ao rompimento das barreiras comerciais que tanto prejudicam o setor agropecuário, peça fundamental para o desenvolvimento.

Assim sendo, defiro o pedido para suspender a liminar concedida pelo Juiz Valdemar Capeletti nos autos do Agravo de Instrumento n. 2002.04.01.0431340/RS, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.”

A agravante, em suas alegações, aduz que a decisão impugnada, que permitiu a incineração de viveiro de mudas da empresa, fato que está na iminência de acontecer, causar-lhe-á grave prejuízo (250.000 mudas).

Ademais, afirma que a União faltou com a verdade dos fatos ao afirmar que a manutenção da liminar causaria grave lesão à economia pública, pois prejudicaria a exportação do fruto (juntou pedido de importador europeu) e que a incineração seria a única forma de erradicação da praga (juntou estudo técnico da Embrapa).

Outrossim, assevera que ajuizou ação cautelar de antecipação de provas, como preparatória de ação ordinária de perdas e danos já ajuizada contra a União pelos prejuízos que vêm sendo causados à empresa devido à interdição de sua propriedade.

Por fim, afirma que “nada existe nos viveiros e matrizeiros da agravante, motivo pelo qual a sua interdição e incineração é medida afastada da racionalidade e legalidade”.

A reconsideração pleiteada foi indeferida por esta Presidência nestes termos (fls. 338/339):

“Não merece prosperar o pleito da empresa Frutirol Agrícola Ltda.

Na excepcional via de suspensão de liminar, há espaço apenas para a verificação de ameaça aos valores tutelados pela norma de regência.

Com efeito, vislumbro presente grave perigo de lesão à economia e à ordem pública, pois está em jogo política pública de controle e erradicação de praga que tem potencial suficiente a provocar danos na pauta de exportação brasileira, com a imposição de barreiras fitossanitárias pelos países da América e da Ásia, causando ao Brasil perda de mercado relevante conquistado, creio eu, em razão justamente da ausência de determinado mal na nossa fruticultura.

Ademais, a alegação de dano irreparável por parte da requerente não procede, pois, consoante se observa nos autos, receosa quanto ao êxito de seu agravo de instrumento, ajuizou ação cautelar de antecipação de provas, cuja liminar foi deferida em setembro último.

Isto posto, indefiro o pedido e o recebo como agravo regimental.”

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração, rejeitados.

A União, instada a se manifestar, informou, na petição de fl. 388, que já houve a incineração da plantação, objeto do mandado de segurança que deu azo ao pedido de suspensão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O núcleo da questão jurídica refere-se à legalidade do ato praticado pelo Delegado Federal de Agricultura no Estado do Rio Grande do Sul, que ordenou, em razão da ocorrência da praga causada pelo cancro europeu, a incineração de plantas da família das rosáceas — viveiro de maçãs e matrizeiros — em propriedade da empresa Frutirol Agrícola Ltda.

Preliminarmente, em razão das informações prestadas pela União às fls. 388-391, segundo as quais já ocorreu a incineração da supramencionada plantação, afigura-se-me que o presente pleito encontra-se prejudicado por não mais persistir o objeto do mandado de segurança que deu azo ao pedido de suspensão. A questão referente a perdas e danos haverá de ser discutida em outras ações, já intentadas ao que tudo indica.

Ante o exposto, julgo prejudicado o recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 299.118 — PI (2002/0161353-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: CDRR Microrregiões Comércio Distribuição Representações e Revenda Ltda

Advogados: Reginaldo Nunes Granja e outros

Agravado: Philip Morris Marketing S/A

Advogados: Fernando Neves da Silva e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência. Acórdãos paradigmas proferidos por Turma pertencente à mesma seção do acórdão embargado. Incompetência da Corte Especial. Recurso especial inexistente. CPC, art. 37 e Súmula n. 115/STJ. Ilegitimidade de parte. CPC, art. 267, VI. Reexame de matéria abordada por decisão transitada em julgado. CPC, art. 849, I. Dissídio não demonstrado por ausência de similitude fática.

1. O julgamento do dissídio invocado com base em acórdãos paradigmas proferidos por Turma pertencente à mesma Seção do acórdão embargado não se enquadra nas hipóteses de competência da Corte Especial.

2. Quanto aos acórdãos proferidos por Turmas de outra Seção, ante a total ausência de similitude fática entre esses julgados e o acórdão embargado, não há falar-se em divergência jurisprudencial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Franciulli Netto e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Eliana Calmon. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Francisco Falcão. Licenciado o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo substituído pelo Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2003 (data do Julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente. Ministro Edson Vidigal, Relator

Publicado no DJ 1ª.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (*Vice-Presidente*): Em face do trânsito em julgado no processo de execução movido pela Philip Morris Marketing S/A contra a CDRR Microrregiões Comércio Distribuição e Representações e Revenda Ltda, determinou o Juiz de 1ª grau o cancelamento do registro das hipotecas sobre os bens imóveis dados em garantia.

Confirmada a decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, a credora, entendendo que as hipotecas não poderiam ter sido declaradas extintas, uma vez que ainda subsistia a obrigação principal, tanto que a Corte Estadual ressaltou a possibilidade da utilização da via ordinária para discussão do crédito reclamado, interpôs recurso especial, alegando ofensa ao Código Civil, art. 849, I e V.

Em primeiro momento, a Ministra-Relatora Nancy Andrichi negou seguimento ao recurso especial, todavia, acatando pedido de reconsideração formulado pela Recorrente em agravo regimental, determinou a inclusão do processo na pauta de julgamento do dia 16.10.2001.

A egrégia Terceira Turma, por maioria, deu provimento ao recurso. Leio a ementa (Acórdão embargado, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, fls. 652/669):

“Civil. Hipoteca. Extinção do processo de execução garantido por hipoteca. Ausência de ação de conhecimento para anulação do registro da hipoteca. Art. 849 do CC. Impossibilidade de levantamento das hipotecas. Subsistência da obrigação pecuniária não adimplida no seu termo.

— O provimento de recurso que acarreta a extinção do processo de execução, por vício formal, não extingue o crédito assegurado por hipoteca, que só pode ser desconstituída, no caso em concreto, pela utilização das vias ordinárias.

— Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, devem subsistir os gravames hipotecários sobre os bens dados em garantia da dívida, de acordo com o inciso I do art. 849, CC, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca dos bens dados em garantia.”

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (acórdão proferido nos embargos de declaração, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrichi, fls. 730/735).

“Processo Civil — Embargos de declaração — Omissão sobre ponto essencial ao deslinde da controvérsia — Inexistência.

— Não se prestam os embargos de declaração à modificação de julgado baseada na mera irresignação do embargante. Para que seja acolhido este recurso, mister se faz tenha ocorrido efetivamente qualquer das hipóteses elencadas no art. 535 do CPC, visando ao aprimoramento da decisão judicial, no sentido de torná-la perfeitamente compreensível e adequada em toda a sua extensão.

— Dado o manifesto caráter protelatório dos embargos de declaração, nos quais é sustentada omissão inexistente, rejeita-se o recurso com a condenação da embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, com arrimo no art. 538, parágrafo único, do CPC.”

Pelo que foram opostos embargos de divergência pela CDRR Microrregiões, Comércio, Distribuição, Representações e Revenda Ltda e outros.

Afirmou primeiramente ofensa ao CPC, art. 37 e à Súmula n. 115/STJ, por entender que todas as procurações e substabelecimentos decorrentes do mandato procuratório conferido ao advogado Clodoaldo Celentado devem ser considerados válidos somente até o termo final especificado neste último, ou seja, 31.12.1999, ocorrido antes da interposição do recurso especial. Pelo que entende que o recurso especial deve ser considerado inexistente.

Quanto a esse tópico, apresentou como paradigmas os seguintes julgados (paradigmas relativos à ofensa à Súmula n. 115/STJ):

“Este egrégio Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é considerado inexistente o recurso especial interposto por advogado sem instrumento de mandato vencido, eis que a providência do artigo 13 do CPC, além de inaplicável à instância excepcional, diz respeito à capacidade de estar em juízo e à capacidade de ser parte, não à capacidade postulacional disciplinada pelo art. 37 do mesmo diploma legal.” (Agravo Regimental n. 39.290-2/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJ de 16.05.1994)

“Processual Civil — Agravo Regimental — Procuração. Ausência.

Sem instrumento de mandato, o advogado não se encontra habilitado para estar em juízo.

Precedentes desta Corte e do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental não conhecido.” (Agravo Regimental no REsp n. 29.236-2, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 17.05.1993).

Destacou parte do voto proferido pelo eminente Min. Sálvio de Figueiredo, no Agravo de Instrumento n. 37.804-9/RS:

“Recurso especial. Inexistência de procuração. Conseqüência. Inexiste cerceamento de defesa, quando, na efetivação do juízo de admissibilidade, o presidente do tribunal de origem, considera inexistente o recurso especial, interposto sem o instrumento de mandato outorgado ao advogado, independente de concessão de prazo para a regularização da representação (agravo improvido).

Essa mesma Turma manteve posicionamento uniforme ao julgar dentre outros o Recurso Especial n. 3.190/RJ (DJ de 1ª.10.1990, Rel. Min. Nilson Naves), Recurso Especial n. 31.552/SP (DJ de 29.03.1993, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, igual pronunciamento teve a Segunda Turma, na oportunidade de julgamento do Ag n. 37.322/RS (DJ de 02.08.1993 da relatoria do Sr. Ministro Pádua Ribeiro).

Adotando idêntica orientação, desta Quarta Turma, destaco o AgRg no REsp n. 11.309/RJ (DJ de 16.11.1992), relatado pelo Sr. Ministro Barros Monteiro e o AgRg no Ag n. 231.555/RS (DJ de 15.03.1995), de que foi Relator o Ministro Fontes de Alencar.” (AgRg no Ag n. 37.804/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 20.09.1993).

E ainda apresentou como parâmetros:

“Processual Civil. Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental. Representação do advogado. Inteligência do artigo 37 do CPC. Prazo — Súmula n. 115 da Corte Especial.

— O Pressuposto processual concernente ao **jus postulandi** da parte deve ser atendido dentro do prazo para interposição do recurso, consoante jurisprudência da Corte Especial e do excelso Pretório.

— O ato de recorrer não é passível de enquadramento no preceito estatuído no art. 37 do CPC, segunda parte. Aliás a matéria está sumulada pela Corte Especial nos seguintes termos: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.” (Súmula n. 115).

— Agravo Regimental, preliminarmente não conhecido (Ag n. 57.264-1/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ de 20.02.1995).

“Processual Civil. Representação do advogado. Inteligência do art. 37 do CPC. Regularidade da fase recursal. Prazo. Contra-razões. Precedentes do STF.

I - O pressuposto processual concernente ao **jus postulandi** da parte deve ser atendido dentro do prazo para interposição do recurso, consoante iterativa jurisprudência do excelso Pretório.

II - O ato de recorrer não é passível de enquadramento no preceito estatuído no art. 37 do Código de Processo Civil, segunda parte.

III - A rigorosa exigência de regularidade de representação em sede de recurso extraordinário deve ser dispensada tanto ao recorrente quanto ao recorrido por imperativo de isonomia insculpido no art. 125, I, CPC.

IV - recurso conhecido e desprovido.” (AgRg no REsp n. 34.661-0/SP, Corte Especial, Rel. Min. Bueno de Souza, DJ de 15.08.1994)

“Ementa-Agravo da Lei n. 8.038/1990.

A ausência de procuração ao signatário da petição do agravo implica a inexistência do recurso.

Agravo não conhecido.

Unânime.” (AgRg no Ag n. 45.488-6/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ de 16.05.1994).

“Agravo regimental. Recurso especial. Não admitido. Súmula n. 115/STJ.

1. Na instância especial é inexistente o recurso interposto por advogado sem procuração nos autos (Súmula n. 115/STJ), também não se admitindo, em sede de recurso especial, a abertura de prazo, para sanar o vício na representação processual. Inaplicável ao presente caso, portanto, o artigo 13 do Código de Processo Civil.

2. A procuração constante dos autos tinha prazo certo, com validade já expirada. Assim irregular a representação processual. (AgRg no Ag n. 317.040, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ de 12.02.2001).

Em segundo ponto, sustentou falta de legitimidade da empresa Philip Morris Marketing S/A, que interpôs o agravo regimental contra a decisão negatória do recurso especial, proferida pela Min. Nancy Andrighi, que acabou reconsiderando essa decisão, levando os autos para a Quarta Turma julgar o recurso especial.

Isso porque a Philip Morris Marketing S/A, segundo a Embargante, não se trataria da verdadeira sucessora da empresa R. J. Reynolds Tabacos do Brasil Ltda, mas sim a Dobra do Brasil Ltda. Ressaltou que a questão foi oportunamente levantada pelo advogado da Embargante, por ocasião da sustentação oral realizada no julgamento do recurso especial, ainda mais tratando-se de matéria que não é passível de preclusão.

Dá ter indicado ofensa ao CPC, art. 267, VI, na medida em que a questão jurídica não foi conhecida pelos julgadores, nesta instância especial.

Apresentou como paradigmas os seguintes julgados (paradigmas da suposta ofensa ao CPC, art. 267, VI):

“Processo Civil. Requisitos da tutela jurisdicional. Inocorrência de preclusão para o magistrado, cumulação de ações. Impossibilidade na espécie. Recurso desacolhido.

1. Em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais, não há preclusão para o magistrado, mesmo existindo expressa decisão a respeito, por cuidar-se de maneira indisponível, inaplicável o Enunciado n. 424 da súmula/STF, a matéria que deve ser apreciada de ofício.

2. A cumulação de pedidos pressupõe ser o juiz competente para todas as ações e, ressalvadas as exceções legais, compatibilidades de ritos. (REsp n. 43.138/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 29.09.1997).

E destaca o seguinte trecho do voto-condutor proferido pelo Ministro Jorge Scartezini no REsp n. 305.974/MG:

“No entanto, aduz ainda, a recorrente violação, com fundamento no permissivo constitucional, ao disposto nos arts. 3ª e 267, IV do CPC, porquanto a mesma é tão-somente uma administradora de imóveis, não agindo em nome próprio, mas sim de seu mandante, não podendo, desta forma, figurar como ré na Ação Consignatória. Estando a matéria devidamente prequestionada, afastado a incidência da Súmula n. 356/STF, para conhecer do recurso, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal.” (REsp n. 305.394/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 26.08.2002).

Por fim, afirmou contrariedade ao CPC, art. 849, I, por entender que, em agravo de instrumento, não poderia ter sido analisada questão relativa ao processo de execução, **in casu**, o fato da obrigação principal não ter sido totalmente cumprida, vez que tal exame só seria possível em ação rescisória, uma vez que a sentença proferida no processo de execução já havia transitado em julgado.

Para demonstrar a divergência, apontou o seguinte paradigma (acórdão paradigma relativo à suposta ofensa ao CPC, art. 849, I):

“Recurso especial. Servidor. Ação rescisória. Ofensa à literal disposição de lei. Artigo 485, V, do CPC. URP fevereiro de 1989 percentual. Direito adquirido. Ataque aos fundamentos do acórdão rescindendo. Impossibilidade. Divergência jurisprudencial não caracterizada.

— 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.

— Não se conhece de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial quando o recorrente não caracteriza as circunstâncias fáticas que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas, a teor do artigo 541 do CPC, e do disposto no art. 255, do RISTJ.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 310.330, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17.06.2002).

Mediante decisão de fls.1.023/1.029, indeferi liminarmente os embargos de divergência, por considerar inexistente qualquer dos dissídios apontados.

Foi, então, interposto este agravo regimental pela CDRR Microrregiões Comércio Distribuição, Representações e Revenda Ltda, no qual afirma que nenhum dos fundamentos relevantes dos embargos de divergência foi analisado pelo juízo de admissibilidade: que a procuração outorgada ao Dr. Clodoaldo Celentano, por estar vencida, não conferia mais valor jurídico ao substabelecimento para José

Cássio Filho e outros para a interposição de recurso especial; e que a Agravada não é sucessora de R. J. Reynolds Tabacos do Brasil Ltda, mas sim a Dobra do Brasil Ltda.

E assim finaliza a sua petição: “Ademais o despacho atacado não deu aos agravantes a prestação jurisdicional a que faz jus (art. XXXV da CF), especialmente quando o despacho agravado arrimou-se no vazio parecer da lavra do ministro aposentado de nome Eduardo Ribeiro, dado sem respaldo em qualquer substrato jurídico de jurista renomado, muito menos, em decisões dessa corte de justiça.”

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Vice-Presidente): Senhores Ministros, conforme relatei, indeferi os embargos de divergência liminarmente por não ter sido demonstrado o dissídio em qualquer dos temas enfocados.

Afirma a Agravante que nenhum dos fundamentos relevantes dos embargos de divergência foi analisado pelo juízo de admissibilidade: que a procuração outorgada ao Dr. Clodoaldo Celentano, por estar vencida, não conferia mais valor jurídico ao substabelecimento para José Cássio Filho e outros para a interposição de recurso especial; e que a Agravada não é sucessora de R. J. Reynolds Tabacos do Brasil Ltda, mas sim a Dobra do Brasil Ltda.

Todavia, não é o que se verifica dos autos.

A decisão agravada efetivamente examinou todos os tópicos reclamados.

Eis o teor da decisão por mim proferida (fls. 1.023/1.029):

“Em primeiro ponto, aponta a Embargante ofensa ao CPC, art. 37, bem como à Súmula n. 115 deste Superior Tribunal de Justiça.

Conforme determina o Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 266, compete à Corte Especial a análise de embargos de divergência se o dissídio for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial.

Assim, tendo em vista que o acórdão embargado foi proferido pela Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi (fls. 652/669), pertencente à Segunda Seção, refoge da competência da Corte Especial o julgamento do dissídio invocado, quanto aos seguintes acórdãos apontados como paradigmas: Agravo Regimental n. 39.290-2/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJ de 16.05.1994; AgRg no Ag n. 37.804/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 20.09.1993; AgRg no Ag n. 45.488-6/MG

Quarta Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ de 16.05.1994 e AgRg no Ag n. 317.040, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 12.02.2001, uma vez que todos também são pertencentes à Segunda Seção.

Passo à análise da divergência, sobre o mesmo tema, quanto aos seguintes julgados: AgRg no REsp n. 29.236-2, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 17.05.1993; AgRg no REsp n. 34.661-0/SP, Corte Especial, Rel. Min. Bueno de Souza, DJ de 15.08.1994 e AgRg no AI n. 57.264-1/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ de 20.02.1995.

Não há qualquer dissídio a ser dirimido entre a decisão dada no acórdão embargado e esses acórdãos paradigmas, em virtude da ausência de similitude fática entre os casos postos em confronto.

O acórdão proferido nos autos possui uma situação muito peculiar. Discutiu-se aqui a validade de procurações outorgadas por um advogado, em nome da empresa, cujo mandato foi realizado com prazo final anterior à interposição do recurso especial. A egrégia Terceira Turma entendeu pela validade, considerando que o mandato conferido ao primeiro advogado lhe conferia poderes de efetiva representação da empresa, podendo assinar contratos em geral, nomear revendedores e distribuidores, bem como contratar funcionários. Daí ter concluído que, enquanto o primeiro advogado estava investido desses poderes de gestão, poderia perfeitamente outorgar mandato procuratório para que outro advogado viesse a atuar no processo por prazo indeterminado, afastando por isso a aplicação da Súmula n. 115.

Os julgados paradigmas não abordaram tal situação, restringindo-se todos à manifestação pela inexistência de recurso especial interposto por advogado sem procuração nos autos.

Conforme já assinalado, o acórdão embargado considerou a procuração dos advogados signatários do recurso especial perfeitamente apta, logo não há falar-se em divergência de entendimento com as conclusões tecidas nos acórdãos paradigmas.

No tópico relativo à falta de legitimidade da empresa Philip Morris Marketing S/A, deixo de analisar a suposta divergência com relação ao acórdão paradigma proferido no REsp n. 43.138/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, posto pertencer, da mesma forma que o acórdão embargado, à Segunda Seção, sendo, portanto incabível o exame pela Corte Especial.

No concernente ao acórdão paradigma proferido no REsp n. 305.394/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, não há qualquer dissídio a ser

resolvido. Enquanto o paradigma analisou questão relativa à ilegitimidade de parte devidamente prequestionada, o acórdão embargado não conheceu da questão sobre esse tema justamente por falta de prequestionamento.

Ademais, a premissa de que as questões de ordem pública devem ser decididas pelo juízo a qualquer tempo diz respeito somente às instâncias ordinárias, sendo pressuposto indispensável para o seu conhecimento na esfera especial o prequestionamento.

Nesse sentido, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“Agravo regimental. Recurso especial. Contratos de mútuo. Omissões inexistentes. Prequestionamento. Juros remuneratórios após o vencimento.

(...)

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, mesmo as questões e as normas de ordem pública devem ser prequestionadas para viabilizar o recurso especial.(...)” (AgRg no REsp n. 318.672/SP, DJ de 23.09.2002).

Ministra Nancy Andrighi:

“Processual Civil. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Fundamentação. Ofensa a dispositivos legais. Prequestionamento. Fundamento inatacado.

(...) *O recurso especial deve preencher o pressuposto específico do prequestionamento, ainda que a questão federal suscitada seja matéria de ordem pública.(...)*” (AgRg no Ag n. 444.498/MS, DJ de 26.08.2002).

E Ministra Eliana Calmon:

“Processual Civil — Embargos de divergência — Admissibilidade — Prescrição — Questões de ordem pública.

(...) A premissa de que as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo não se aplica às instâncias especial e extraordinária, que delas apreciam se conhecidos os recursos derradeiros, mas somente às instâncias ordinárias.

3. *Agravo regimental improvido.*” (AEREsp n. 8.558/SP, DJ de 07.04.2000).

Com relação ao último ponto, suposta ofensa ao CPC, art. 849, I, não há como se verificar qualquer divergência, vez que o acórdão paradigma não

analisou o dispositivo de lei apontado, tampouco teceu considerações sobre o tema jurídico nele abordado.

Pelo que indefiro os Embargos de Divergência liminarmente (RISTJ, art. 266, § 3º)”

Ante a atuação eloqüente do advogado, inclusive com a apresentação de carta-denúncia relativa a este processo, determinei o encaminhamento dos autos para o Ministério Público.

O ilustre Subprocurador-Geral da República assim se pronunciou no parecer de fls. 1.101 a 1.107:

“Temos que o recurso não merece provimento. Isto porque já é assente a jurisprudência dessa egrégia Corte no sentido de que, para a configuração do dissídio interpretativo, é indispensável tenham os arestos confrontados apreciado, rigorosamente, o mesmo tema de direito, à luz da mesma legislação federal, dando-lhe, porém solução jurídica distinta, o que não ocorre **in casu**, conforme bem posto pelo Ministro-Relator, em decisão acima citada.

Nesse sentido:

“Ementa: Processo Civil — Agravo regimental — Dissídio jurisprudencial — Ausência de demonstração.

I - Se as circunstâncias fáticas, relevantes para o deslinde da questão, são totalmente diversas do contexto dos arestos trazidos como paradigmas, resta indemonstrado o alegado dissídio.

II - *Regimental improvido*” (AgRg no Ag n. 53.651/RJ 1994/0019649-0; Fonte DJ de 21.11.1994; p. 31.765; Relator Min. Waldemar Zveiter).

Ademais, o agravo interno não se presta à análise de fato novo, senão vejamos:

“Ementa: Regimental — Fundamentos — Mérito do recurso especial — Incidência da Súmula n. 182.

— “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Súmula n. 182).

— O Agravo do art. 545 do CPC deve demonstrar a procedência das razões do recurso rechaçado, atacando a decisão agravada. No agravo interno não se admite a alegação de fatos novos ou a análise do mérito do recurso especial.

— *Agravo regimental improvido*” (AgRg no Ag n. 364.249/RJ; Fonte DJ; ATA: 30.06.2003 p. 136 Relator; Min. Humberto Gomes de Barros).

Pelo exposto, a manifestação do Ministério Público Federal, por meio de seu representante, o Subprocurador-Geral da República que este subscreve, é pelo não-provimento do agravo.”

Assim, forte nas razões por mim apresentadas, bem como no judicioso parecer do Ministério Público Federal, mantendo totalmente a decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL N. 229 — SP (2003/0000954-9)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Embargante: José Roberto Vieira de Almeida

Advogados: José Roberto Vieira de Almeida (em causa própria) e outros

Embargado: Pedro Luiz Ricardo Gagliardi

EMENTA

Processual Penal. Embargos de declaração. Agravo regimental. Rejulgamento da causa. Matéria constitucional originariamente reclamada nos declaratórios. Impossibilidade.

1. Ante a inexistência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, impõe-se a rejeição dos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente,

os Srs. Ministros Barros Monteiro e Francisco Falcão. Licenciados os Srs. Ministros Franciulli Netto e Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo este substituído pelo Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente. Ministro Edson Vidigal, Relator

Publicado no DJ de 1ª.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: São opostos embargos de declaração por José Roberto Vieira de Almeida contra acórdão proferido por esta egrégia Corte Especial de seguinte ementa:

“Penal. Crime contra a honra. Difamação e injúria. Processo de *impeachment* contra membros do Superior Tribunal Maçônico em assembléia deliberativa da Grande Loja Maçônica do Estado de São Paulo. Ausência de justa causa.

1. Ante a ausência de demonstração de ofensa efetivamente dirigida ao Querelante pelo Querelado, o Grão-Mestre da GLESP, constando dos autos apenas o desenrolar de um procedimento interno para que os associados pudessem discutir e votar quanto à atuação de membros no exercício de funções internas da entidade particular, impõe-se o reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução criminal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Foi sustentado no agravo regimental que o Grão Mestre Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, ao retirar da votação da assembléia deliberativa o nome de seis outros Ministros efetivos e três suplentes do Superior Tribunal Maçônico, dando-lhes “atestado de idoneidade”, quis demonstrar que os Ministros, cujos nomes continuaram em pauta para votação, não possuíam probidade, confiabilidade e honorabilidade, cometendo, por isso, o crime de injúria.

Como o acórdão proferido pela Corte Especial entendeu pela não-ocorrência do delito, sustenta o Embargante contrariedade em face de entendimento esposado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo em determinado julgado.

Afirma, ainda, que tal conclusão ofendeu a Constituição Federal, art. 5º, incisos X e XXXV.

Por fim, volta a insistir na existência de indícios de autoria, a justificar a perseguição criminal.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, primeiramente, alega o Embargante que o acórdão encontra-se em contrariedade com entendimento esposado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em um de seus julgados.

Ao examinar os embargos de declaração, **Barbosa Moreira** tece as seguintes considerações sobre a contradição viabilizadora desse recurso:

“Verifica-se este defeito quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis. Pode haver contradição entre proposições contidas na motivação (exemplo: a mesma prova ora é dita convincente, ora inconvincente), ou entre proposições da parte decisória, isto é, incompatibilidade entre capítulos do acórdão: v.g., anula-se a sentença definitiva apelada e, em seguida, julga-se o mérito da causa, quanto logicamente se deveria determinar a restituição ao órgão inferior, para sentenciar de novo; ou declara-se inexistente a relação jurídica prejudicial (deduzida em reconvenção ou em ação declaratória incidental), mas condena-se o réu a cumprir obrigação que dela necessariamente dependia; e assim por diante. Também pode ocorrer contradição entre alguma proposição enunciada nas razões de decidir e o dispositivo: por exemplo, se na motivação se reconhece como fundada alguma defesa bastante para tolher a pretensão do autor, e no entanto se julga procedente o pedido.”

Portanto, a contradição viabilizadora dos embargos de declaração é aquela constatada em argumentos conflitantes dentro do próprio corpo do acórdão, e não entre a decisão reclamada e considerações tecidas em outros julgados.

Por conseguinte, não se verifica aqui qualquer contradição devida e tecnicamente apontada a merecer esclarecimentos.

Quanto a supostas ofensas a dispositivos constitucionais, apresenta-se inviável o exame, primeiro porque não há qualquer omissão a ser suprida, já que a matéria foi suscitada originariamente nos declaratórios, segundo por se tratar de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, Ministro Humberto Gomes de Barros:

“Embargos declaratórios — Formulação de questionário — Prequestionamento constitucional — Rejeição.

1. Os Tribunais não são órgãos consultivos, assim, rejeitam-se embargos declaratórios formulados em forma de questionário.

2. Já é pacífica a jurisprudência do STJ que, mesmo para fins de prequestionamento, em sede especial não se debate tema constitucional.

3. Embargos rejeitados (EAREsp n. 260.106/PE, DJ de 24.02.2003).

Ministro Milton Luiz Pereira:

“Processual Civil. Embargos declaratórios (art. 535, I e II, CPC). Questão de natureza constitucional. Prequestionamento.

1. Sem afeiçoar-se hipótese apropriada (art. 535, I e II, CPC) e indisfarçável o propósito de alçapremar prequestionamento para viabilizar o recurso extraordinário, os embargos declaratórios não merecem sucesso.

2. Embargos não conhecidos.” (EDAGP n. 1.831/GO, DJ de 17.02.2003).

Ministra Nancy Andrichi:

“Processual Civil. Embargos de declaração no agravo no agravo de instrumento. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Questões constitucionais. Prequestionamento. Multa. Caráter protelatório.

— Os embargos de declaração somente são cabíveis nas hipóteses de obscuridade, omissão ou contradição no julgado embargado.

— Ao julgador da Corte Superior não é dado imiscuir-se na competência do excelso Pretório, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Constituição Federal.

— Embargos de declaração interpostos com o objetivo de obter prévia decisão a respeito de determinado dispositivo legal não têm caráter protelatório.” (EDcl no AgrRg no Ag n. 453.766/GO, DJ de 17.02.2003).

Ministro Barros Monteiro:

“Embargos declaratórios. Prisão civil do devedor fiduciante. Inexistência de omissão. Caráter infringente. Prequestionamento. Matéria constitucional. Descabimento.

— Não se prestam os embargos declaratórios ao rejuízo da causa.

— Na via excepcional, descabe a apreciação de impugnações de ordem constitucional, ainda que com intuito de prequestionamento.

Embargos rejeitados.” (EDcl no REsp n. 297.352/PR, DJ de 17.02.2003).

Ministro Francisco Falcão:

“Processual Civil. Demonstrações financeiras. Ano-base 1990. Correção monetária. 4 IPC. Análise de dispositivo constitucional. Impossibilidade. Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Inexistência.

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

II - Inocorrentes as hipóteses de omissão ou obscuridade, não há como prosperar o inconformismo, cujo real intento é a obtenção de efeitos infringentes.

III - Não é competência desta Corte a análise de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento.

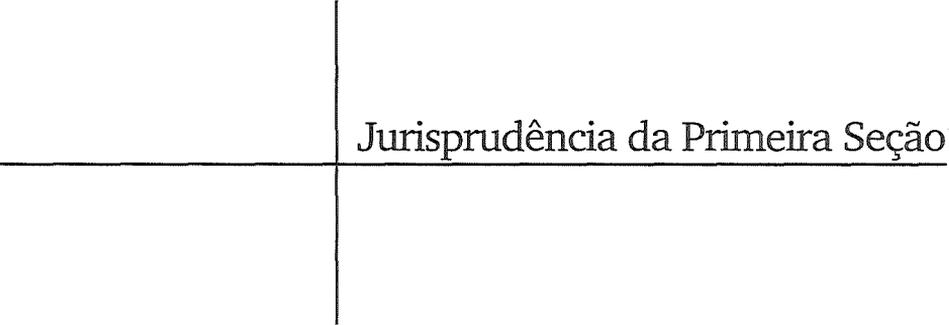
III - Embargos de declaração rejeitados.” (EAREsp n. 203.409/RJ, DJ de 03.02.2003).

Por fim, volta o Embargante a sustentar a existência de indícios mínimos de autoria a justificar a persecução criminal.

Nesse particular, sequer é indicada alguma hipótese legal viabilizadora dos embargos de declaração, demonstrando claramente que a única intenção do Embargante é o mero reexame da causa, o que não é possível na via eleita.

Assim, ante a inexistência de qualquer vício a ser sanado, não conheço dos embargos de declaração.

É o voto.



Jurisprudência da Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 20.820 — MA (1997/0073851-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Autor: Ministério Público do Estado do Maranhão

Réu: Raimundo Nonato Marques

Advogado: Geraldo Ribeiro dos Santos

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão

Suscitado: Juízo de Direito de São Bernardo — MA

EMENTA

Conflito de competência. Ação civil pública. Transporte irregular de veículos em rio de propriedade da União. Aumento abusivo de tarifas. Relação de consumo. Competência da Justiça Estadual.

1. Compete à Justiça Estadual o julgamento de ação civil pública ajuizada com a finalidade de impedir o aumento abusivo de tarifas na hipótese do transporte irregular de veículos por particular em rio de propriedade da União, uma vez que a controvérsia se situa no plano das relações de consumo, não incidindo qualquer das hipóteses previstas no art. 109 da Constituição Federal.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de São Bernardo—MA, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito de São Bernardo — MA, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 26 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, em face do Juízo de Direito de São Bernardo — MA, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual com a finalidade de impedir aumento de tarifa referente a transporte realizado no rio Parnaíba, entre municípios do Piauí e do Maranhão.

O Juízo Estadual, perante o qual foi intentada a ação, declinou de sua competência sob o fundamento de que o rio Parnaíba é bem da União, e o transporte ali realizado depende de autorização, permissão ou concessão, o que implica o necessário envolvimento do Ministério da Marinha.

Por outro lado, o Juízo Federal, adotando o parecer do *Parquet*, argumentou que:

“...muito embora seja competência da União explorar, diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão, ‘os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (CF, art. 21, XII, alínea **d**), inexistente qualquer referência ao fato de os serviços prestados pelo réu sejam em decorrência de delegação da União.

Depreende-se da inicial que se trata, em verdade, de atividade precária, desenvolvida pelo suplicado, à revelia de qualquer regulamentação do Poder Público Federal, referente a tarifas, nos moldes preconizados no art. 9º, da Lei n. 8.987/1995.

Ora, se o particular não está agindo, **in casu**, por delegação da União, não se vislumbra o interesse federal, no tocante ao aumento excessivo dos preços cobrados pela travessia do ‘pontão’.

Na realidade, a irregularidade parece existir não apenas em relação ao propalado aumento de preços, mas principalmente no que se refere à própria exploração da atividade. Por essa razão, caberá a este Órgão Ministerial notificar o Órgão competente da União para adotar as providências cabíveis em relação à exploração de tal serviço, sem regular procedimento licitatório, tendo em vista o que dispõe a Lei n. 8.987/1995.

Mas, ante a inexistência de delegação do Poder Público Federal, a questão não envolve o interesse da União, visto o caso apenas sob o ângulo das práticas abusivas contra as relações de consumo, **ex vi** do art. 39, inciso X, com a nova redação dada pela Lei n. 8.884/1994.”

Enviados os autos ao Ministério Público Federal para parecer em 03.11.1997, retornaram os mesmos a este Tribunal em 17.12.2002.

A ilustre Representante do Ministério Público Federal, parecer de fls. 32/35, manifestou-se pela competência da Justiça Estadual, “tendo em vista que o objeto e a causa de pedir da presente demanda giram no sentido de se afastar o abusivo aumento das tarifas do transporte fluvial, não havendo qualquer interesse da União ou ente público”.

Em decisão de fl. 48, a eminente Ministra Nancy Andrighi determinou a redistribuição do feito, tendo em vista a competência da Primeira Seção para a apreciação do presente conflito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O Ministério Público do Estado do Maranhão ajuizou a presente ação civil pública contra Raimundo Nonato Marques, com o fim de impedir o aumento considerado abusivo das tarifas do transporte de veículos realizado pelo réu nas águas do rio Parnaíba, situado entre os Estados do Maranhão e do Piauí.

Não obstante o rio Parnaíba seja de propriedade da União (CF/1988, art. 20, III), e a atividade realizada demande regulamentação e fiscalização por parte do Poder Público Federal, o transporte realizado pelo réu, pelo que se depreende da inicial, é feito de forma irregular, sem qualquer ingerência do órgão público competente.

Assim, uma vez que a presente ação civil pública tem por fim a defesa dos interesses individuais homogêneos dos usuários do serviço quanto ao aumento abusivo das tarifas cobradas, situando-se a controvérsia no plano das relações de consumo, e não incidindo qualquer das hipóteses do art. 109 da Constituição Federal, evidenciada está a competência do Juízo Estadual para a apreciação da lide.

Diante do exposto, conheço do presente conflito e declaro a competência do Juízo de Direito de São Bernardo — MA, o suscitado.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 78.277—MG (2001/0048051-9)**

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Embargante: Aeropetrol Táxi Aéreo S/A

Advogados: Benedito José Barreto Fonseca e outros

Embargado: Fazenda Nacional

Procuradores: Luiz Frederico de Bessa Fleury e outros

Sustentação oral: José Barreto Fonseca, pela Embargante

EMENTA

Processual Civil e Tributário. IPI. Importação de aeronave por empresa operadora de táxi aéreo. CTN, artigos 19, 111 e 144. Decreto-Lei n. 1.726/1979 art. 2º. Decreto-Lei n. 2.434/1982 art. 10, I e II. Decreto-Lei n. 37/1966 arts. 1º e 23. Decreto n. 91.030/1985 Reg. Aduaneiro, arts. 149, VIII, 156 e 219. Lei n. 8.032/1990.

1. O Decreto-Lei n. 37/1966 podia validamente modificar disposições de lei tributária, então, de igual hierarquia, certo que a Lei n. 5.172/1966 CTN, antes da Constituição de 1967 tinha natureza jurídica de lei ordinária, precedentes do STF.

2. Importação sem prévia guia especificando-a sujeita-se ao regime legal vigente à data em que se concretiza. Obtida a guia de importação quando vigente o Decreto-Lei n. 2.434/1988, a importação da aeronave sujeitou-se ao pagamento do IPI.

3. Precedentes jurisprudenciais STF e STJ

4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, “prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, a Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. “Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina, Luiz Fux, Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros Votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 13 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente. Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

Publicado no DJ de 26.08.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Os embargos apontam divergência entre o julgamento do Recurso Especial n. 78.827/MG, Relator o Ministro Ari Pargendler e o Recurso Especial n. 76.827/MG, Relator o Ministro Garcia Vieira. As ementas dos v. acórdãos são as seguintes, respectivamente:

“Tributário. Imposto de importação. Fato gerador isenção. Quem promove a importação de mercadoria sem ter a guia de importação sujeita-se ao regime legal vigente na data em que a obtém. Compatibilidade entre o artigo 23 do Decreto-Lei n. 37, de 1996, e o artigo 19 do Código Tributário Nacional. Súmula n. 4 do Tribunal Federal de Recursos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial conhecido e provido.” (Fl. 197)

“Imposto de importação — Incidência — Aeronave — Licença de sobrevôo.

Atendendo as condições da isenção no momento do fato gerador ingresso em território nacional, tem direito ao benefício.

A legislação aplicável e a vigente na época da ocorrência do fato gerador.

Recurso improvido.” (Fl. 218)

Alega a Embargante:

“1.10 - ... por ter sido importada e admitida no País em Regime Aduaneiro Especial, óbvio que a aeronave encontrava-se dentro do universo circunscrito pelo art. 19 do CTN e por ele protegido, e assim, correta a decisão de 1ª instância, mantida pelo mui egrégio Tribunal Regional da 1ª Região.

1.11 - De tudo se conclui, inquestionavelmente, que o fato gerador do imposto, no caso da aeronave, ocorreu em 06.03.1987, portanto na plena vigência da lei que lhe concedia isenção.”

1.12 - Ressalta-se que a isenção é concedida por lei. Guia de Importação não é documento que concede isenção.”

Omissis

“1.14 - Nem se alegue que, no caso em exame, a isenção não estaria concedida, uma vez que o benefício da isenção, sendo concedido por lei, já o fora

pelo Decreto-Lei n. 1.726/1979. Quando adveio o Decreto-Lei n. 2.434/1988, a isenção que beneficiava a aeronave já era uma realidade jurídica, um direito adquirido.

1.15 - Argumentar-se que a isenção ainda não fora reconhecida pela autoridade aduaneira, é dar à fiscalização aduaneira poder de revogar a lei.”

Omissis

“2.6 - A tese adotada no v. acórdão poderá levar a terríveis injustiças muitas vezes decorrentes da má vontade de um funcionário de expedir uma guia, o que poderá prejudicar um contribuinte, enquanto outro poderá ser favorecido pelo favor de um funcionário, em apressar a expedição da guia.

2.7 - Tal tese, defendida pela Fazenda Nacional, isto é, deixar dependente da expedição da guia de importação a isenção de imposto por lei concedida, afronta o princípio da igualdade de tratamento tributário, dando, na maior parte das vezes, prestígio a um tratamento fiscal diferenciado, validando proceder da administração que está a ferir o princípio da isonomia na tributação, direito assegurado a todos os contribuintes pelo art. 150, inciso II da Constituição Federal.”

Omissis

“2.10 - Tanto foi o atraso a prejudicar a ora Embargante que até o Sindicato Nacional das Empresas de Táxi Aéreo oficiou ao Ministro da Fazenda solicitando providências para coibir a negligência das autoridades incumbidas de fornecer a guia de importação (fls. 58 a 62 destes autos).

“2.11 - Ademais, a tese da União Federal também violenta o disposto no art. 150, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, que veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

2.12 - Ora, concedida a isenção, não pode nova lei retroagir para tributar fatos geradores pretéritos.”

Omissis

“3.1 - Essa é a tese jurídica discutida nestes autos, entretanto ficou decidido nestes autos que o fato gerador do imposto de importação, no dizer do eminente Ministro Ari Pargendler seria o do regime legal vigente na data em que se obtém a guia de importação, (ementa, fl. 197), dando interpretação divergente ao artigo 19 da Lei n. 5.172/1966 (CTN) e ao artigo 1º, **caput** do

Dec. Lei n. 37/1966, procurando para justificar sua tese apoio no art. 23, do mesmo estatuto.”

Omissis

“4.8 - O venerando acórdão paradigma, da colenda Primeira Turma desse mui sábio Tribunal afirmou, em caso absolutamente igual que:

‘Atendendo às condições da isenção no momento do fato gerador ingresso em território nacional, tem direito ao benefício.’

A legislação aplicável é a vigente na época da ocorrência do fato gerador.”

Omissis

“4.9 - Está, pois, fartamente demonstrado que o venerando acórdão ora embargado e prolatado por essa mui douta Segunda Turma, ao negar a isenção que fora concedida à ora Embargante, divergiu diametralmente da interpretação que a Colenda Primeira Turma desse mui colendo Superior Tribunal de Justiça deu aos mesmos dispositivos legais, entendendo válida a isenção pela lei concedida, em caso absolutamente igual.” (Fls. 202/216)

Na impugnação apresentada às fls. 231/234, a Fazenda Nacional ressaltou que “no presente caso a Guia de Importação somente foi emitida após a edição do Decreto-Lei n. 2.434/1988. Ademais, o fato de a aeronave encontrar-se em território nacional desde 06.03.1987 não tem relevância para a presente questão, mesmo porque, de acordo com o item 2.1 da cláusula segunda do contrato de compra e venda da aeronave (fl. 28) a aquisição da mesma somente se efetivou após a expedição da guia de importação.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: A trato de fato gerador do Imposto de Importação (art. 19, CTN; Dec.-Lei n. 37/1966, art. 23), à parla de divergência, em síntese, compendia-se que foram confrontados arestos, assim ementados:

“Tributário. Imposto de Importação. Fato gerador. Isenção. Quem promove a importação de mercadoria sem ter a guia de importação sujeita-se ao regime legal vigente na data em que a obtém. Compatibilidade entre o artigo 23 do Decreto-Lei n. 37 de 1966, e o artigo 19 do Código Tributário Nacional, Súmula n. 4 do Tribunal Federal de Recursos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 78.277/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler — fl. 197).

“Imposto de Importação — Incidência — Aeronave — Licença de sobrevôo.

Atendendo as condições da isenção no momento do fato gerador ingresso em território nacional, tem direito ao benefício.

A legislação aplicável e a vigente na época da ocorrência do fato gerador.

Recurso improvido. “(REsp n. 76.827/MG, Rel. Min. Garcia Vieira — fl. 218)”.

Ora em diante, descortina-se que a controvérsia central prende-se à incidência, ou não, do Imposto de Importação de aeronave, sob os auspícios do “regime aduaneiro especial de admissão temporária”, quando vigia legislação favorecedora da isenção de tributos (Dec.-Lei n. 1.726/1979, art. 2º, IV, **n**), entrando no território nacional, conforme a garantia do benefício fiscal (art. 19, CTN; art. 1º, Dec.-Lei n. 37/1966).

Nesse contexto, evidenciada a divergência, pórtico para o conhecimento dos embargos, no primeiro lance ganha necessária repercussão o exame do momento concretizador do “fato gerador”. Com essa finalidade, em perfeita sintonia com a demonstração documentada, o voto-condutor do v. acórdão embargado comemorou:

“Aqui — diz Aeropetrol Táxi Aéreo S/A — a situação é especial, porque, quando importou a aeronave, bem como quando ela ingressou no território nacional, aos 06 de março de 1987, vigia o Decreto-Lei n. 1.726, de 07 de dezembro de 1979’ (fl. 165), que assegurava a isenção do imposto de importação quando a operação tinha por objeto aeronaves.

A aeronave, todavia, ingressou no País mediante uma licença de sobrevôo, emitida pelo Ministério da Aeronáutica, sem a licença de importação, que à época era da exclusiva alçada da carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil (CACEX) — fl. 84.

Essa circunstância está bem esclarecida nas informações prestadas pela autoridade indicada como coatora, **in verbis**:

‘Manifesto também minha estranheza quanto ao fato de a aeronave em questão encontrar-se em território nacional, com vistas ao seu despacho para consumo (expressão que indica sua nacionalização definitiva), munida de simples autorização de sobrevôo, um mero procedimento disciplinador do tráfego aéreo nacional. De acordo com o Comunicado n. 204, de 02.09.1988, da Cacex, só é admissível trazer um bem ao Brasil, para tal finalidade, salvo raras exceções, após ser emitida a respectiva GI, e o referido Comunicado deixou de incluir os aviões dentre os poucos bens para os quais se poderia solicitar à Cacex emissão da respectiva GI após seu embarque no exterior mas

antes do desembaraço aduaneiro. Logo, a sua vinda representa infração ao controle administrativo das importações, conforme disposto no art. 169 do Decreto-Lei n. 37/1966, com a redação a ele conferida pelo art. 20 da Lei 6.562/1978.

A aeronave a que se refere, teve autorizado seu sobrevôo até 31.05.1987, ocasião em que deveria deixar o País. Entretanto, valendo-se de certificado de matrícula (doc. 13 e 17) concedido pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), o avião aqui permaneceu até agora. Esta situação é, no mínimo, esdrúxula, pois tal certificado, segundo o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19.12.1986), conferiu ao aparelho a nacionalidade brasileira, antes de a mesma ter sido legalmente incorporada à riqueza do País, através do despacho alfandegário, cujo processamento está disciplinado pelo Decreto-Lei n. 37/1966 e Livro IV do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto n. 91.030/1985' (fl. 84/85).

Quer dizer, Aeropetrol Táxi Aéreo S/A está se valendo de uma linguagem imprópria quando afirma que importou a aeronave na vigência do 'Decreto-Lei n. 1.726, de 07 de dezembro de 1979' (fl. 165). À época, ela só tinha uma licença de sobrevôo." (Fls. 190 e 191).

Daí, no mesmo voto, certamente, aduziu o eminente Relator Ministro Ari Pargendler.

"Na verdade, a aeronave, desde o dia 06 de março de 1987, ao abrigo da norma isencional em referência, já se encontrava no território nacional, mas somente em 21 de novembro de 1988, quando já em vigor o Decreto-Lei n. 2.434, de 19 de maio de 1988, obteve a apelada junto à Cacex a competente Guia de Importação.

Deste modo, com o fato gerador do imposto de importação, a teor do disposto no art. 19, do CTN, somente ocorre com a entrada do produto estrangeiro no território nacional, estaria a empresa-recorrida, pelo menos em tese, livre do ônus tributário. Sucede, porém, que o Decreto-Lei n. 37, de 1966, dispõe em seu artigo 23, o seguinte:

'Art. 23. Quando se tratar de mercadoria despachada para consumo, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro, na repartição aduaneira da declaração a que se refere o artigo 44.'

Impede, então, enfatizar, dada a compatibilidade proclamada pela Súmula n. 04 do extinto Tribunal Federal de Recursos entre esta disposição

(art. 23, do DL n. 37/1966) e aquela do art. 19, do CTN, que o fato gerador em questão ocorreu quando já revogada a isenção pelo art. 10, do Decreto-Lei n. 2.434, de 1988, **verbis**:

‘Art. 10. Ressalvado o disposto neste decreto-lei, ficam revogadas as isenções e reduções, de caráter geral ou especial, do Imposto sobre a Importação e do Imposto Sobre Produtos Industrializados incidente sobre bens de procedência estrangeira, exceto:

I – as comprovadamente concedidas, nos termos da legislação respectiva, até a data da publicação deste decreto-lei; e

II – as importações beneficiadas com isenção ou redução, na forma da legislação anterior, cujas Guias de Importação tenham sido emitidas até a data da publicação deste decreto-lei.’

Faz-se mister ressaltar que a entrada da aeronave no território nacional, em 06 de março de 1987, antes da vigência da norma transcrita, não interfere no desate da causa por dois motivos: em primeiro lugar, pela cláusula Segunda do Contrato de Compra e Venda de folha 28, a incorporação do bem ao patrimônio da empresa somente se verificou após a emissão da guia de importação, não sendo, então, razoável admitir-se, goze, alguém, da isenção tributária sobre um produto que não lhe pertence; em segundo lugar, como assinalou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no julgamento pelo TFR no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação em Mandado de Segurança n. 79.570 — São Paulo — é indiscutível que o ‘fato gerador’ do imposto de importação é a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional. Mas aí, salientar o preclaro Ministro, tem-se apenas o ‘aspecto material’ do fato gerador, não se caracterizando — ainda seu ‘aspecto temporal’ nem o ‘aspecto espacial’. Indaga-se, então: quando, em que momento e por onde, por qual lugar a mercadoria estrangeira entra no território nacional. Para fim de incidência do imposto de importação, este momento, juridicamente relevante, diz o voto em comento, é a ‘entrada com intuito de permanência da mercadoria aqui, de sua incorporação à riqueza do País, onde será utilizada (consumo em sentido fiscal amplo). E este momento é definido no art. 23, do Decreto-Lei n. 37/1966, como sendo o dia do registro da declaração de importação em repartição fiscal habilitada. Temos aí a definição do elemento temporal ou do aspecto temporal da hipótese de incidência (‘fato gerador’) do imposto de importação’.

Existe, por fim, a objeção, data vênua, sem procedência, de não ser uma aeronave, tecnicamente bem de consumo, mas, sim, bem de capital. No entan-

to, vale aqui a lição do Ministro Décio Miranda, ainda no TFR, por ocasião do julgamento da MAS n. 77.431/RJ.

‘A expressão ‘para consumo’ vem da antiga denominação do imposto de importação, que se chamava ‘direito de importação para consumo’. Sempre que incidia imposto de importação era direito de importação para consumo...’

Em suma, diz mais uma vez o Ministro Carlos Mário Velloso: ‘*mercadoria despachada para consumo* quer dizer: mercadoria importada para ser usada, para ser utilizada, para ser aplicada, ser empregada.’ (Fls. 189 e 190)

A minha vez, sem distanciar-me dessa compreensão básica, examinando o tema no Recurso Especial n. 74.910/MG, pela pertinência, votando, registrei:

“(...)

Ora, a importação em causa não se beneficiou das exceções dos incisos do art. 10 do DL. n. 2.434/1988, acima transcritos, quando interpretados à luz do art. 111, II do CTN.

De fato, a referida importação não foi alcançada pela exceção do inciso II, porque a guia de importação foi emitida após 19.05.1988, data da entrada em vigor do DL n. 2.434/1988.

Tampouco foi a aludida importação alcançada pela exceção do inciso I, já que a isenção não havia sido comprovadamente concedida nos termos da legislação anterior.

Com efeito, o simples ingresso da aeronave em território nacional, com base em mera licença de sobrevôo, e portanto sem o intuito de permanência e utilização, não chega a constituir o fato gerador, que é pré-condição da isenção tributária.

Sobre esse aspecto, cabe transcrever a orientação jurisprudencial dada em caso semelhante:

Como assinalou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no julgamento pelo TFR no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação em Mandado de Segurança n. 79.570/São Paulo — é indiscutível que o fato gerador do imposto de importação é a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional. *Mas aí, salienta o preclaro Ministro, tem-se apenas o aspecto material do fato gerador, não caracterizando ainda o ‘aspecto temporal’, nem o aspecto espacial.*

Indaga-se então: Quando, em que momento, por onde, por qual lugar a mercadoria estrangeira entra no território nacional, para fim de incidência do imposto de importação.

Este momento, juridicamente relevante, diz o voto em comento, é a *entrada com intuito de permanência.*' (Fl. 159, grifou-se).

Ora, no caso dos autos a entrada da aeronave no território se deu por uma forma pouco ortodoxa, já que com base em simples autorização de sobrevôo, precedia de comunicação da COTAC (Coordenação do Transporte Aéreo Civil), que não tinha autoridade para dispor sobre importação para fins tributário-fiscais.

Ressalte-se, ainda, que os certificados de aeronavegabilidade e o certificado de matrícula obtidos pela recorrida (fls. 47/50), continham todos ressalva expressa, com o seguinte teor:

'este certificado não exime o fiel cumprimento da legislação fiscal e aduaneira em vigor no país.'

Assim, não se pode dizer que a constituição plena do fato gerador tenha ocorrido antes da vigência do DL n. 2.434/1988, quando passa ter efeitos a revogação das isenções, nos termos de seu art. 10, **caput**' ..." (in DJ de 26.08.1996).

Por essa linha maior de pensar, merece ser lembrado o REsp n. 74.913-MG. Rel. Min. Demócrito Reinaldo — in DJ de 30.06.1997.

Na pertença da possibilidade de colidência entre o artigo 23, Decreto-Lei n. 37/1966, e o artigo 19, CTN, além da Súmula n. 4/TFR, a respeito, com pontuado no v. acórdão embargado, o excelso Supremo Tribunal Federal ditou que, tendo aquele decreto entrado em vigor antes da Constituição de 1967, a qual ergueu a Lei n. 5.172/1966 à categoria de lei complementar, podia modificar as disposições do CTN. Pois, antes tinha a natureza de lei ordinária e, portanto, decreto-lei posterior podia revogar lei ordinária anterior. Confira-se:

"Fato gerador do imposto de importação em se tratando de mercadoria para consumo e 'entrepóstada'.

Não é desarrazoada a interpretação de que, em tais hipóteses, se aplica o artigo 23 do Decreto-Lei n. 37/1966, não se podendo afastá-lo sob o fundamento de ser o CTN lei complementar, uma vez que ambos — o CTN e o Decreto-Lei n. 37/1966, que lhe é posterior entraram em vigor anteriormente à Constituição de 1967, sendo, portanto, leis ordinárias que, no tocante às normas gerais de Direito Tributário (o que sucede com as que definem fato

gerador), passaram a considerar-se como leis complementares a partir da vigência daquela Constituição...” (RE n. 90.471/MG, Rel. Min. Moreira Alves — **in** RTJ 93/1.269).

No circunlóquio do assunto sob exame, também, podem ser lembrados: RE 90.114, Rel. Min. Rafael Mayer, **in** RTJ 91/704; RE n. 91.337, Rel. Min. Cordeiro Guerra, **in** RTJ 96/1.335.

A compreensão rememorada não se esvaziou na vigência da Constituição de 1998.

Encerrando as comemorações dos precedentes, renova-se a indicação feita no voto-condutor do aresto embargado.

“Isenção do imposto de importação. Cancelamento do benefício por terem desaparecido as razões que legitimavam a isenção. Não há incompatibilidade entre a regra do art. 23 do Decreto-Lei n. 37/1966 e a do art. 19 do CTN. Desse modo, se a mercadoria é isenta quando de sua entrada no território nacional, e não mais o é por ocasião do registro da declaração de importação na repartição aduaneira, aplica-se o regime alfandegário vigorante no momento. Isenção concedida por prazo certo, durante dois anos, enquanto necessária para garantir a colocação da produção nacional. Daí por que, tão logo foi apurada pelo órgão competente que a nossa produção estava garantida, a isenção foi legitimamente cancelada. Agravo regimental desprovido.” (AgRg n. 82.129, Rel. Min. Soares Munõz, **in** RTJ 102/1.026).

Finalmente, comporta aduzir que as importações, além de condições específicas, submetem-se à política cambial sob os influxos de conveniência e oportunidade, verificações sempre contemporâneas aos fatos e reservadas à administração pública executiva sob a ótica de circunstâncias setoriais internas e do mercado exterior.

Concluída a exposição, reanimados os fundamentos do v. acórdão embargado, *voto rejeitando os embargos*.

É o voto

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, na sessão do dia 27 de fevereiro de 2002, pedi vista do presente feito para me inteirar melhor da controvérsia.

In casu, trata-se de mandado de segurança impetrado por Aeropetrol Táxi Aéreo S/A, com o escopo de se eximir do pagamento do imposto de importação devido em virtude da importação de aeronave estrangeira.

O eminente Ministro Milton Luiz Pereira, Relator, assim dirimiu a questão, **verbis**:

“Atrato de fato gerador do imposto de Importação (art. 19, CTN; Dec.-Lei n. 37/1966, art. 23), à parla de divergência, em síntese, compendia-se que foram confrontados arestos, assim ementados:

‘Tributário, Imposto de Importação. Fato gerador. Isenção. Quem promove a importação de mercadoria sem ter a guia de importação sujeita-se ao regime legal vigente na data em que a obtém. Compatibilidade entre o artigo 23 do Decreto-Lei n. 37, de 1966, e o artigo 19 do Código Tributário Nacional. Súmula n. 4 do Tribunal Federal de Recursos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recurso especial conhecido e provido.’ (REsp n. 78.277-MG, Segunda Turma. Rel. Min. Ari Pargendler — fl. 197).

‘Imposto de Importação — Incidência — Aeronave — Licença de Sobrevôo.

Atendendo às condições da isenção no memento do fato gerador — ingresso em território nacional, tem direito do benefício.

A legislação aplicável é a vigente na época da ocorrência do fato gerador.

Recurso improvido.’ (REsp n. 76.827/MG, Rel. Min. Garcia Vieira — fl. 218).

Ora em diante, descortina-se que a controvérsia central prende-se à incidência, ou não, do Imposto de Importação de aeronave, sob os auspícios do “regime aduaneiro especial de admissão temporária”. Quando vigia legislação favorecedora da isenção de tributos (Dec.-Lei n. 1.726/1979, art. 2º, IV, **n**), entrando no território nacional, conforme a garantia do benefício fiscal (art. 19, CTN; art. 1º, Dec.-Lei n. 37/1966).

Nesse contexto, evidenciada a divergência, pórtico para o conhecimento dos embargos, no primeiro lance ganha necessária repercussão o exame do momento concretizador do “fato gerador”. Com essa finalidade, em perfeita sintonia com a demonstração documentada, o voto-condutor do v. acórdão embargado comemorou:

“Aqui — diz Aeropetrol Táxi Aéreo S/A — a situação é especial, porque, ‘quando importou a aeronave, bem como quando ela ingressou no território nacional, aos 06 de março de 1987, vigia o Decreto-Lei n. 1.726, de 07 de dezembro de 1979’ (fl. 165), que assegurava a isenção do imposto de importação quando a operação tinha por objeto aeronaves.

A aeronave, todavia, ingressou no País mediante uma licença de sobrevôo, emitida pelo Ministério da Aeronáutica, sem a licença de importação, que à época era da exclusiva alçada da carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil (CACEX) — fl. 84.

Essa circunstância está bem esclarecida nas informações prestadas pela autoridade indicada como coatora, **in verbis**:

‘Manifesto também minha estranheza quanto ao fato de aeronave em questão encontrar-se em território nacional, com vistas ao seu despacho para consumo (expressão que indica sua nacionalização definitiva), munida de simples autorização de sobrevôo, um mero procedimento disciplinador do tráfego aéreo nacional. De acordo com o Comunicado n. 204, de 02.09.1988, da Cacex, só é admissível trazer um bem ao Brasil, para tal finalidade, salvo raras exceções, após ser emitida a respectiva GI, e o referido Comunicado deixou de incluir os aviões dentre os poucos bens para os quais se poderia solicitar à Cacex a emissão da respectiva GI após seu embarque no exterior mas antes do desembarço aduaneiro. Logo, a sua vinda representa infração ao controle administrativo das importações, conforme disposto no art. 169 do Decreto-Lei n. 37/1966, com a redação a ele conferida pelo art. 20 da Lei n. 6.562/1978.

A aeronave a que se refere, teve autorizado seu sobrevôo até 31.05.1987, ocasião em que deveria deixar o País. Entretanto, valendo-se de certificado de matrícula (docs. 13 e 17) concedido pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), o avião aqui permaneceu até agora. Esta situação é, no mínimo, esdrúxula, pois tal certificado, segundo o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19.12.1986), conferiu ao aparelho a nacionalidade brasileira, antes de o mesmo ter sido legalmente incorporado à riqueza do País, através do despacho alfandegário, cujo processamento está disciplinado pelo Decreto-Lei n. 37/1966 e Livro IV do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto n. 91.030/1985’ (fls. 84/85).

Quer dizer, Aeropetrol Táxi Aéreo S/A está se valendo de uma linguagem imprópria, quando afirma que importou a aeronave na vigência do ‘Decreto-Lei n. 1.726, de 07 de dezembro de 1979’ (fl. 165). À época, ela só tinha uma licença de sobrevôo. “(Fls. 190 e 191)

Dáí no mesmo voto, certamente, aduziu o eminente Relator Ministro Ari Pargendler:

“Na verdade, a aeronave, desde o dia 06 de março de 1987, ao abrigo da norma isencional em referência, já se encontrava no território

nacional, mas somente em 21 de novembro de 1988, quando já em vigor o Decreto-Lei n. 2.434, de 19 de maio de 1988, obteve a apelada junto à Cacex a competente guia de importação.

Desse modo, como o fato gerador do imposto de importação, a teor do disposto no art. 19, do CTN, somente ocorre com a entrada do produto estrangeiro no território nacional, estaria a empresa recorrida, pelo menos em tese, livre do ônus tributário, sucede, porém, que o Decreto-Lei n. 37, de 1966, dispõe em seu artigo 23, o seguinte:

‘Art. 23. Quando se tratar de mercadoria despachada para consumo, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro, na repartição aduaneira da declaração a que se refere o artigo 44.’

Impede, então enfatizar, dada a compatibilidade proclamada pela Súmula n. 04 do extinto Tribunal Federal de Recursos entre esta disposição (art. 23, do DL. n. 37/1966) e aquela do art. 19, do CTN, que o fato gerador em questão ocorreu quando já revogada a isenção pelo art. 10, do Decreto-Lei n. 2.434, de 1988, **verbis**:

‘Art. 10. Ressalvado o disposto no decreto-lei, ficam revogadas as isenções e reduções, de caráter geral ou especial, do Imposto sobre a Importação e do Imposto Sobre Produtos Industrializados incidente sobre bens de procedência estrangeira, exceto:

I- as comprovadamente concedidas, nos termos da legislação respectiva até a data da publicação deste decreto-lei; e

II- as importações beneficiadas com isenção ou redução, na forma da legislação anterior, cujas guias de importação tenham sido emitidas até a data da publicação deste decreto-lei.

Faz-se mister ressaltar que a entrada da aeronave no território nacional, em 06 de março de 1987, antes da vigência da norma transcrita, não interfere no desate da causa por dois motivos: em primeiro lugar, pela Cláusula Segunda do Contrato de Compra e Venda de folha 28, a incorporação do bem ao patrimônio da empresa somente se verificou após a emissão da guia de importação, não sendo, então, razoável admitir-se, goze, alguém, da isenção tributária sobre um produto que não lhe pertence: em segundo lugar, como assinalou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no julgamento pelo TFR no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação em Mandado de Segurança n. 79.570/SP — é indiscutível que o ‘fato gerador’ do imposto de importação é a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional, mas aí, salientar o preclaro Ministro, tem-se apenas o ‘aspecto material’ do fato gerador,

não se caracterizando — ainda — seu ‘aspecto temporal’ nem o ‘aspecto espacial’. Indaga-se, então: Quando, em que momento e por onde, por qual lugar a mercadoria estrangeira entra no território nacional, para fim de incidência do imposto de importação. Este momento, juridicamente relevante, diz o voto em comento, é a ‘entrada com intuito de permanência da mercadoria aqui, de sua incorporação à riqueza do País, onde será utilizado (consumo em sentido fiscal amplo). E este momento é definido no art. 23, do Decreto-Lei n. 37/1966, como sendo o dia do registro da declaração de importação em repartição fiscal habilitada. Temos aí a definição do elemento temporal ou do aspecto temporal da hipótese de incidência (“fato gerador”) do imposto de importação’.

Existe, por fim, a objeção, *data vênia*, sem procedência, de não ser uma aeronave, tecnicamente, bem de consumo, mas, sim, bem de capital, no entanto, vale aqui a lição do Ministro Décio Miranda, ainda no TFR, por ocasião do julgamento da AMS n. 77.431/RJ.

‘A expressão ‘para consumo’ vem da antiga denominação do imposto de importação, que se chamava ‘direito de importação para consumo’. Sempre que incidia imposto de importação era direito de importação para consumo...’

Em suma, diz mais uma vez o Ministro Carlos Mário Velloso: ‘*mercadoria despachada para consumo* quer dizer: mercadoria importada para ser usada, para ser utilizada, para ser aplicada, ser empregada.’” (Fls. 189 e 190)

À minha vez, sem distanciar-me dessa compreensão básica, examinando o tema no Recurso Especial n. 74.910/MG, pela pertinência, votando, registrei:

“(…)

Ora, a importação em causa não se beneficiou das exceções dos incisos do art. 10 do DL. n. 2.434/1988, acima transcritos, quando interpretados à luz do art. 111, II, do CTN.

De fato, a referida importação não foi alcançada pela exceção do inciso II. Porque a guia de importação foi emitida após 19.05.1988, data de entrada em vigor do DL. n. 2.434.1988.

Tampouco foi a aludida importação alcançada pela exceção do inciso I, já que a isenção não havia sido comprovadamente concedida nos termos da legislação anterior.

Com efeito, o simples ingresso da aeronave em território nacional, com base em mera licença de sobrevôo, e portanto sem o intuito de permanência e utilização, não chega a constituir o fato gerador, que é pré-condição da isenção tributária.

(...)

Ora, no caso dos autos a entrada da aeronave no território se deu por uma forma pouco ortodoxa, já que com base em simples autorização de sobrevôo, precedida de comunicação da COTAC (Coordenadoria do Transporte Aéreo Civil), que não tinha autoridade para dispor sobre importação para fins tributário-fiscais.

Ressalte-se, ainda, que os certificados de aeronavegabilidade e o certificado de matrícula obtidos pela recorrida (fls. 47/50), continham todos ressalva expressa, com o seguinte teor:

‘Este certificado não exige o fiel cumprimento da legislação fiscal e aduaneira em vigor no País.

Assim, não se pode dizer que a constituição plena do fato gerador tenha ocorrido antes da vigência do DL. n. 2.434/1988, quando passa ter efeitos a revogação das isenções, nos termos de seu art. 10, **caput**’...
“(in DJ de 26.08.1996).

Por essa linha maior de pensar, merece ser relembrado o REsp n. 74.913/MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo — in DJ de 30.06.1997.

Na pertença da possibilidade de colidência entre o artigo 23, Decreto-Lei n. 37/1966, e o artigo 19, CTN, além da Súmula n. 4 TFR, a respeito, como pontuado no v. acórdão embargado, o excelso Supremo Tribunal Federal ditou que, tendo aquele decreto entrado em vigor antes da Constituição de 1967, a qual ergueu a Lei n. 5.172/1966 à categoria de lei complementar, podia modificar as disposições do CTN. Pois, antes tinha a natureza de lei ordinária e, portanto, decreto-lei posterior podia revogar lei ordinária anterior.

Confira-se:

‘Fato gerador do imposto de importação em se tratando de mercadoria para consumo e ‘entrepostada’.

Não é desarrazoada a interpretação de que, em tais hipóteses, se aplica o artigo 23 do Decreto-Lei n. 37/1966, não se podendo afastá-lo sob o fundamento de ser o CTN lei complementar, uma vez que ambos — o CTN e o Decreto-Lei n. 37/1966, que lhe é posterior — entraram em vigor anteriormente à Constituição de 1967, sendo, portanto, leis ordinárias que, no tocante às normas gerais de Direito Tributário (o que sucede com as que definem fato gerador). Passaram a considerar-se como leis complementares a partir da vigência daquela Constituição...” (RE n. 90.471/MG, Rel. Min. Moreira Alves — in RTJ 93/1.269

No circunlóquio do assunto sob exame, também, podem ser lembrados: RE n. 90.114, Rel. Min. Rafael Mayer. **In** RTJ 91/704; RE n. 91.337. Rel. Min. Cordeiro Guerra, **in** RTJ 96/1.335.

A compreensão rememorada não se esvaziou na vigência da Constituição de 1988.

Encerrando as comemorações dos precedentes, renova-se a indicação feita no voto-condutor do aresto embargado.

‘Isenção do imposto de importação. Cancelamento do benefício por terem desaparecido as razões que legitimavam a isenção. Não há incompatibilidade entre a regra do art. 23 do Decreto-Lei n. 37/1966 e a do art. 19 do CTN. Desse modo, se a mercadoria é isenta quando de sua entrada no território nacional, e não mais o é por ocasião do registro da declaração de importação na repartição aduaneira, aplica-se o regime alfandegário vigorante no momento. Isenção concedida por prazo certo, durante dois anos, enquanto necessária para garantir a colocação da produção nacional. Daí por que, tão logo foi apurada pelo órgão competente que a nossa produção estava garantida, a isenção foi legitimamente cancelada. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg n. 82.129, Rel. Min. Soares Muñoz, **in** RTJ 102/1.026).

Finalmente, comporta aduzir que as importações, além de condições específicas, submetem-se à política cambial sob os influxos de conveniência e oportunidade, verificações sempre contemporâneas aos fatos e reservadas à administração pública executiva sob a ótica de circunstâncias setoriais internas e do mercado exterior.

Concluída a exposição, reanimados os fundamentos do v. acórdão embargado, *voto rejeitando os embargos*.

É o voto.”

Tenho como escoreita a fundamentação supratranscrita, posto que em consonância com a jurisprudência desta colenda Corte, salientando que compartilho da mesma linha de entendimento, ou seja, o fato gerador do imposto de importação é, indiscutivelmente, a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional, contudo, na hipótese vertente, como bem salientado acima, a entrada da aeronave no território nacional, em 06 de março de 1987, antes da vigência do Decreto-Lei n. 2.434, de 1988, não interfere no deslinde da questão por dois motivos, a saber: em primeiro lugar, porque a incorporação do bem ao patrimônio da empresa somente se verificou após a emissão da guia de importação e, em segundo lugar, porque o simples ingresso da aeronave em território nacional, com base em mera licença de

sobrevôo, e portanto, sem o intuito de permanência e utilização, não chega a constituir o fato gerador, que é pré-condição da isenção tributária.

Isto posto, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator para, também, rejeitar os presentes embargos de divergência.

É o meu voto.

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR
N. 5.930 — PE (2002/0174575-5)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Estado de Pernambuco

Procuradores: Sérgio Augusto Santana Silva e outros

Agravado: Abílio Nogueira da Silva

EMENTA

Ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda (art. 489 do CPC).

Não é recomendável desacatar a coisa julgada, desprezando a segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito.

Somente em caso de evidente teratologia do acórdão rescindendo e da irreversibilidade de sua execução, admite-se o empréstimo de efeito suspensivo à ação rescisória.

“Imprimir efeito suspensivo à ação rescisória, para tolher o desenvolvimento de execução por título judicial é agravar a dificuldade em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro — afogado na plethora de recursos, incapaz de satisfazer aqueles que o procuram, em busca de seus direitos” (AgRg no AgRg na MC n. 1.372/Humberto).

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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 1^o de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O agravo regimental desafia decisão que proferi nestes termos:

“Trata-se de pedido de liminar para *suspender o pagamento do precatório até o julgamento final do recurso especial a ser interposto* ou, segundo, *determinar o depósito da importância do precatório em banco oficial à disposição da Presidência desse colendo Tribunal, até o julgamento final do recurso especial a ser interposto.*” (Fl. 28)

No mérito, deduz idêntico pedido (fl. 29).

O núcleo da questão jurídica desta ação cautelar é a suspensão do pagamento de precatório que deverá ser pago até o próximo dia 31 de dezembro de 2002, no valor de R\$ 6.401.274,90 (seis milhões e quatrocentos e um mil e duzentos e setenta e quatro reais e noventa centavos).

Indeferido o pedido de liminar formulado na Medida Cautelar Inominada n. 47.021-9, ajuizada concomitantemente com Ação Rescisória n. 47.020-2, ocasionou a interposição do agravo regimental improvido.

Para tanto, declina na inicial as razões da pretensão liminar (fls. 1/29).

Decido:

Do voto-condutor, transcrevo o seguinte trecho:

“Desapossado, pois, o réu, do seu bem, por ato administrativo ilícito (desapropriação indireta), tem ele direito a haver indenização, não havendo, então, qualquer erro de direito na sentença, nem no acórdão que a confirmou.

Destarte, não vislumbrando presente qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do CPC, denotando-se, aqui, o propósito do autor em propiciar um reexame a respeito da injustiça da sentença e de reexame de provas, o que não é cabível em sede de rescisória, porque assim estar-se-ia se utilizando desta ação especial como sucedâneo de recurso ordinário, entendo inexistir o requisito do **fummus boni juris** a autorizar a concessão da liminar postulada na medida cautelar para emprestar efeito suspensivo à ação rescisória” (fls. 166/167).

Não enxergo prejuízo algum e nem vejo razão para retardar o pagamento do precatório já referido. Aliás, a sentença que agora se pretende rescindir sequer foi impugnada por recurso voluntário (fl. 74).

Indefiro, pois, o pedido de liminar, porque ausentes os pressupostos autorizadores.

Em decorrência, nego seguimento ao processo e o declaro extinto por perda do objeto (CPC, art. 267, IV).

Intime-se”. (Fl. 203)

O agravante diz que a decisão foi equivocada e que diverge da uníssona interpretação jurisprudencial, inclusive o STJ. Sustenta que é flagrante o prejuízo que está ameaçado de sofrer, pois a decisão agravada prejudica não só o objeto da ação cautelar como também a efetividade da ação rescisória em curso, o que autoriza a concessão da medida cautelar, nos termos do artigo 798 do CPC.

Afirma que o **periculum in mora** existe não só em face ao milionário valor do precatório objeto da ação, como também por implicar em levantamento de dinheiro, que inegavelmente caracteriza lesão grave e de difícil reparação.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Na decisão da liminar me detive na questão da probabilidade do bom direito e no perigo da demora, não podia e nem posso examinar o mérito da ação rescisória. Não detectei a probabilidade do bom direito, a requerente na verdade quer rediscutir tema já abordado no acórdão rescindendo, inclusive matéria de prova. Ausente um dos pressupostos, não se defere a medida.

A questão do erro de fato argüido pela requerente é afastada pelo teor do § 2º do artigo 485, do CPC, que dispõe ser “indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia e nem pronunciamento judicial sobre o fato”. Houve pronunciamento judicial do fato.

O deferimento de medida cautelar se faz necessário quando há iminente perigo da grave lesão ao direito postulado através da conjugação dos requisitos da “fumaça do bom direito” e do “perigo da demora”, assegurando a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional principal.

No caso, para o acolhimento do pedido cautelar, seria necessário superar a análise perfunctória daquela conjugação, para debruçar-me sobre o próprio mérito da ação rescisória. A via cautelar não comporta exame aprofundado do mérito da ação principal, sendo assim, em cognição sumária não é recomendável desprezar a coisa julgada, homenageando a segurança jurídica, um dos pilares fundamentais à estabilidade do Estado de Direito.

Apenas em hipóteses excepcionalíssimas a jurisprudência desta Corte tem afastado a incidência do art. 489 do CPC para suspender a execução de acórdão rescindendo, em medida cautelar.

A questão é velha. O extinto Tribunal Federal de Recursos sumulou o entendimento, na Súmula n. 234, **in verbis**:

“Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada.”

Neste sentido, guiou-se a jurisprudência deste egrégio Tribunal, a exemplo: REsp n. 4.076/Barros Monteiro, REsp n. 30.235/Scartezzini, AgRg na MC n. 872/Direito e REsp n. 2.600/Fontes de Alencar.

Relembro, por fim, trecho da AgRg no AgRg na MC n. 1.372 de minha relatoria:

“Imprimir efeito suspensivo à ação rescisória, para tolher o desenvolvimento de execução por título judicial é agravar a dificuldade em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro — afogado na plethora de recursos, incapaz de satisfazer aqueles que o procuram, em busca de seus direitos.”

Por outro lado, a questão está prejudicada. É que o valor do precatório deve ter sido pago até 31 de dezembro de 2002.

Nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO N. 437.069 — SP (2002/0009533-4)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Carlos Cabeças

Advogados: Luís Felipe Dino de Almeida Aidar e outro

Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Lázara Mezzacapa e outros

EMENTA

Agravo regimental — Carência de ação — Ataque ao mérito — Ausência de prequestionamento.

1. Não há ofensa ao art. 535, do CPC, quando o Tribunal **a quo** deixa de responder aos embargos declaratórios sobre o mérito da causa, porque declarou a carência de ação.

2. Se não houve exame da responsabilidade do Estado, evidentemente, o art. 159 do CC não foi prequestionado. Incidências das Súmulas ns. 211/STJ e 282/STF.

3. Regimental 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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

Publicado no DJ de 14.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Trata-se de regimental contra negativa de seguimento de agravo de instrumento.

A decisão combatida afastou ofensa ao art. 535 do CPC e fincou-se em ausência de prequestionamento. Aplicou as Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ.

O Agravante renova os fundamentos do recurso especial. Acresce que houve violação ao art. 159 do CPC.

Este, o relato.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): As razões da decisão agravada permanecem íntegras, confirmam:

“Não há quaisquer ofensas ao art. 535 do CPC. O Tribunal **a quo** verificou carência de ação, assim, não poderia incursionar no exame da responsabilidade do Estado que ficou prejudicado ante o acolhimento da preliminar.

Se não houve exame da responsabilidade do Estado, evidentemente, o art. 159 do CC não foi prequestionado. Incidências das Súmulas ns. 211/STJ e 282/STF.” (Fl. 236)

Vejam, também, trechos do acórdão recorrido, **in verbis**:

“O autor é carecedor de ação, como se verá, desde que os registros anteriores que teriam sido anulados por decisão judicial foram restabelecidos em decisões posteriores, não mais subsistindo a causa da indenização pretendida.

(omissis)

Desta forma, não subsiste o fundamento invocado pelo autor para reclamar indenização da ré, porquanto restabelecida a validade das transcrições da qual a de sua propriedade é decorrente, antes mesmo do ajuizamento da presente ação.” (Fls. 139/140)

Assim, mantem-se a decisão agravada.

Nego provimento ao regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 490.510 — RS (2003/0008791-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravantes: Arcílio Felix Souza Filho — Espólio e outros

Advogados: Flávio Libório Barros e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros

EMENTA

Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Fundo de previdência privada. Extinção. Rateio do patrimônio líquido. Imposto de renda. Incidência a partir do advento da Lei n. 9.250/1995.

I - É legal a incidência do imposto de renda a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

II - “O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência” (REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, p. 248).

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 20.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por Arcílio Felix Souza Filho — Espólio e outros contra decisão de minha lavra, pela qual neguei seguimento ao agravo de instrumento em epígrafe, tendente a viabilizar o trânsito de recurso especial, sob o fundamento de que é legal a incidência do imposto de renda a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

Alegam os agravantes que a tributação das quantias liberadas em decorrência do rateio do patrimônio líquido de entidade de previdência privada, em liquidação extrajudicial, afronta o artigo 43 do CTN.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo regimental não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão agravada, **verbis**:

“Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tendente a viabilizar subida a esta Corte de recurso especial interposto por Arcílio Félix Souza Filho — Espólio e outros, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

“Tributário. Retenção de imposto de renda incidente sobre o rateio do patrimônio de entidade fechada de previdência privada. Bitributação. Isenção. Lei n. 7.713/1988 e 9.250/1995.

1. Não há dupla incidência de imposto de renda sobre os valores decorrentes do rateio do patrimônio de entidade fechada de previdência privada, liquidada extrajudicialmente, porque não se trata do mesmo fato gerador que acarretou a tributação na fonte, ao tempo da Lei n. 7.713/1988.

2. A isenção da Lei n. 7.713/1988 abrange somente as contribuições pagas exclusivamente pelo participante, no período de 1989 a 1995, que devem ser excluídas da incidência de imposto de renda, quando do rateio do patrimônio da entidade. Havendo comprovação nos autos de que estas parcelas foram deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, improcede o pedido.

3. As verbas decorrentes das contribuições da entidade e dos recursos obtidos pelos investimentos do fundo nunca estiveram à disposição dos participantes, antes do rateio ocasionado pela extinção da entidade. A aquisição da disponibilidade econômica destes valores ocasiona acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda.”

Opostos embargos de declaração ao acórdão por ambas as partes, foram os opostos pelos agravantes rejeitados e os opostos pela agravada acolhidos, apenas para o fim de prequestionamento (fl. 130).

Sustentam os ora agravantes, em suas razões de recurso especial, violação aos artigos 150, IV e 154, I, da CF e 43 do CTN, bem como divergência jurisprudencial, pugnano pela não-incidência do imposto de renda sobre a devolução das reservas matemáticas aos participantes ativos dos fundos mantidos para Fucace, entidade de previdência fechada compulsoriamente liquidada por ato do governo.

A decisão de fls. 173/174 negou seguimento ao recurso especial, ensejando a interposição de agravo de instrumento, pedindo a sua reforma.

Relatados, passo a decidir.

Tenho que não procede a presente postulação.

A Lei n. 9.250/1995 veio trazer novo disciplinamento às Contribuições e Benefícios de Previdência Privada. O art. 33, como parte desta nova disciplina, deve ser analisado em conjunto com os arts. 4^a, V, e 8^a, II, e, da mesma lei. Estes dispositivos alteraram a forma pela qual se determinava a base de cálculo do imposto de renda.

Pelo novel diploma legal, as contribuições feitas à entidade de previdência privada domiciliada no País podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, e, por essa razão, o art. 33 da Lei n. 9.250/1995 prevê que, quando há o resgate destas contribuições, elas se sujeitam à incidência do imposto de renda.

Entretanto, antes da vigência da Lei n. 9.250/1995, com o esteio na Lei n. 7.713/1988, as contribuições destinadas ao custeio de plano de previdência privada eram consideradas para efeito de definição da base de cálculo do imposto de renda apurado no exercício de 1^a.01.1989 a 31.12.1995.

Dessa forma, caso fosse aplicado o comando do art. 33 àquelas contribuições recolhidas antes da edição da Lei n. 9.250/1995, haveria evidente **bis in idem**, uma vez que elas já sofreram a incidência do imposto de renda.

Reconhecendo esta situação, o Executivo editou a Medida Provisória n. 1.459/1996, que em seu artigo 8^a adotou este entendimento, **verbis**:

“Art. 8^a - Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o 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 1^a de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.”

Ressalte-se, que não há que se falar em isenção, uma vez que essas contribuições já foram tributadas. O recebimento do valor do referido benefício constitui apenas retorno do capital.

Aliás, esta egrégia Turma já teve oportunidade de apreciar matéria idêntica, consoante se vê do seguinte precedente, **litteris**:

“Tributário. Plano de previdência privada. Imposto de renda. Leis ns. 7.713/1988 e 9.250/1995. Isenção. Medida Provisória n. 1.459/1996. Precedentes.

1. O resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei n. 7.713/1988 anterior à Lei n. 9.250/1995 não constitui aquisição de ren-

da, já que não configura acréscimo patrimonial. Ditos valores recolhidos a título de contribuição para entidade de previdência privada, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários, que já havia sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí por que, a incidência de nova tributação por ocasião do resgate, configuraria bitributação.

2. A Lei n. 9.250/1995 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda, “os valores cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”, nos moldes do art. 7º, da Medida Provisória n. 1.559-22.

3. Não incide o imposto de renda sobre o resgate das contribuições recolhidas pelo contribuinte para planos de previdência privada quando o valor corresponde aos períodos anteriores à vigência do art. 33, da Lei n. 9.250/1995, o qual não pode ter aplicação retroativa.

4. O sistema adotado pelo art. 33, em combinação com o art. 4º, inc. V, e 8º, inc. II, e, da Lei n. 9.250/1995, deve ser preservado, por permitir o ordenamento jurídico tributário, além de constituir incentivo à previdência privada.

5. Os dispositivos supra-indicados, por admitirem a dedutibilidade para o efeito ou apuração do cálculo do imposto de renda, das contribuições pagas pelos contribuintes a entidades de previdência privada, legitimam a exigência do mesmo contribuinte sujeitar-se ao mencionado tributo, na fonte e na declaração, quando receber os benefícios ou por ocasião dos resgates das operações efetuadas.

6. As regras acima, porém, só se aplicam aos recolhimentos e recebimentos operados após a vigência da referida lei.

7. Os recebimentos de benefícios e resgates decorrentes de recolhimentos feitos antes da Lei n. 9.250/1995, conforme exposto, não estão sujeitos ao imposto de renda, mesmo que a operação ocorra após a vigência da lei.

8. Precedentes desta Corte Superior.

9. Recurso especial não provido.” (REsp n. 412.945/SC; DJ de 29.04.2002; Rel. Min. José Delgado)

É legal a incidência do imposto a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto de renda sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

Sobre o assunto, confira-se, ainda, o REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, assim ementado, **verbis**:

“Tributário. Fundo de previdência privada. Extinção. Rateio do patrimônio. Imposto de renda. Isenção. Exceção. Contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 9.250/1995.

1. O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência.

2. Recurso parcialmente provido”.

Quanto à análise do recurso com fulcro na alínea **c**, do art. 105, III, da CF, resta prejudicada, uma vez que não houve a demonstração analítica do dissídio, nos moldes do disposto no art. 255 do RISTJ e 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego seguimento ao presente agravo, com fulcro no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil.” (Fls. 185/188)

Destarte, não tendo os agravantes, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 125.968 — PR (1997/0022485-6)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Companhia Energética de São Paulo — CESP

Advogados: Carlos Eduardo Cury e outros

Agravados: Maurilio Favoreto e outros

Advogados: Pedro Elias Arcênio e outros

EMENTA

Administrativo. Agravo regimental. Recurso especial. Desapropriação. Terrenos reservados. Margem de rio. Indenização. Súmula n. 479/STF. Inaplicabilidade. Violação a preceitos constitucionais. Análise. Impossibilidade.

I - Esta Corte tem pacificado o entendimento segundo o qual os terrenos reservados, ou seja, aqueles constantes das faixas ribeirinhas dos rios, são indenizáveis, não se aplicando a Súmula n. 479 do Pretório excelso.

II - É vedado a esta Corte analisar suposta violação a dispositivos constitucionais, mesmo que para fins de questionamento.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Companhia Energética de São Paulo — CESP contra decisão que proferi, dando provimento ao recurso especial em epígrafe, uma vez que os terrenos reservados que margeiam os rios são indenizáveis, não se aplicando a Súmula n. 479 do STF.

Sustenta a agravante, em termos sucintos, que, com o intuito de prequestionamento do art. 20, III, da CF e da Súmula n. 479 do STF, as áreas reservadas são de domínio público, não sendo, portanto, passíveis de indenização.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese aos esforços da agravante, tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão agravada, **verbis**:

“Discute-se, em recurso especial, interposto com base na alínea **c** do permissivo constitucional, sobre a possibilidade de indenização, em desapropriação, dos chamados terrenos reservados, hipótese não admitida pelo tribunal estadual.

A questão já se encontra pacificada na Corte, conforme se pode observar das seguintes ementas:

“Desapropriação — Indenização — **Area non aedificandi** — Faixa de 15 metros.

É indenizável a faixa reservada de 15 metros, às margens dos rios. Entendimento pacífico no STJ.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 89.304/SP, DJ de 16.02.1998, p. 29, Min. Garcia Vieira)

“Administrativo — Desapropriação — Terrenos reservados: Indenização — Juros compensatórios: Forma de cálculo.

1. Pacificou-se a jurisprudência da Corte, confirmada em inúmeros precedentes, no sentido da incidência de indenização nos terrenos reservados dos rios que não se inscreveu dentre o patrimônio da União (art. 20, III da CF). Inaplicabilidade da Súmula n. 479 do STF

2. Juros compensatórios contados a partir da data da imissão da posse sobre o valor da indenização, afastando-se a incidência da Súmula n. 74 do extinto TFR.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 35.509/SP, DJ 20.03.2000, p. 60, Min. Eliana Calmon)

Nesse mesmo sentido, cito os AgRg no Ag n. 121.486/SP, DJ 1º.03.1999, p. 285, REsp n. 59.883/SP, DJ de 21.08.1997, p. 46.397, ambos do Ministro Adhemar Maciel, REsp n. 64.065/DF, DJ de 18.09.1995, p. 29.947, Ministro Humberto Gomes de Barros, REsp n. 60.137/SP, DJ de 29.05.1995, p. 15.482, Ministro César Rocha, entre outros.

Pelo exposto e com base nos artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do especial, vez que configurado o dissídio, e dou-lhe provimento para restaurar a sentença de primeiro grau, no tocante à inclusão na indenização da verba relativa à área tida como reservada.”

Insubsistentes os argumentos da agravante, porquanto esta Corte tem pacificado o entendimento, segundo o qual os terrenos reservados, ou seja, aqueles constantes das faixas ribeirinhas dos rios, são indenizáveis.

Nesse sentido, confira-se, ainda, além dos precedentes juntados na decisão agravada: REsp n. 151.412/PR, de minha relatoria, DJ de 08.08.2002 e REsp n. 126.564/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 16.03.2001.

Ademais, quanto à verificação da existência de suposta violação a preceitos constitucionais, observa-se que essa análise cabe exclusivamente ao Pretório excelso, sendo vedado a esta Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

Nessa esteira, destaco o seguinte precedente, do qual fui Relator, **litteris**:

“Processual Civil e Tributário. Mercadoria importada. Barrilha. Transferência ficta. Armazéns gerais. Embargos de declaração. Contradição. Inexistência. Pquestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade da via eleita.

(...**omissis**...)

— A análise de suposta violação a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Pretório excelso, conforme prevê o art. 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo, pois, defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

(...**omissis**...)” (EDcl no REsp n. 237.866/SP, DJ de 18.02.2002, p. 243)

Destarte, não tendo a agravante, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 489.348 — PR (2002/0173162-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Andrea Schramm de Rocha Santana e outros

Agravado: Wagner Amaury Gau

Advogado: Ricardo Rogério Gau

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Ação civil coletiva. Execução de sentença. Honorários advocatícios. Lei n. 9.494/1997, art. 1^o-D. Inaplicabilidade.

1. A ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material.

2. A regra do art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de agravo regimental (fls. 44/53) interposto contra decisão (fls. 39/42) negando seguimento a recurso especial interposto em demanda visando ao arbitramento de honorários advocatícios em execução de sentença proferida em ação civil pública. Referida decisão considerou que o acórdão do Tribunal de origem encontra-se em harmonia com o entendimento dominante desta Corte no sentido de que “o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 não se aplica às execuções ajuizadas antes de sua vigência”.

Sustenta a agravante que a decisão viola o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, segundo o qual “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Nacional nas execuções não embargadas”. Colaciona jurisprudência desta Corte favorável à sua tese.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Consta na ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de origem que “é cabível a fixação de verba honorária em favor do exequente, em execução de sentença prolatada em ação civil pública, uma vez que, embora o provimento seja coletivo, a execução é individualizada, necessitando da apuração específica do **quantum debeatur**, tendo o exequente, para tanto, que constituir legalmente procurador para ingresso em juízo, o qual demanda despesas que deverão ser suportadas pela executada” (fl. 23v).

Tal entendimento não merece reparos. A despeito de ser conhecida como um processo executivo, a ação em que se busca a satisfação individual do direito declarado em sentença de ação civil coletiva não é propriamente uma ação de execução típica. As sentenças proferidas no âmbito das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, por força de expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 95), são condenatórias genéricas. Nelas não se especifica o valor da condenação nem a identidade dos titulares do direito subjetivo. A carga condenatória, por isso mesmo, é mais limitada do que a que decorre das demais sentenças condenatórias. Sobressai nelas a carga de declaração do dever de indenizar, transferindo-se para a ação de cumprimento a carga cognitiva relacionada com o direito individual de receber a indenização. Assim, a ação de cumprimento não se limita, como nas execuções comuns, à efetivação do pagamento. Nelas se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, se for o caso, o juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material, para somente então se passar aos atos propriamente executivos.

Ora, a regra do art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos. Trata-se do entendimento dominante nesta Corte (REsp n. 507.864/PR, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ de 09.06.2003; REsp n. 478.258, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 19.05.2003) conforme referido na decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 503.490 — RS (2003/0030830-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Carlos Antônio de Araújo e outros

Agravados: Karin Spier e outros

Advogado: Maurício Dal Agnol

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Honorários advocatícios. Art. 20, § 4^o, do CPC (redação da Lei n. 8.952/1994). Decisão pela corte especial do STJ. Art. 1^o-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4^o, da MP n. 2.180-35/2001). Inaplicabilidade. Precedentes.

1. O decisório impugnado entendeu ser cabível verba honorária em execução não embargada.

2. O art. 20, do CPC, não distingue se a sucumbência é apenas relativa à pretensão cognitiva ou se à do processo executivo fiscal por título judicial. Ambas as ações se desenvolvem e são julgadas separadamente e o objeto de uma não se confunde com o da outra. São autônomas. Os patronos das partes realizaram trabalho profissional e a eles não é dado o bel-prazer de laborarem de graça.

3. Devidamente esclarecido que a Corte Especial deste Tribunal, ao julgar o REsp n. 140.403/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999, decidiu que “a nova redação do art. 20, § 4^o, do

Código de Processo Civil deixa indubitoso o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial”. No mesmo sentido a decisão proferida pela Corte Especial nos EREsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.09.2002, nos quais se decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

4. O art. 1º-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4º, da MP n. 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP. Inúmeros precedentes.

5. Decisão guerreada tomada com base em forte jurisprudência corrente neste Tribunal, inclusive por intermédio de seu mais alto Colegiado, a Corte Especial, sendo irrelevante se a execução iniciou-se antes ou após a vigência da MP n. 2.180-35/2001.

6. Agravo regimental 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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo INSS contra decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pela parte agravada, para fins de condenar o agravante ao pagamento de honorários advocatícios em execução não embargada.

Alega-se, em síntese, que em que pese aos inúmeros precedentes citados pela decisão agravada, eles não se aplicam ao caso em apreço, uma vez que a execução de que tratam os autos iniciou-se após a vigência da MP n. 2.180-35/2001, sendo a mesma perfeitamente aplicável **in casu** e não contraria a jurisprudência pacificada por esta Corte.

Requer, por fim, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece reforma, pelo que a mantenho pelos seus próprios fundamentos. A tanto, mister se faz sua transcrição, **litteratim**:

“Vistos, etc.

Cuida-se de recurso especial interposto pela parte epigrafada (art. 105, III, **a** e **c**, da CF/1988) contra v. acórdão segundo o qual “em face do princípio da causalidade, que rege a contemplação da sucumbência, são cabem honorários advocatícios em execução de título judicial contra a Fazenda Pública”.

Aduz-se violação ao art. 20, § 4º, do CPC, além de divergência jurisprudencial, afirmando serem devidos os honorários advocatícios pleiteados, em face da redação da Lei n. 8.952/1994. Relatados, decido.

A matéria em apreço — condenação em honorários advocatícios em sede de execução fiscal por título judicial — encontra-se uniforme e pacífica nesta Corte de Justiça.

Entendimento contrário implicaria ofensa ao art. 20, da Lei Adjetiva Civil, porquanto nesta demanda executiva ter-se instalado o contraditório, desenvolvendo-se o processo, estabelecendo-se verdadeiro litígio e certo é, portanto, que se uma das partes resulta sucumbente, os ônus são devidos.

O art. 20, do CPC, não distingue se a sucumbência é apenas relativa à pretensão cognitiva ou se à do processo executório. Ambas as ações se desenvolvem e são julgadas separadamente e o objeto de uma não se confunde com o da outra. São autônomas. Os patronos das partes realizaram trabalho profissional e a eles não é dado o bel-prazer de laborarem de graça. Confira-se a reiterada jurisprudência a respeito:

“Execução. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei n. 8.952/1994.

1. A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 140.403/RS, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999)

“Processo Civil — Recurso especial — Desapropriação indireta — Execução — Título judicial — Honorários — Cabimento — Artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil — Aplicação — Precedentes.

— A execução, seja ela de título judicial ou extrajudicial, é um processo autônomo, a exigir atividade profissional específica, que deve ser remunerada, tal como ocorre no processo de conhecimento.

— Ademais, o artigo 20, § 4º, do CPC é expresso ao afirmar que “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b**, e **c**, do parágrafo anterior”.

— No julgamento do EREsp 158.884/RS, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça realizou ampla discussão acerca da matéria e firmou entendimento no sentido de que são cabíveis os honorários sucumbenciais na execução, mesmo que não embargada.

— Recurso especial provido.” (REsp n. 168.297/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.2001)

“Processual Civil — Execução não embargada — Honorários advocatícios — Cabimento.

— Os honorários de advogado são devidos na execução fundada em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não.

— Recurso improvido.” (REsp n. 211.658/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 06.09.1999)

“Processual Civil. Execução por título judicial. Honorários advocatícios. Cabimento.

1. É cabível a condenação em honorários advocatícios na execução por título judicial, ainda que não tenham sido opostos embargos. Precedente da Corte Especial.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 161.478/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 28.06.1999)

“Honorários de advogado. Execução por título judicial. Precedente da Corte.

1. Como assentou a Corte Especial, a “nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial”.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 177.759/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 24.05.1999)

“Processual Civil. Execução. Honorários advocatícios. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC.

1. Na execução fundada em título judicial são devidos os honorários advocatícios, ainda que não sejam opostos embargos do devedor. Precedente: REsp n. 140.403/RS, Corte Especial.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 190.211/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17.05.1999)

“Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução judicial.

— São devidos honorários advocatícios na execução por título judicial, mesmo que não tenham sido opostos embargos. Art. 20, § 4º, do CPC.

— Precedentes.

— Embargos acolhidos.” (REsp n. 144.719/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 19.04.1999)

“Execução por título judicial. Honorários de advogado. Cabimento.

— Na execução por título judicial, é cabível a fixação de honorários advocatícios, ainda que não embargada. Precedentes da Quarta Turma.

— Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 193.764/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 05.04.1999)

“Execução. Título judicial. Honorários.

— A execução de título judicial constitui processo autônomo, sendo devidos honorários advocatícios, ainda que não tenham sido opostos embargos. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 159.845/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 08.02.1999)

No mesmo sentido, as recentes seguintes decisões monocráticas: REsp ns. 413.797/RS e 409.234/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 07.06.2002; REsp n. 420.731/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 24.05.2002; REsp n. 409.139/RS, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 02.05.2002; REsp n. 273.331/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 08.11.2000.

A nova redação do art. 20, § 4º, do CPC, dada pela Lei n. 8.952/1994, não deixa dúvida acerca do cabimento de honorários de advogado em execução, seja ela embargada ou não, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.

Ademais, em recente decisão (REsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.09.2002), a egrégia Corte Especial deste Sodalício decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

O art. 1º-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4º, da MP n. 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução fiscal. Fazenda pública. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Impossibilidade de se suscitar em sede extraordinária. Ausência de prequestionamento. Inaplicabilidade do art. 462, do CPC.

1. A fixação dos honorários na execução, ainda que não embargada, decorre da propositura do processo satisfativo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por isso, a Medida Provisória n. 2.180/2001 só pode ser aplicável às execuções iniciadas após a sua vigência.

2. Diverso seria o tratamento se a lei surgisse antes da imputação da sucumbência, hipótese em que se aplicaria literalmente o art. 1.211, do CPC.

3. Destarte, em sede de recurso especial, as questões conhecidas de ofício, não podem ser suscitadas pela vez primeira em razão do requisito constitucional do prequestionamento. **A fortiori**, o direito novo não pode ser invocado na instância especial.

4. O direito superveniente a que se refere o art. 462, do CPC, é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece o cânone da irretroatividade. O direito subjetivo adquirido à percepção da verba de sucumbência é inatingível pela lei nova.

5. O direito novo não pode retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba da sucumbencial, de acordo com a lei vigente à data da concessão dos honorários.

6. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 432.741/RS, Primeira Turma, DJ de 28.10.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Processual Civil. Recurso especial. Honorários advocatícios. Fazenda pública. Execução fiscal. Ausência de embargos. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Impossibilidade de se suscitar em sede extraordinária. Ausência de prequestionamento. Inaplicabilidade do art. 462 do CPC.

1. “A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial” (REsp n. 140.403/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ de 05.04.1999).

2. Entendimento pacificado nesta Corte Superior de que não se impõe, para fixação de honorários na ação executiva, que sejam opostos embargos, consoante interpretação do art. 20, § 4º, da Lei Adjetiva Civil.

3. A fixação dos honorários na execução, ainda que não embargada, decorre da propositura do processo satisfativo. Em consequência, rege essa sucumbência a lei vigente à data da instauração da execução. Por isso, a Medida Provisória n. 2.180/2001 só pode ser aplicável às execuções iniciadas após a sua vigência.

4. Diverso seria o tratamento se a lei surgisse antes da imputação da sucumbência, hipótese em que se aplicaria literalmente o art. 1.211 do CPC.

5. Destarte, em sede de recurso especial, as questões conhecidas de ofício, não podem ser suscitadas pela vez primeira em razão do requisito constitucional do prequestionamento. **A fortiori**, o direito novo não pode ser invocado na instância especial.

6. O direito superveniente a que se refere o art. 462 do CPC, é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece o cânone da irretroatividade. O direito subjetivo adquirido à percepção da verba de sucumbência é inatingível pela lei nova.

7. O direito novo não pode retroagir para atingir o direito adquirido à percepção da verba da sucumbencial, de acordo com a lei vigente à data da concessão dos honorários.

8. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 434.480/RS, Primeira Turma, DJ de 28.10.2002, Rel. Min. Luiz Fux)

“Processual Civil. Recurso especial. Honorários. Execução não embargada. Lei superveniente. MP n. 2.180-35/2001. Aplicação apenas a partir de sua vigência.

1. Tratando-se de norma especial que cria exceção à regra geral e que possui claros efeitos de direito substantivo, na medida em que suprime o crédito de honorários na hipótese que prevê, não prevalece a tese de que se aplica aos casos pendentes de julgamento, mas àqueles que se instalarem na sua vigência.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 433.299/RS, Sexta Turma, DJ de 21.10.2002, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

“Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Honorários advocatícios em execução não embargada. Fazenda pública. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Não-incidência.

— Embora, em regra, atribua-se às normas de direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material não incidem nos processos já iniciados, em respeito ao ideal de segurança jurídica.

— A Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, que veda a cobrança de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública em sede de execução não pode ser aplicada aos processos já em andamento, descabida a teoria do fato superveniente.

— Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 439.548/RS, Sexta Turma, DJ de 14.10.2002, Rel. Min. Vicente Leal)

“Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução judicial. Cabimento. MP n. 2.180-35/2001. Não-incidência aos processos em curso.

I - São devidos honorários advocatícios na execução por título judicial movida contra a Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido opostos embargos. Art. 20, § 4º, do CPC. Precedentes da Corte Especial.

II - Ademais, a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-D ao texto da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso (REsp n. 441.003/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 09.09.2002)

III - Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 440.731/RS, Quinta Turma, DJ de 14.10.2002, Rel. Min. Félix Fischer)

“Agravo regimental — Processual Civil — MP n. 2.180-35/2001 — inaplicabilidade.

1. A lei processual tem aplicação imediata, preservando-se os atos já praticados no processo. Inaplicabilidade da MP n. 2.180-35/2001.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EDcl no REsp n. 414.118/RS, Segunda Turma, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Eliana Calmon)

“Processual Civil. Embargos de declaração. Efeito infringente. Impossibilidade. Requisitos ausentes. Honorários advocatícios em execução. Fazenda pública. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Fato superveniente. Não-incidência.

— Segundo a moldura do cânon inscrito no art. 535, do CPC, os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual destinado a expungir do julgamento obscuridade ou contradições, ou ainda para suprir omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, podendo a eles ser conferido efeito infringente ou modificativo, desde que para suprir os citados defeitos, não podendo ser utilizado para debater matéria nova, não debatida no apelo nobre, tampouco nas instâncias ordinárias.

— Embora, em regra, atribua-se às normas de direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material não incidem nos processos já iniciados, em respeito ao ideal de segurança jurídica.

— A Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, que veda a cobrança de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública em sede de execução não pode ser aplicada aos processos já em andamento, descabida a teoria do fato superveniente.

— Embargos rejeitados.” (EDcl no REsp n. 400.373/RS, Sexta Turma, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Vicente Leal)

Assim, pacificado o assunto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não havendo mais dissídio a respeito, cabe-se prover o especial.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, arbitro-os no percentual mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor executado, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC.

Posto isto, dou provimento ao recurso (art. 557, § 1º, do CPC).”

Com relação à irresignação da parte agravante, não vislumbro qualquer novidade, em seu agravo, modificadora dos fundamentos supra-referenciados. As assertivas desenvolvidas no decisório ora impugnado, ao meu ver, continuam fortes a esbarrar a pretensão da parte agravante.

Restou devidamente esclarecido que a Corte Especial deste Tribunal, ao julgar o REsp n. 140.403/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999, decidiu que “a nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial”. Ademais, em recente decisão (EREsp n. 217.883/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.09.2002), a egrégia Corte Especial deste Sodalício decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

Consignou-se, ainda, que o art. 1º-D, da Lei n. 9.494/1997 (redação do art. 4º, da MP n. 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP.

A decisão guerreada foi tomada com base em forte jurisprudência corrente neste Tribunal, inclusive por intermédio de seu mais alto Colegiado, a Corte Especial, sendo irrelevante se a execução iniciou-se antes ou após a vigência da MP n. 2.180-35/2001.

Assim, até que haja um novo pronunciamento em definitivo do colegiado máximo deste Sodalício a respeito do tema, guardo coerência com a posição pacificada.

Diante de tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 509.016 — RS (2003/0019649-4)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas

Advogados: Rycharde Farah e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Claudia Luiza Leonardi Fattah e outros

EMENTA

Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. Mandado de segurança. Exclusão da lide. Associados. Ausência de prova pré-constituída. Súmula n. 07/STJ. Artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, alterado pela Lei n. 9.711/1998. Cessão de mão-de-obra. Retenção de 11% sobre notas fiscais e faturas. Legalidade.

I - A questão relativa à exclusão da lide de alguns dos associados da impetrante cinge-se à ausência de prova pré-constituída da ameaça de lesão, fator inviabilizador do mandado de segurança, ficando, assim, prejudicada a análise da pretensão, a teor da Súmula n. 07 desta Corte.

II - A Lei n. 9.711/1998, que alterou o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

III - A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

IV - Precedentes desta Corte que possibilitam a solução da demanda via decisão monocrática, com esteio no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil.

V - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provi-

mento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 20.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto por ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial, sob o fundamento de que a Lei n. 9.711/1998, que alterou o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, configurando apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária.

Naquela oportunidade, também entendi que a questão relativa à exclusão da lide de alguns dos associados da impetrante, cinge-se à ausência de prova pré-constituída da ameaça de lesão, fator inviabilizador do mandado de segurança, ficando, assim, prejudicada a análise da pretensão, a teor da Súmula n. 07 desta Corte.

Sustenta a agravante que, ao excluir da lide alguns dos associados da impetrante, o acórdão recorrido inviabilizou o ajuizamento de mandado de segurança preventivo e que essa questão não demanda o reexame de provas, mas apenas a comprovação da situação jurídica em que se enquadram os associados. Alega que as alterações impostas pela Lei n. 9.711/1998 equiparam indevidamente os conceitos civis referentes à “empreitada de mão-de-obra” e à “cessão de mão-de-obra” e que a legislação guerreada elege pessoa estranha, não vinculada ao fato gerador da exação, como responsável tributário ao recolhimento de uma exação devida por outro contribuinte. Pugna, portanto, pela reforma do **decisum**.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, é do seguinte teor o **decisum** vergastado, **verbis**:

“Vistos, etc.

Cuida-se de recurso especial interposto por ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas, com fulcro no artigo 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“ACEOP — Associação Catarinense dos Empreiteiros de Obras Públicas. Legitimidade. Tributário. Retenção de 11%. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991. Constitucionalidade.

1. Inexigibilidade de autorização expressa dos substituídos nos casos de mandado de segurança coletivo, consoante jurisprudência do STJ. 2. Não há inconstitucionalidade no art. 31 da Lei n. 8.212, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998, dispondo que o tomador de serviços deve reter 11% sobre o valor das notas fiscais ou faturas das empresas cedentes de mão-de-obra, pois o art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a responsabilidade de terceiros pelo recolhimento de contribuições previdenciárias. 3. A definição das empresas sujeitas à retenção encontra-se no art. 31 da Lei n. 8.212, qual seja, empresas cedentes de mão-de-obra, sendo irrelevante a natureza e a forma de contratação dos serviços (empreitada de mão-de-obra, empreitada de obra, etc.), bastando que haja a colocação de segurados que realizem serviços contínuos à disposição do contratante. 4. Segundo o art. 1.237, do Código Civil, no contrato de empreitada está sempre implícito o fornecimento de mão-de-obra pelo empreiteiro” (fl. 265).

Opostos embargos de declaração, foram estes parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento (fls. 283/286).

Alega a recorrente violação aos artigos 535, do CPC, 1º, da Lei n. 1.533/1951, 109, 110 e 128, do CTN e 11 da LC n. 95/1998, aduzindo que: o Tribunal **a quo** não analisou as matérias articuladas nos embargos de declaração; ao excluir da lide alguns dos associados da impetrante, a decisão recorrida inviabilizou o ajuizamento de mandado de segurança preventivo; as alterações impostas pela Lei n. 9.711/1998, equiparam indevidamente os conceitos civis referentes à “empreitada de mão-de-obra” e à “cessão de mão-de-obra”; a

legislação guerreada eleger pessoa estranha, não vinculada ao fato gerador da exação, como responsável tributário ao recolhimento de uma exação devida por outro contribuinte.

Relatados, decido.

Verifico que a pretensão da recorrente não merece guarida.

(...)

Quanto à exclusão da lide de alguns dos associados da impetrante, verifico que a questão cinge-se à ausência de prova pré-constituída da ameaça de lesão, fator inviabilizador do mandado de segurança. Observo que a natureza excepcional do mandado de segurança exige a prova exclusivamente documental, sendo imprescindível a comprovação de plano e de forma incontroversa, dos fatos alegados na inicial. Desse modo, se terá a prova pré-constituída.

Sobre a necessidade da prova pré-constituída de todas as circunstâncias fáticas relevantes do processo, cito os seguintes julgados: REsp n. 241.674/SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 02.05.2000, p. 115; ROMS n. 10.352/RJ, minha relatoria, DJ de 21.02.2000, p. 90; REsp n. 171.067/PE, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1^a.03.1999, p. 235; REsp n. 115.320/DF, Rel. Min. Helio Mosimann, DJ de 22.09.1997, p. 46.405 e REsp n. 93.849/RN, DJ de 05.05.1997, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, p. 17.023, entre outros.

O v. acórdão recorrido noticia que:

“O Juízo **a quo** excluiu da lide alguns substituídos, por ilegitimidade da autoridade coatora, porquanto seus domicílios não são abrangidos pela área de atribuição das autoridades impetradas.

O impetrante apela, alegando que as empresas excluídas prestam serviços em Santa Catarina, muitas delas através de filiais, sofrendo, portanto, a conseqüência dos atos apontados como ilegais das autoridades apresentadas como coadoras. No entanto, não foi providenciada a juntada aos autos de documentos comprobatórios, restando ausente prova pré-constituída das alegações da impetrante, o que é indispensável em sede de mandado de segurança.

Conforme pacificado na jurisprudência, é incabível a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada” (fl. 261).

Nesse sentido, verifico que o v. acórdão hostilizado baseou-se na ausência de prova pré-constituída das alegações da impetrante, ficando, assim, prejudicada a análise da pretensão, a teor da Súmula n. 07 desta Corte.

Com relação ao mérito, também não merece prosperar o presente recurso. A Lei n. 9.711/1998, que alterou o artigo 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

Sobre o assunto, destaco os seguintes julgados, **verbis**:

“Agravo regimental. Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 11 da Lei n. 8.212/1991. Retenção de 11% sobre faturamento. Empresa prestadora de serviço.

1. A Lei n. 9.711/1998, que alterou o art. 31, da Lei n. 8.212/1991 não instituiu nova contribuição, apenas atribuiu ao sujeito passivo da relação jurídica tributária (o contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra), a responsabilidade pelo recolhimento de parte da exação.

2. Precedentes da Primeira Seção.

3. Agravo regimental provido” (AgRg no REsp n. 433.799/SP Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 05.05.2003).

“Previdenciário — Contribuição — Empresas prestadoras de serviço — Lei n. 9.711/1998.

1. Nova redação do art. 31 da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.711/1998, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

2. A alteração foi apenas da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, tendo como contribuinte de direito a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

3. A nova sistemática impôs ao contribuinte de fato a responsabilidade pela retenção de parte da contribuição, para futura compensação, quando do cálculo do devido.

4. Sistemática que se harmoniza com o disposto no art. 128 do CTN.

5. Recurso especial provido” (REsp n. 433.814/SP Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 19.12.2002).

“Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Retenção de 11% sobre faturas. Art. 31, da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação.

1. A Lei n. 9.711, de 20.11.1999, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Recurso não provido” (REsp n. 410.355/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 13.05.2002).

Tais as razões expendidas, com esteio no artigo 557, **caput**, do Código de Processo Civil, c.c. o artigo 34, XVIII, do RISTJ e o artigo 38 da Lei n. 8.038/1990, nego seguimento ao recurso especial”.

O posicionamento plasmado na decisão agravada encontra respaldo em diversos julgados desta Corte Superior, alguns dos quais colaciono a seguir, **litteris**:

“Previdenciário — Contribuição — Empresas prestadoras de serviço — Lei n. 9.711/1998.

1. Nova redação do art. 31 da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.711/1998, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

2. A alteração foi apenas da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, tendo como contribuinte de direito a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

3. A nova sistemática impôs ao contribuinte de fato a responsabilidade pela retenção de parte da contribuição, para futura compensação, quando do cálculo do devido.

4. Sistemática que se harmoniza com o disposto no art. 128 do CTN.

5. Recurso especial improvido” (REsp n. 437.359/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 16.09.2002).

“Processual Civil. Agravo regimental. Matéria de cunho constitucional examinada no tribunal **a quo**. Impossibilidade de apreciação do apelo excepcional.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial intentado pela parte agravante.

2. Acórdão **a quo** segundo o qual é constitucional a sistemática de recolhimento instituída pelo art. 31, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

3. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada, via recurso especial, basiliou-se, também, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional.

4. No caso, o acórdão recorrido discutiu, como ponto de apoio à sua convicção, a aplicabilidade dos arts. 154, I, e 195, I, **a**, da Carta Magna de 1988, considerando constitucional a sistemática de recolhimento instituída pelo art. 31, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.711/1998. A matéria cogitada como vilipendiada é de cunho predominante e meramente constitucional, competindo, apenas, ao augusto STF o seu exame.

5. Pronunciamento recente da Primeira Turma desta Corte Superior sobre a matéria de fundo (REsps ns. 415.716/MG e 410.355/MG), tendo entendido o Colegiado que a Lei n. 9.711, de 20.11.1999, que alterou o art. 31, da Lei

n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, sendo devida, portanto, a retenção do percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

6. *Agravo regimental não provido*” (AgRg no REsp n. 412.300/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.06.2002).

Este é o posicionamento reiterado no âmbito deste Colendo Tribunal Superior, sendo, pois, perfeitamente possível a aplicação do art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, para se resolver a demanda via decisão monocrática.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 15.124 — SC (2002/0087050-6)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Relator p/ o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente: Delta Distribuidora de Petróleo Ltda

Advogado: Marco Antônio Póvoa Sposito

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Loreno Weissheimer e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Indicação errônea da autoridade coatora. Extinção do feito.

1. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

2. Precedentes desta Corte e do colendo STF no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o Juiz, agindo de ofício, venha a substituí-la por outra, alterando, assim, os sujeitos que compõem a relação processual.

3. Verificando-se a ilegitimidade passiva **ad causam** da autoridade apontada como coatora, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

4. Recurso a que se nega provimento, para confirmar a extinção do processo.

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, renovando-se o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Humberto Gomes de Barros, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro José Delgado os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 10 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator p/ o acórdão

Publica no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Delta Distribuidora de Combustíveis Ltda impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, sob o argumento de que a autoridade apontada como coatora estaria dificultando sua atividade empresarial ao determinar a apreensão de caminhões de sua propriedade, bem como a inclusão da impetrante no regime especial de recolhimento do ICMS, sujeitando-a ao mesmo por ocasião da saída da mercadoria — combustível — de seu estabelecimento.

Distribuído o **mandamus**, o Relator Desembargador Wilson Augusto do Nascimento deferiu a liminar requerida, determinando que a autoridade coatora se abstivesse de praticar ato de apreensão de mercadorias ou caminhão da impetrante, bem como de exigir o pagamento antecipado do ICMS, até pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Notificada a autoridade apontada como coatora para prestar as informações, esclareceu as razões do ato impugnado e requereu a denegação da ordem (fls. 264/288).

Prestadas as informações, o Relator extinguiu o mandado de segurança, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, ante a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora (fls. 851/852).

A impetrante interpôs agravo regimental ao qual foi negado provimento, consoante ementa, **in verbis**:

“Agravo regimental. Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Ilegitimidade passiva **ad causam** do Secretário de Estado da Fazenda. Ato praticado pelo gerente de substituição tributária.

Tendo sido o ato apontado como coator expedido pelo Sr. Gerente de Substituição Tributária, é indubitável a ilegitimidade do Excelentíssimo Secretário de Estado da Fazenda, para ocupar o pólo passivo do presente *writ*, uma vez que não se vislumbra a sua participação no ato reputado lesivo, sob pena de indevida modificação de competência para conhecer originariamente do **mandamus**” (fl. 908).

Irresignada a recorrente interpõe o presente recurso ordinário, com fulcro no artigo 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, pugnando pela reforma do v. acórdão hostilizado.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a autoridade impetrada, ao prestar suas informações, refutou o mérito da impetração, encampando o ato da autoridade de inferior hierarquia, razão pela qual entende superada a questão da ilegitimidade para responder os termos do presente **mandamus**.

Em resposta ao recurso, o Estado de Santa Catarina aduz que: a) Restou demonstrado dos autos, de forma incontroversa, que o ato inquinado como ilegal, qual seja, o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 5 de outubro de 2000, foi efetivamente praticado pelo Gerente de Substituição Tributária e não pela autoridade impetrada; b) a substituição da autoridade apontada como coatora importaria em modificar a competência e prejuízo para a defesa, uma vez que a autoridade que não praticou o ato, embora tenha feito a sua defesa genérica, não tinha como defendê-lo.

O recurso foi admitido na origem (fl. 965).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 970/972, opina pelo desprovimento do recurso ordinário, sob o fundamento de que a autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução, sendo certo que, **in casu**, o **mandamus** deveria ter sido dirigido contra o Gerente de Substituição Tributária e não contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

Processual Civil. Mandado de segurança. Indicação errônea do impetrado. Ilegitimidade passiva **ad causam**. Deficiência sanável. Princípios da efetividade e economia processual.

1. A essência constitucional do mandado de segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o *writ* cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. “Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.” REsp n. 34.317/PR.

3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade **ad causam** passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.

5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, **a priori**, aparência de propositura correta.

6. Teoria da encampação. A autoridade que encampa e sustenta as razões do ato impugnado, sana todo e qualquer vício de sua suposta ilegitimidade. Precedentes do STJ.

7. Recurso ordinário provido.

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Conheço do presente recurso, posto que satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

Examinando o acórdão recorrido, verifica-se que o *writ* que deu ensejo ao presente recurso ordinário tinha por escopo atacar ato do Gerente de Substituição Tributária do Estado de Santa Catarina, consistente na expedição do Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 5 de outubro de 2000. Todavia, o **mandamus** foi impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

In casu, a despeito de o Secretário de Estado da Fazenda de Santa Catarina ter prestado as informações pertinentes, o Tribunal **a quo** extinguiu o processo sem julgamento do mérito, sob o fundamento de ilegitimidade passiva **ad causam** da autoridade coatora, ante a sua errônea indicação.

Sob esse ângulo, imperioso consignar que se admite ao Juiz determinar a emenda à inicial, aproveitando o ato processual válido, bem como empreender pequenas correções de ofício, na hipótese de equívoco na denominação da autoridade coatora, como v.g.: quando apontado como coator um diretor ao invés do superintendente.

Destarte, *em se tratando de uma ação civil de rito sumário especial, conforme conceitua Hely Lopes Meireles, deve ser considerada a categoria e relevância processual do mandado de segurança, a fim de permitir ao Juiz a citada correção, a uma: porque a ação mandamental é instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não subsumindo-se, por isso, a lei infraconstitucional; a duas: porque a estrutura dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, ante a sua complexidade, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora; a três: em atenção aos princípios da efetividade e economia processual, que devem sempre nortear a atividade jurisdicional.*

Sobre o tema, elucidativo texto de **Antônio César Bochenek**, in “Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois”, São Paulo:RT, 2002. pp. 71/73:

Vislumbra-se, que em se tratando de legitimidade das partes e, por conseguinte, de condição da ação e logo matéria de ordem pública, melhor entendimento é que o juiz tenha a possibilidade da correção de ofício da indicação errônea, sobretudo para evitar que o autor tenha de entrar novamente com o instituto constitucional simplesmente para corrigir algo que, desde o início, já poderia ter sido corrigido.

(...)

Quanto à natureza do mandado de segurança, algumas linhas já foram

esboçadas, resumindo-se, apenas, a questão de ser ação com rito especial e de natureza cível-constitucional. Logo, ressalta-se a importância da celeridade do mandado de segurança, que, não sendo apreciado com a devida rapidez, tendo prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus** e **habeas data**, conforme estabelece a lei, perde sua função no ordenamento jurídico, ou seja, isso demonstra que o autor que litiga de boa-fé, ao se utilizar do mandado de segurança, tem em mente a prestação jurisdicional sem demora, evidentemente dentro dos casos em que a lei permite que seja cabível tal instituto, visto que, na maioria das vezes, aqueles que se utilizam do mandado de segurança o fazem porque estão na iminência de serem lesados ou já o foram.(...)”

*Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como das garantias individuais perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. Aliás, em recente julgado frisamos a distinção entre autoridade coatora e **legitimatío passiva ad causam**, para afirmar que, somente esta última é enfocada ao ângulo das condições da ação.*

Assim, não configurado erro grosseiro na indicação, é lícito ao Juiz correções de ofício, a fim de que o mandado de segurança — enérgico instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais — cumpra efetivamente seu desígnio.

In casu, o ato imputado como lesivo foi praticado pelo Gerente de Substituição Tributária, que expediu o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 05 de outubro de 2000. Todavia, o **mandamus** foi impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, que respondeu ao **mandamus**, encampando, assim, o ato impugnado.

Nesse particular, o egrégio STJ tem prestigiado a denominada Teoria da Encampação, consoante julgados recentes, **in verbis**:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Autoridade impetrada. Indicação de legitimação do inferior hierárquico. Ataque ao ato. Legitimidade passiva **ad causam**. Precedentes. Impossibilidade da **reformatio in pejus**.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão segundo o qual, “estando o ato coator corretamente apontado e surgindo dúvida quanto à sua autoria que só foi esclarecida com as informações, não é o caso de extinção do processo, mas de correção do pólo passivo”.

2. *Pacificou-se de forma contundente nesta Corte Superior o entendimento de que se a autoridade, indicada como coatora, em suas informações, encampa o ato atacado na impetração, praticado por autoridade de hierarquia inferior, a ela subordinado, e contesta o mérito da impetração, embora não o tenha praticado, passa a ter legitimidade para a causa, com o conseqüente deslocamento da competência. Inaplicabilidade do art. 267, VI do Código de Processo Civil. (Grifo nosso)*

3. Precedentes das egrégias Primeira e Terceira Seções, e Primeira, Segunda, Quinta e Sexta Turmas desta Corte Superior.

4. É o caso dos autos. No entanto, evitando-se a **reformatio in pejus**, visto que o recorrente deveria assumir o pólo passivo da ação, deve ser cumprido o acórdão recorrido, a fim de que os autos retornem ao Juízo de Primeiro Grau e se efetive a substituição da autoridade coatora, como determinado na decisão recorrida.

5. Recurso especial não provido.” (REsp n. 457.674 / MT Relator Ministro José Delgado, DJ de 09.12.2002

“Processo Civil e Administrativo — Mandado de segurança — Autoridade coatora.

1. É competente para responder pelo ato impugnado o agente que pratica o ato.

2. *O STJ aceita a teoria da encampação, entendendo que se torna parte legítima aquele que, sem estar legitimado, em princípio, acaba por encampar o ato da autoridade que lhe é subordinada. (Grifo nosso)*

3. Hipótese fática que coloca o prefeito municipal inteiramente fora da cadeia competencial para agir, havendo ainda autoridade recursal não acionada.

4. Ilegitimidade passiva que leva à mudança do foro.

5. Recurso ordinário improvido, ficando cassada a tutela acautelatória.” (ROMS n. 15.040/SP, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ de 02.12.2002)

Ademais, considerando o novel entendimento doutrinário e jurisprudencial, ainda que se tratasse de autoridade ilegítima, o juiz poderia mandar notificar a autoridade legitimada para integrar a lide. Nesse sentido a lição do jurista **Hely Lopes Meirelles**.

“Muito se tem discutido — e os tribunais ainda hesitam — se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sus-

tentamos que o juiz pode — e deve — determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2^o). Isso porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.”

Com efeito, assim também preconizam alguns julgados do STJ:

“Mandado de segurança. Processual Civil. Tributário. Álcool etílico hidratado combustível. Subsídio. Repasse aos Estados-Membros e Distrito Federal. CF, art. 105, II, **b**. Portaria n. 246/1997. Ministério de Minas e Energia. Convênio ICMS n. 34/1997.

1. Excluído da relação processual o Ministro de Minas e Energia, incompetente o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, **b**, CF), imana forte a competência do Juízo Federal para apreciar e julgar o **mandamus** contra ato do Diretor do DNC.

2. Declinação de competência para o Juízo Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal.” (MS n. 5.739/DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 05.06.2000)

“Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Lei n. 9.783/1999. Servidora pública inativa. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado. Não-comprovação de ato concreto para qualificá-lo como autoridade coatora. Processo julgado extinto sem exame do mérito, em relação ao Ministro de Estado. Declinação da competência. Remessa à justiça federal de 1^a instância, por remanescente outra autoridade federal qualificada como coatora. Liminar mantida.

1. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado, porquanto não comprovado ato concreto por ele praticado, para qualificá-lo como autoridade coatora.

2. Julgado extinto o *writ*, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao Ministro de Estado, em face à sua ilegitimidade passiva.

3. Excluído o Ministro de Estado da Defesa da relação processual, e remanescendo autoridade federal jurisdicionada ao juízo de primeiro grau, a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância é de rigor.

4. Liminar mantida. Decisão unânime.” (MS n. 6.406/SP, Relator Min. Franciulli Netto, DJ de 05.06.2000)

Processual. Mandado de segurança. Portaria n. 246/1967. Impossibilidade.

A Portaria n. 246/1967, baixada pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia é norma de caráter abstrato, sem efeitos concretos, insuscetível de ser atacada por mandado de segurança (Súmula n. 266 do STF). Exclusão do Senhor Ministro de Estado.

Remessa dos autos ao Juízo Federal competente.” (MS n. 5.695/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 03.11.1998)

Processual Civil — Mandado de segurança — Autoridade coatora — Errônea indicação — Remessa dos autos ao juiz competente.

Não viola os artigos 1^a e 6^a da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.

Recurso improvido.” (REsp n. 34.317/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 13.09.1993)

Aderindo à corrente do pensamento jurídico que admite ao impetrante emendar a inicial do **mandamus** a fim de sanar ilegitimidade **passiva ad causam**, dou provimento ao recurso ordinário, reformando-se a decisão recorrida.

É o voto.

VOTO-VISTA (Vencido)

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, leio o relatório de V. Exa.:

“O mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, sob o argumento de que a autoridade apontada como coatora estaria dificultando sua atividade empresarial ao determinar a apreensão de caminhões de sua propriedade, bem como a inclusão da impetrante no regime especial de recolhimento do ICMS, sujeitando-a ao recolhimento do ICMS por ocasião da saída da mercadoria — combustível — de seu estabelecimento.

Distribuído o **mandamus**, o Relator Desembargador Wilson Augusto do Nascimento deferiu a liminar requerida, determinando que a autoridade coatora se absteresse de praticar ato de apreensão de mercadorias ou caminhão da impetrante, bem como de exigir o pagamento antecipado do ICMS, até pronunciamento definitivo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Notificada a autoridade apontada como coatora para prestar as informações, esclareceu as razões do ato impugnado e requereu a denegação da ordem (fls. 264/288).

O Relator, após prestadas as informações, extinguiu o mandado de segurança, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, ante a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora (fls. 851/852).

A impetrante interpôs agravo regimental ao qual foi negado provimento, consoante ementa, **in verbis**:

“Agravo regimental. Mandado de segurança. Indeferimento liminar. Ilegitimidade passiva **ad causam** do Secretário de Estado da Fazenda. Ato praticado pelo Gerente de Substituição Tributária.

Tendo sido o ato apontado como coator expedido pelo Sr. Gerente de Substituição Tributária, é indubitável a ilegitimidade do Excelentíssimo Secretário de Estado da Fazenda, para ocupar o pólo passivo do presente *writ*, uma vez que não se vislumbra a sua participação no ato reputado lesivo, sob pena de indevida modificação de competência para conhecer originariamente do **mandamus**” (fl. 908).

Irresignada a recorrente interpõe o presente recurso ordinário, com fulcro no artigo 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, pugnano pela reforma do v. acórdão hostilizado.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a autoridade impetrada, ao prestar suas informações, refutou o mérito da impetração, encampando o ato da autoridade de inferior hierarquia, razão pela qual entende superada a questão da ilegitimidade para responder os termos do presente **mandamus**.

Em resposta ao recurso, o Estado de Santa Catarina aduz que: a) Restou demonstrado dos autos, de forma incontroversa, que o ato inquinado como ilegal, qual seja, o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 05 de outubro de 2000, foi efetivamente praticado pelo Gerente de Substituição Tributária e não pela autoridade impetrada; b) a substituição da autoridade apontada como coatora importaria em modificar a competência e prejuízo para a defesa, uma vez que a autoridade que não praticou o ato, embora tenha feito a sua defesa genérica, não tinha como defendê-lo.

O recurso foi admitido na origem (fl. 965).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 970/972, opina pelo desprovemento do recurso ordinário, sob o fundamento de que a autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite”.

Em bela exposição oral, resumo do seu voto, V. Exa. sustentou que o mandado de segurança é requerido não contra uma determinada autoridade, e, sim, contra o Estado. Ora, se constatado que se imputou a prática do ato a outra autoridade que, tecnicamente, não é a coatora e se essa autoridade está fora da competência do Tribunal, é mais prático, razoável e até técnico que, em vez de denegar a segurança, extinguindo o processo, simplesmente a Corte decline da competência para aquele órgão que tem competência originária em relação àquela efetiva autoridade coatora.

Pedi vista dos autos, porque simpatizei muito com a proposta de V. Exa. e entendo que é correta. Em verdade, o mandado de segurança é interposto contra o Estado, contra necessariamente a Administração, e valeria a pena mudarmos de rumo. Mas, neste caso, encontro outro fundamento: o próprio Estado, na sua resposta, reconhece que o Secretário defendeu o ato.

Em oportunidade recente, conhecemos do mandado de segurança impetrado contra ato de Ministro, que, embora não tenha sido originariamente de Ministro, foi encampado integralmente por ele. Neste caso, o Secretário de Estado encampou o ato.

Por isso, acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso e acrescentando, também, esse fundamento.

VOTO-VISTA (Vencedor)

O Sr. Ministro José Delgado: O Recorrente impetrou mandado de segurança apontando como coação que lhe está sendo impingida o Ato Declaratório n. 001/2001, GESUT, emanado do Gerente de Substituição Tributária e Comércio Exterior da Secretaria do Estado de Santa Catarina, que o obriga ao recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária (doc. de fl. 31).

Na petição inicial apontou como autoridade coatora o Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina, sem fazer qualquer menção de que a pretendida declaração de ilegalidade do ato que considera violador do seu direito líquido e certo tenha emanado do autor do referido ato declaratório.

A autoridade apontada, inicialmente, como coatora, em preliminar, suscitou ser parte ilegítima para integrar a relação jurídico-processual, afirmando (fls. 269/270):

“Como demonstrado, o Secretário de Estado da Fazenda é parte ilegítima, pois não há a demonstração de prática de nenhum ato reputado de ilegal.

A instauração do Regime Especial de Apuração e Recolhimento do ICMS, está dentre as atribuições do Gerente de Substituição Tributária.

Diante do exposto, a autoridade que praticou o ato indigitado de ilegal não detém foro privilegiado, sendo que a competência originária para processar e julgar o ato reputado de ilegal é da Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital e não desse colendo Tribunal de Justiça, merecendo, assim, a revogação da liminar deferida e a extinção do feito sem o julgamento do mérito.”

O egrégio Tribunal, em sede de agravo regimental, reconheceu a ilegitimidade da autoridade administrativa com base nos seguintes fundamentos (fls. 909/911):

“O *writ* foi impetrado contra o Exmo. Sr. Secretário de Estado da Fazenda, objetivando o reconhecimento da ilegalidade da apreensão de mercadorias como forma de coação para pagamento de tributos e a ilegalidade da inclusão da empresa impetrante em Regime Especial de pagamento de ICMS.

Segundo se infere dos autos, o Ato Declaratório n. 001/2001 — GESUT, de 05 de outubro de 2000, reputado como coator, foi, na verdade, editado pelo Senhor Gerente de Substituição Tributária e não pelo Secretário da Fazenda estadual (fls. 30/31).

Desta forma, em se considerando que a impetração se deu em função de a autoridade não considerar suspensa a exigibilidade do crédito, é indubitável a ilegitimidade do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda para ocupar o pólo passivo do presente *writ*, uma vez que não se vislumbra a sua participação no ato reputado lesivo.

De acordo com **Hely Lopes Meirelles**:

‘Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas consequências administrativas: executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. *Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe de serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão*”. (Em: “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33, grifo nosso).

É verdade que esta Corte tem decidido que “o princípio da instrumentalidade do processo recomenda menos rigor no exame da ilegitimidade passiva da autoridade coatora no mandado de segurança, para que não se fruste a celeridade que, dada a natureza da causa e por força de lei, deve ser imprimida ao processo” (Mandado de Segurança n. 97.004457-7, da Capital, Relator: Desembargador Newton Trisotto). Todavia, esse entendimento tem se firmado apenas nas hipóteses em que “a indicação duvidosa da autoridade coatora (...) não modifica a competência nem prejudica a defesa através das informações” (JB 113/209).

Indubitavelmente, não é o caso em tela, uma vez que a indicação errônea da autoridade coatora, no presente caso, deslocou a competência do Primeiro para o Segundo Grau de Jurisdição, tendo em vista que o Secretário de Estado tem foro privilegiado. Logo, não se trata de um mero rigor processual, mas sim, de impedir que a parte escolha aleatoriamente a autoridade contra a qual pretende se insurgir, ocasionando, com isso, a modificação da competência originária para conhecer do processo.

Colhe-se da Jurisprudência deste egrégio Tribunal:

‘Mandado de segurança. Impetração contra autoridade que não dispõe de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. Falta, ademais, de prova de que tenha praticado o ato acoimado de ilegal. Ilegitimidade passiva **ad causam** reconhecida. Extinção da ação mandamental.

‘Coatora é a autoridade que ordena, concreta e especificamente, a execução ou inexecução do ato impugnado e dispõe de competência e poderes para corrigir a sua ilegalidade. Não havendo prova de que o impetrado tenha praticado o ato impugnado e resultando como certo que não dispõe de poderes e meios para corrigir a ilegalidade dele decorrente, julga-se extinto o **mandamus** sem apreciação do mérito, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva **ad causam**.’ (MS n. 2.850, da Capital. Rel. Des. Gaspar Rubik, j. 10.06.1991).

‘Os Coordenadores Regionais da Fazenda Estadual, que arrecadam tributos, expedem notificações fiscais aos contribuintes e lhes aplicam penalidades tributárias, têm competência para, na condição de autoridades impetradas, figurarem no pólo passivo da relação jurídica processual, que se instaura em razão da impetração do remédio heróico’ (JC - 69/72).

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

O eminente Ministro Luiz Fux, Relator, afastou a referida ilegitimidade, argumentando (fls. 5/8):

“Outrossim, imperioso consignar os que admitem ao Juiz determinar a emenda à inicial, aproveitando o ato processual válido, bem como empreender pequenas correções de ofício, na hipótese de equívoco na denominação da autoridade coatora, como v.g.: quando apontado como coator um diretor ao invés do superintendente.

Destarte, em se tratando de uma ação civil de rito sumário especial, conforme conceitua **Hely Lopes Meirelles**, deve ser considerada a categoria e relevância processual do mandado de segurança, a fim de permitir ao Juiz a citada correção, a uma: porque a ação mandamental é instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não subsumindo-se, por isso, a lei infraconstitucional; a duas: porque a estrutura dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, ante a sua complexidade, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora; a três: em atenção aos princípios da efetividade e economia processual, que devem sempre nortear a atividade jurisdicional.

Sobre o tema, elucidativo texto de **Antônio César Bochenek**, in “Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois”, São Paulo: RT, 2002. pp. 71/73:

Vislumbra-se, que em se tratando de legitimidade das partes e, por conseguinte, de condição da ação e logo matéria de ordem pública, melhor entendimento é que o juiz tenha a possibilidade da correção de ofício da indicação errônea, sobretudo para evitar que o autor tenha de entrar novamente com o instituto constitucional simplesmente para corrigir algo que, desde o início, já poderia ter sido corrigido.

(...)

Quanto à natureza do mandado de segurança, algumas linhas já foram esboçadas, resumindo-se, apenas, a questão de ser ação com rito especial e de natureza cível-constitucional. Logo, ressalta-se a importância da celeridade do mandado de segurança, que, não sendo apreciado com a devida rapidez, tendo prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus** e **habeas data**, conforme estabelece a lei, perde sua função no ordenamento jurídico, ou seja, isso demonstra que o autor que litiga de boa-fé, ao se utilizar do mandado de segurança, tem em mente a prestação jurisdicional sem demora, evidentemente dentro dos casos em que a lei permite que seja cabível tal instituto, visto que, na maioria

das vezes, aqueles que se utilizam do mandado de segurança o fazem porque estão na iminência de serem lesados ou já o foram.(...)”

Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como das garantias individuais perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. Aliás, em recente julgado frisamos a distinção entre autoridade coatora e **legitimatío pas-siva ad causam**, para afirmar que, somente esta última é enfocada ao ângulo das condições da ação.

Assim, não configurado erro grosseiro na indicação, é lícito ao Juiz correções de ofício, a fim de que o mandado de segurança — enérgico instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais — cumpra efetivamente seu desígnio.

In casu, o ato imputado como lesivo foi praticado pelo Gerente de Substituição Tributária, que expediu o Ato Declaratório n. 001/2001-GESUT, de 05 de outubro de 2000. Todavia, o **mandamus** foi impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina, que respondeu ao **mandamus**, encampando, assim, o ato impugnado.

Ademais, considerando o novel entendimento doutrinário e jurisprudencial, ainda que se tratasse de autoridade ilegítima, o juiz poderia mandar notificar a autoridade legitimada para integrar a lide, conforme entendimento do ilustre jurista **Hely Lopes Meirelles**.

‘Muito se tem discutido — e os tribunais ainda hesitam — se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sustentamos que o juiz pode — e deve — determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem impositões aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.’

Com efeito, assim também preconizam alguns julgados do STJ:

“Mandado de segurança. Processual Civil. Tributário. Álcool etílico hidratado combustível. Subsídio. Repasse aos Estados-Membros e Distrito Federal. CF, art. 105, II, **b**. Portaria n. 246/1997. Ministério de Minas e Energia. Convênio ICMS n. 34/1997.

1. Excluído da relação processual o Ministro de Minas e Energia, incompetente o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, **b**, CF), imana forte a competência do Juízo Federal para apreciar e julgar o **mandamus** contra ato do Diretor do DNC.

2. Declinação de competência para o Juízo Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal.” (MS n. 5.739/DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, publicado no DJ de 05.06.2000)

“Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Lei n. 9.783/1999. Servidora pública inativa. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado. Não-comprovação de ato concreto para qualificá-lo como autoridade coatora. Processo julgado extinto sem exame do mérito, em relação ao Ministro de Estado. Declinação da competência. Remessa à Justiça Federal de 1ª instância, por remanescente outra autoridade federal qualificada como coatora. Liminar mantida.

1. Ilegitimidade passiva de Ministro de Estado, porquanto não comprovado ato concreto por ele praticado, para qualificá-lo como autoridade coatora.

2. Julgado extinto o *writ*, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao Ministro de Estado, em face à sua ilegitimidade passiva.

3. Excluído o Ministro de Estado da defesa da relação processual, e remanescendo autoridade federal jurisdicionada ao juízo de primeiro grau, a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª instância é de rigor.

4. Liminar mantida. Decisão unânime.” (MS n. 6.406/SP, Relator Min. Franciulli Netto, DJ de 05.06.2000)

Processual. Mandado de segurança. Portaria nº 246/1967. Impossibilidade.

A Portaria n. 246/1967, baixada pelo Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia é norma de caráter abstrato, sem efeitos concretos, insuscetível de ser atacada por mandado de segurança (Súmula n. 266 do STF). Exclusão do Senhor Ministro de Estado.

Remessa dos autos ao Juízo Federal competente.” (MS n. 5.695/DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 03.11.1998)

Processual Civil — Mandado de segurança — Autoridade coatora — Errônea indicação — Remessa dos autos ao juiz competente.

Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.

Recurso improvido.” (REsp n. 34.317/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 13.09.1993)”

Ouso discordar. O impetrante apresentou, apenas, o Secretário de Fazenda do Estado como tendo sido a autoridade que praticou o ato que considera ilegal.

Os autos demonstram que a pretensa coação foi, contudo, expressamente praticada pelo Gerente de Substituição Tributária e Comércio Exterior, sem nenhuma participação direta ou indireta do Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em situações processuais idênticas a dos autos, tem se manifestado de conformidade com a decisão recorrida.

Permito-me registrar, primeiramente, os precedentes jurisprudenciais e doutrinários citados no voto do eminente Relator (fls. 3/5):

“Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contribuição previdenciária de servidores ativos. Desconto. Autoridade coatora. Indicação errônea.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra decisão proferida pelo egrégio Tribunal **a quo** que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ante a ilegitimidade passiva das autoridades indicadas como coadoras (Governador do Distrito Federal), em ação objetivando a abstenção do desconto de 12% da contribuição previdenciária de servidores ativos.

2. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato dito lesivo. A dar azo à impetração, primordial que se verifique, no escalão ascendente, a autoridade responsável pela prática do ato e indicá-la como impetrada.

3. O Chefe do Poder Executivo, em qualquer das esferas, não pode

ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos.

4. No *writ of mandamus*, a ausência de indicação da autoridade que ordenou a prática do ato acarreta a ilegitimidade passiva, com a extinção da ação.

5. Recurso desprovido.”(RMS n. 11.595/DF, Relator Ministro José Delgado, DJ de 11.06.2001)

“Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Recolhimento do ICMS incidente sobre a compra de bens destinados ao consumo da empresa. Autoridade coatora. Indicação errônea do impetrado. Ilegitimidade passiva **ad causam** com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito. Procedência.

I - No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

II - Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como coatora, verifica-se a sua ilegitimidade passiva **ad causam**, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

III - Recurso conhecido, porém, desprovido.” (RMS n. 11.014/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.04.2002)

No mesmo diapasão já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS n. 22.970-0/DF, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 24.04.1998, ementa **in verbis**:

“Mandado de segurança. Questão de ordem. Incompetência.

Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o Juiz, agindo de ofício, venha a substituí-la por outra, alterando, desse modo, sem dispor de poder para tanto, sujeitos que compõem a relação processual, especialmente se houver de declinar de sua competência, em favor do Supremo Tribunal Federal, em virtude da mutação subjetiva operada no pólo passivo do *writ* mandamental.

A mesma orientação, por identidade de razão, se aplica ao caso presente, em que o mandado de segurança não foi impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Contas da União, mas, sim, contra ato do

Secretário-Geral desse Tribunal, não podendo os impetrantes, depois de prestadas as informações e já decorrido o prazo de decadência para a sua impetração, emendar ou alterar, de forma direta ou indireta, a indicação da autoridade coatora.

Questão de ordem que se resolve no sentido de não conhecer do mandado de segurança, determinando a devolução dos autos ao Juízo de origem.”

Desse mesmo entendimento também compartilha **Nelson Nery Júnior**, in “Código de Processo Civil Comentado”, 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 2.345:

“Reconhecimento de ausência de condições da ação. Cognição **ex officio** pelo magistrado:

A autoridade judiciária não dispõe de poder para, em agindo de ofício, substituir em sede mandamental, o órgão apontado como coator pelo impetrante do *writ*. Falece-lhe competência para ordenar a mutação subjetiva no pólo passivo da relação processual. Se o Juiz entender ausente, no caso submetido à sua apreciação, a pertinência subjetiva da lide quanto à autoridade indicada como coatora, deverá julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, por inocorrência de uma das condições da ação (CPC, 267, VI) que , constitui matéria de direito passível de cognição de ofício pelo magistrado (CPC, 267, § 3º, 301 § 4º).”

Na linha desse entendimento está o parecer de fls. 963/964:

“Ocorre que não se pode aceitar pacificamente o argumento de que, se a autoridade superior defender o ato, passa a encampá-lo, porquanto, se não tiver poderes para modificá-lo, de nada adianta defendê-lo. Esta conclusão é óbvia.

Vejamos a doutrina:

‘Por autoridade coatora entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal...’. (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança e Ação Popular”. 10ª ed. São Paulo: RT, 1985).

E na mesma obra, mais à frente, complementa:

‘Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário’ (ob. cit).

Já se decidiu que “autoridade coatora é aquela que pratica o ato e não o superior hierárquico” (TFR, Quinta Turma, AMS n. 117.327/MG, Rel. Min. Geraldo Sobral, ADV 41.591).

Ainda: “Tratando-se de mandado de segurança, a determinação da competência fixa-se pela autoridade que praticou ou vai praticar o ato, objeto da impetração.” (STJ-Primeira Seção, CC n. 1.850/MT, Rel. Min. Geraldo Sobral, DJ de 03.06.1991, p. 7.403).

E isso porque, autoridade pública, segundo o saudoso **Hely Lopes Meirelles**, “é aquela que detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo” (“Mandado de Segurança”, 13ª ed., Revista dos Tribunais, 1989, p. 10).

Logo, percebe-se que a autoridade coatora é efetivamente o gerente de substituição tributária e não a autoridade indicada como coatora na exordial.

Qualquer dúvida que ainda paire sobre o caso em voga é logo esclarecida mediante o exemplo exposto pelo saudoso mestre **Hely Lopes Meirelles**, que definiu, com exatidão, a figura do agente coator, **verbis**:

‘Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão.’ (“Mandado de Segurança e outros”, 13ª ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 34).”

Idem o Parecer de fls. 971/972:

“De fato, a autoridade coatora é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. **In casu**, percebe-se que o **mandamus** deveria ter sido dirigido contra o Gerente de Substituição Tributária e não ao Secretário de Fazenda do Estado.

Nesse sentido, é a recente decisão proferida pela eminente Ministra Laurita Vaz, nos autos de ROMS n. 110.147/MG, DJ de 08.04.2002, Segunda Turma, senão vejamos:

‘Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Recolhimento do ICMS. Incidente sobre a compra de bens destinados ao consumo da empresa. Autoridade coatora. Indicação errônea do impetrado. Ilegitimidade passiva **ad causam** com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito. Procedência.

I - No mandado de segurança a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.

II - Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como coatora, verifica-se a sua ilegitimidade passiva **ad causam**, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.

III - Recurso conhecido, porém, desprovido.

Diante do exposto, o Ministério Público Federal opina pelo desprovemento do recurso.”

Lúcia Valle Figueiredo, em sua obra “Mandado de Segurança”, Malheiros, 3ª edição, p. 51, afirma:

“Assim, autoridade coatora é quem pratica o ato, causa constrangimento ilegal, e, por isso, chamada é ao mandado de segurança somente para prestar informações. Enfim, como diz o professor **Sérgio Ferraz**, a autoridade coatora tem o dever de verdade, e a parte não tem tal dever.”

Sérgio Ferraz, por sua vez (“Mandado de Segurança — Individual e Coletivo — Aspectos Polêmicos”), 3ª edição, p. 59, lembra:

“Na primeira fase, dúvida não se põe: coator é aquele que desempenhou, por comissão ou omissão, a atividade impugnável. E, se foi ele quem assumiu a coação, a ele incumbirá desfazê-la. Em suma, a materialização do ato é que define a autoridade que se pode apontar como coatora.

(...)

É nessa ordem de considerações que, **brevitatis causa**, se diz, com acerto, que a impetração deve ser “sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário” (**Hely Lopes Meirelles**, “Mandado de Segurança”, 13ª ed., p. 35).”

A seguir, registra **Sérgio Ferraz**, pp. 62 e 63, que, havendo errada indicação da autoridade coatora, a jurisprudência conduz à extinção do processo. Anota:

“De seu turno, a jurisprudência tem abonado a solução da extinção do processo (STF RMS n. 21.362-1, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.6.1992, p. 10.104/10.105; STF MS n. 21.382-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.06.1994, pp. 13.853/13.854; STF MI n. 414-5, Rel. Min. Néri da Silveira; STF MS n. 21.398-1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 1ª.09.1995, p. 27.376; STF MS 21.385-0 e MS n. 21.3922, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.06.1995, p. 18.214; STJ, MS n. 106, DJ de 28.08.1989, p. 13.674; STJ, MS n. 103, DJ de 28.08.1989, p. 13.674; TJDF, MS n. 1.997 e 2.009, DJ de 07.02.1990, Parte II, p. 1.340; STJ, REsp n. 39.571-2, Rel. Min. Milton Pereira, DJ de 22.05.1995,

p. 14.367; STJ, RMS n. 4.987-6, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 09.10.1995, p. 33.536; STJ, MS n. 3.364-6, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 1^a.08.1994, p. 18.573; STJ, RMS n. 5.415-2, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 14.08.1995, p. 23.984; STJ, REsp n. 34.317-7, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.09.1993, p. 18.546; STJ, RMS n. 2.466-0, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 16.08.1993, p. 15.995; STJ, CC n. 2.902-7, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 02.08.1993, p. 14.158; STJ, REsp n. 43.276-6, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 04.09.1995, p. 27.804; STJ, CC n. 11.606-6, Rel. Min. Milton Pereira, DJ de 13.03.1995, p. 5.241; TRF 1^a Região, AMS n. 92.01.294-6-9, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, DJ de 19.12.1994, Parte II, p. 74.095; TRF 1^a Região, CC n. 93.01.35710-0, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ de 11.04.1994, Parte II, p. 14.818; TRF 2^a Região, AMS n. 8.408, Rel. Juiz Antônio Cruz Netto, DJ de 04.08.1994, Parte II, p. 41.312; TRF 2^a Região, AMS n. 94.02.02777-7, Rel. Juiz Clélio Erthal, DJ de 22.11.1994, Parte II, p. 67.298; TRF 3^a Região, AMS ns. 15.452-5 e 32.675-0, Rel. Juíza Ramza Tartuce, DJ de 16.11.1994, Parte II, pp. 65.657 e 65.659; TRF 4^a Região, AMS n. 92.024.20850-3, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJ de 23.11.1994, Parte II, p. 67.773; TRF 4^a Região, AMS n. 92.04.20849-0, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJ de 08.06.1994, Parte II, p. 29.881; TRF 4^a Região, AMS n. 90.04.21502-6, Rel. Juiz Ivo Tolomini, DJ de 11.04.1994, Parte II, p. 20.731; TRF 4^a Região, AMS n. 92.04.36519-6, Rel. Juiz Ivo Tolomini, DJ de 07.05.1995, Parte II, p. 35.579).”

Não obstante Sérgio Ferraz divergir desse entendimento, revela, contudo, a postura jurisprudencial.

Isto posto, nego provimento ao recurso, confirmando a extinção do processo. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro José Delgado, negando provimento ao recurso.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.154 — PE (2002/0089807-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Moura Informática Ltda

Advogados: Rodrigo Pereira Guedes e outros

T. Origem: Tribunal Regional Federal da 5^a Região

Impetrado: Juiz Presidente do Tribunal Regional Federal da 5^a Região

Recorrida: União

EMENTA

Contrato administrativo. Equação econômico-financeira do vínculo. Desvalorização do real. Janeiro de 1999. Alteração de cláusula referente ao preço. Aplicação da teoria da imprevisão e fato do príncipe.

1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, **d**, 88, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.666/1993). Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula **mater** da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”.

2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (**ad impossibilia memo tenetur**).

4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da **exceptio non adimpleti contractus** imputável à administração, **a fortiori**, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso.

5. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

Publicado no DJ de 02.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso ordinário interposto por Moura Informática Ltda, com fulcro no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão que denegou a ordem nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade coatora consubstanciado na imposição de sanções administrativas e multa por inadimplência contratual, assim ementado (fl.147):

“Mandado de segurança. Administrativo. Licitação. Execução do contrato.

— O peculiar regime dos contratos administrativos prevê, como desdobramento do princípio da continuidade do serviço público, sua prorrogação automática nos casos de “impedimento, paralisação e sustação” (art. 79, § 5º, da Lei n. 8.666/1993), não admitindo, por outro lado, a rescisão unilateral por iniciativa do particular.

— Ao particular insatisfeito com a prorrogação tácita resta, em qualquer momento após o transcurso do prazo original, denunciar judicialmente o contrato, como expressamente lhe facultam vários incisos do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, inclusive na hipótese de “não-liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento” (inciso XVI).

— Não proposta a rescisão judicial do contrato administrativo, cumpre à Administração exigir do contratado o adimplemento de suas obrigações contratuais e, em não sendo atendida, aplicar as penalidades cabíveis nos termos da legislação pertinente.

Noticiam os autos que Moura Informática Ltda fora vencedora em licitação promovida pelo TRF/5ª Região para o fornecimento, instalação e configuração de *softwares* de proteção para acesso externo daquele Tribunal. Homologado o certame, foi emitida nota de empenho em 18.12.1998, a qual previa o prazo de 30 dias para a entrega do serviço e pagamento à contratada no quinto dia útil após as instalações. Mediante o Ofício n. 006/1999, solicitou o TRF o adiamento dos trabalhos, posto faltar a instalação de linha privada de comunicação de dados.

Em 08.02.1999, a empresa pleiteou ao Tribunal o reajuste do preço contratado, tendo em vista a brusca e inesperada mudança na política cambial brasileira responsável pela desvalorização do real, cujo preço do produto licitado havia aumentado excessivamente, posto tratar-se de material importado dos Estados Unidos. Em parecer datado de 10.05.1999, embora tivesse reconhecido que a responsabilidade pela mora no cumprimento da obrigação fosse do TRF, restou concluído pela impossibilidade de reajuste do preço, uma vez que a variação cambial estaria incluída dentro do risco da atividade comercial. Em 12.05.1999, o Presidente daquela egrégia Corte indeferiu o pedido de recomposição de preços, determinando que a empresa implantasse os *softwares firewall*, sob pena de instaurar-se procedimento administrativo para apuração de multas incidentes e suspensão do direito de licitar.

Em 14.05.1999, a Moura Informática informou que não iria fornecer o objeto licitado em face do aumento do dólar, o que resultou na instauração de procedimento administrativo, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, restando multada a empresa no valor de R\$ 3.995,00 (três mil novecentos e noventa e cinco reais), e proibida de licitar com o serviço público pelo prazo de 06 (seis) meses.

Inconformada, a empresa de informática manejou mandado de segurança contra a referida decisão. À fl. 85, foi deferida a tutela liminar, suspendendo-se os efeitos da eficácia da decisão que impôs as sanções. No mérito, porém, o Tribunal denegou o *writ*, acolhendo a tese sintetizada na ementa acima transcrita.

Sobreveio o presente recurso ordinário, em cujas razões alega a Impetrante/ Recorrente que o acórdão violou o art. 78, XVI, da Lei n. 8.666/1993, porquanto o Tribunal **a quo** não reconheceu o seu direito à rescisão contratual pela mora da Administração Pública, tampouco pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sustentado na teoria da imprevisão e no fato do príncipe.

O Ministério Público, atuando no feito como **custos legis**, opinou no sentido do improvimento do recurso, ao entendimento de que apenas um desequilíbrio econômico relevante capaz de tornar excessivamente onerosa a execução do contrato é que se aplica a teoria da imprevisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, presentes os pressupostos gerais de admissibilidade recursal, o presente recurso ordinário merece ver-se conhecido.

O recurso tem êxito.

Ab initio, convém repisar alguns aspectos fáticos. Consoante destaca-se do relatório, a Moura Informática Ltda fora vencedora em licitação promovida pelo TRF/5ª Região para o fornecimento, instalação e configuração de *softwares* de proteção para acesso externo daquele Tribunal. Homologado o certame, foi emitida nota de empenho em 18.12.1998, a qual previa o prazo de 30 dias para a entrega do serviço e pagamento à contratada no quinto dia útil após as instalações. Mediante o Ofício n. 006/1999, solicitou o TRF o adiamento dos trabalhos, posto faltar a instalação de linha privada de comunicação de dados.

Em 08.02.1999, a empresa pleiteou ao Tribunal o reajuste do preço contratado, tendo em vista a brusca e inesperada mudança na política cambial brasileira responsável pela desvalorização do real, cujo preço do produto licitado havia aumentado excessivamente, posto tratar-se de material importado dos Estados Unidos. Em parecer datado de 10.05.1999, embora tivesse reconhecido que a responsabilidade pela mora no cumprimento da obrigação fosse do TRF, restou concluído pela impossibilidade de reajuste do preço, uma vez que a variação cambial estaria incluída dentro do risco da atividade comercial. Em 12.05.1999, o Presidente daquela egrégia Corte indeferiu o pedido de recomposição de preços, determinando que a empresa implantasse os *softwares firewall*, sob pena de instaurar-se procedimento administrativo para apuração de multas incidentes e suspensão do direito de licitar.

Em 14.05.1999, a Moura Informática informou que não iria fornecer o objeto licitado em face do aumento do dólar, o que resultou na instauração de procedimento administrativo, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, restando multada a empresa no valor de R\$ 3.995,00 (três mil novecentos e noventa e cinco reais), e proibida de licitar com o serviço público pelo prazo de 06 (seis) meses.

O próprio acórdão recorrido reconhece como incontroverso o fato de que:

“(...) poucos dias após a expiração do prazo original do contrato, já se apresentava evidente o desinteresse da contratada em prosseguir com o contrato, ante afirmada inviabilidade do seu preço por conta da mudança da política cambial. Mesmo assim não se preocupou em denunciar o contrato, alimentando a esperança de que o inconveniente viesse a ser superado mediante revisão contratual.

Frustrada nesta sua expectativa, pleiteou a rescisão amigável, (...) (vide fls. 141/142).

Deveras, como destaca a recorrente na inicial:

“O que ocorreu no Brasil em janeiro desse ano foi muito mais do que uma simples desvalorização da moeda brasileira, foi uma completa e inesperada alteração da política cambial nacional.

Até aquele mês, era utilizado o sistema de bandas fixas, onde o governo fixava um valor máximo e um mínimo para o dólar norte-americano, podendo a cotação flutuar dentro desse intervalo.

Esse intervalo já vinha sendo mantido e defendido pela área econômica do governo por vários anos, e até poucos dias antes da maxidesvalorização ocorrida, o então presidente do Banco Central, o economista Gustavo Franco, afirmava com toda a convicção e segurança que a política cambial não iria ser modificada.

De repente, quando ninguém esperava, houve uma mudança na Presidência do Banco Central e conseqüentemente uma mudança no sistema cambial adotado, que passou a ser, conforme denominação dos economistas, o de “bandas endógenas”, que logo em seguida deu lugar à livre flutuação, até agora em vigor.

Como pode tão drástica e inesperada mudança no câmbio ser incluída dentro dos riscos normais de uma atividade comercial.

O que estaria incluído dentre desse risco seria uma variação dentro das bandas já fixadas pelo governo, ou até mesmo uma ampliação dessa banda, mas nunca uma completa mudança na política cambial, que culminou com a enorme desvalorização do real frente ao dólar norte-americano.

No caso em tela essa desvalorização causou um aumento de mais de 40% no custo dos equipamentos contratados.”

Releva destacar que a prorrogação do início do serviço contratado que operou-se por motivos inerentes ao contratante e a desvalorização cambial ocorrente nesse interregno restaram como “fatos incontroversos”, posto admitido por ambas as partes.

A diferença é que a Administração entendeu “inerente aos riscos da atividade” a desvalorização cambial e impossível a rescisão unilateral do vínculo pelo contratado.

Com efeito, o episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (Real) frente ao dólar norte-americano, configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

In casu, o objeto do contrato era a instalação de *softwares* de segurança para acesso às dependências externas do Tribunal contratante. Destaque-se que o material, objeto de aquisição pela empresa contratada era importado e, conseqüentemente, cotado em dólar; fato econômico inegável que culminou, consoante pública e notória, na quebra de empresas de médio a grande porte.

Sobre o tema, confira o voto proferido pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, no REsp n. 343.617, versando o desequilíbrio nas aquisições de veículos importados sob o regime de *leasing*, assentou:

“Entretanto, o fato econômico de que se cuida não pode, de nenhum modo, ser tido como uma mera variação do valor da moeda, que devesse ser suportada pela arrendatária por conta da sua opção de risco. A álea aceitável em casos como este é aquela que pode ser antevista normalmente pelo cidadão comum com base, apenas, na observação do histórico da cotação do câmbio, e esta, como é notório, apresentava-se estável há mais de quatro anos, permitindo supor que era uma tendência segura. Portanto, é forçoso reconhecer que houve, sim, uma abrupta e imprevista alteração no regime cambial que vigera deste 1994. Antever essa reviravolta com tanta antecedência, se tal era possível, só mesmo para privilegiados especialistas.

Por isso mesmo é evidente que diante do quadro econômico que se verificava a partir daquele momento, à vista do fenômeno inopinado, instalou-se situação insustentável em que uma das partes passava a auferir vantagem exagerada em prejuízo da outra. É precisamente para corrigir distorções como essa que se presta a aplicação da chamada teoria da imprevisão, conforme colocou o percuciente **Caio Mário da Silva Pereira**:

‘Os escritores, tanto entre nós quanto no estrangeiro, procuraram adaptar a velha cláusula **rebus sic stantibus** às condições atuais (...) A que, a nosso ver, melhor atende às injunções sistemáticas é a da imprevisão, aqui afeiçoada e difundida por **Arnoldo Medeiros da Fonseca**.

Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradora de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação. Não o justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, porém, a ocorrência de um acontecimento extraordinário, que tenha operado a mutação de um ambiente objetivo, em tais termos que o cumprimento do contrato implique, em si mesmo e por si só, o enriquecimento de um e empobrecimento do outro. Para que se possa, sob fundamento na teoria da imprevisão, atingir o contrato, é necessário ocorram requisitos de apuração certa:

- a) vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva;
- b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração;
- c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro;
- d) imprevisibilidade da modificação.” (“Instituições de Direito Civil”, volume III, 7ª edição, pp. 110 e 111).

No mesmo sentido, as egrégias Turmas de Direito Privado do STJ acerca do fato econômico de 1999 têm assentado:

“Contrato de arrendamento mercantil. *Leasing*. Ação revisional. CDC. Aplicabilidade. Indexação. Dólar norte-americano. Variação cambial abrupta. Imprevisibilidade. Captação de recursos externos. Comprovação. Incidência do Enunciado n. 7.

I - Não há como deixar de reconhecer no episódio da forte desvalorização do real frente à moeda norte-americana, ocorrida em janeiro de 1999, evento objetivo e inesperado, a ensejar a modificação da cláusula contratual de ordem a evitar locupletamento de um contratante em detrimento do outro. Precedentes. Ademais, segundo o acórdão recorrido, não ficou provada a aplicação de recursos estrangeiros na aquisição do bem arrendado. Questão que demandaria reexame de provas. Enunciado n. 7/STJ.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 412.579, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 23.09.2002)

“Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Cessão de crédito com anuência do devedor. Prestações indexadas em moeda estrangeira (dólar americano). Crise cambial de janeiro de 1999. Onerosidade excessiva. Caracterização. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação.

— O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

— A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.

— A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial.

— É ilegal a transferência de risco da atividade financeira ao consumidor, ainda mais quando não observado o seu direito à informação.” (REsp n. 417.927, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 1^o.07.2002)

Vislumbra-se ante o quadro econômico que o País se encontrava nos idos de 1999, a incidência irrefutável da teoria da imprevisão, que exonera o contratado de sua responsabilidade, posto que a mudança da política econômica para o câmbio flutuante produziu álea administrativa, equiparável ao caso fortuito e à força maior luzentes nos arts. 1.058 e 1.277 do Código Civil, impondo o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca os efeitos da doutrina da imprevisão nos contratos administrativos:

“Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos etc. É a “teoria da imprevisão”, por via da qual, modernamente, se retoma o vetusto princípio da cláusula **rebus sic stantibus**. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira. Com efeito, o mencionado art. 65, II, **d**, também menciona expressamente dita hipótese como abrangida nos casos ensejadores de restabelecimento do equilíbrio inicial”. (Curso de Direito Administrativo, 12^a Edição, pp. 562/563).

Em suma, a novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1^o, 58, §§ 1^o e 2^o, 65, II, **d**, 88, §§ 5^o e 6^o, da Lei n. 8.666/1993).

Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula **mater** da moralidade tornou clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio ao realçar as “condições efetivas da proposta”.

O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (Real) frente ao dólar norte-americano, configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes.

Prevedo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da **exceptio non adimpleti contractus** imputável à administração, **a fortiori**, implica admitir sustar-se o “início da execução” quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a administração postergou o começo dos trabalhos.

Assiste também razão à Recorrente sobre o outro aspecto que o presente recurso ordinário encerra, qual seja, rescisão contratual em face da mora da Administração em liberar o espaço para a execução do trabalho.

O art. 78, XVI, da Lei n. 8.666/1993 assim determina:

“Art.78 - Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XVI - a não-liberação, por parte da Administração, de área, local, ou objeto para execução da obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificados no projeto.”

Trata-se, aqui, de fato da administração que dilargou o início dos trabalhos, uma vez que a linha privada de comunicação de dados não havia sido instalada. Exatamente nesse período operou-se a abrupta desvalorização cambial.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, abordando o tema **in** “Direito Administrativo”, 13ª edição, p. 258, conclui:

“O fato da Administração distingue-se do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.

O fato da Administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico.

O fato da Administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto,

isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.”

Doutrinando sobre o tema, o saudoso **Hely Lopes Meirelles** mencionava exatamente esse fato da administração, ao assentar: “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou ...” (**in** “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª edição, p. 229).

Ainda a esse respeito, ensina o Professor **Hely**:

“Fato da Administração é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução. O Fato da Administração equipara-se à força maior e produz os mesmos efeitos excludentes da responsabilidade do particular pela inexecução do ajuste. (...) Em todos esses casos o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, por culpa do Poder Público; o que não se lhe permite é a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido, inaplicável aos ajustes administrativos, salvo se o atraso foi superior a noventa dias (art. 78, XV), como já expusemos precedentemente.” (Ob. cit. p. 229, **in fine**)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 189.652 — SP (1998/0071007-8)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Estado de São Paulo

Advogados: Leila D’Auria Kato e outros

Recorridos: Antônio Magalhães Bastos Júnior e outros

Advogados: Cláudio Bonato Fruet e outros

EMENTA

Processual Civil. Fazenda Pública. Embargos à execução rejeitados. Efeito do recurso. CPC, artigos 475, II e 520, V.

1. Quando os embargos à execução são rejeitados fica excepcio-

nada a regra do “duplo efeito”, ficando a apelação alforriada da suspensão (art. 520, V, CPC). Pois, rejeitados (não recebidos) não pode a apelação *suspender* ou “impedir o prosseguimento do processo executivo, que não chegou a suspender, exatamente porque *não recebidos* os embargos” (**Barbosa Moreira** — “Comentários” — Forense — 6ª edição — p. 420, nota 116). Desse modo, afasta-se confronto ou sugestão de antinomia com as disposições do artigo 475, II, CPC, evitando-se que estas excluam aquelas (art. 520, V, Cód. ref.). Deveras, o duplo grau aos embargos à execução prende-se à sentença que os rejeita **in limine** (art. 739 e § 1º, CPC) e não quando julga o *mérito* (art. 740, Cód. cit.).

2. Recurso sem provimento.

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 José Delgado, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux. Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

Publicado no DJ de 18.11.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo constituiu acórdão, consubstanciado na ementa, a saber:

“Agravo de instrumento — Recurso contra a r. sentença que rejeitou ou julgou improcedentes os embargos — Recebido em ambos os efeitos — Considerando-se o disposto no art. 520, V, do CPC, o recurso deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo — Provido o recurso, nos termos do acórdão” (fl. 210).

Contra o v. aresto, a parte interessada interpôs recurso especial fundado no

artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, alegando contrariedade ao artigo 475, II, do Código de Processo Civil.

As prédicas recursais estão assentadas nos termos seguintes:

“Julgou, o egrégio Tribunal **a quo**, procedente o recurso, ao entendimento de que o art. 520, inciso V, do CPC, prevê que o recurso contra sentença que ‘rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes’ deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo.”

omissis

“Não obstante correntia a posição adotada pelo egrégio Tribunal, por muitos secundada, em decorrência, inclusive, de açodada interpretação do art. 520, V, do CPC, está o ora recorrente convencido de que a solução dada à questão **sub judice** acaba por afrontar o disposto no art. 475, II, do mesmo diploma legal,...”

omissis

“A solução do litígio dada pelo egrégio Tribunal **a quo** enseja um conflito de normas, já que sugere, para respeito ao art. 520, V, do CPC, a inobservância ao art. 475, II, do mesmo estatuto.”

omissis

“Ora, os termos da decisão citada impõem a conclusão de que o reexame necessário, previsto no art. 475, do CPC, é aplicável também no que se refere ao processo executivo, já que alude a ‘embargos à execução’.

De tal decorre, pois, que a decisão proferida contra as Fazendas Públicas só produz eficácia depois de confirmada pelo Tribunal, após o reexame necessário, exercido pela remessa dos autos de ofício, ou pela avocação destes pela Superior Instância.

Em sendo assim, havendo recurso voluntário da parte, como ocorreu no presente caso, este deverá ser recebido no duplo efeito, como é óbvio e evidente.

Daí que a v. decisão recorrida ofendeu o art. 475, II, do CPC, ao entender que a apelação interposta pelo Estado tem efeito meramente devolutivo” (fls. 216/218).

Conclui:

“Pelo exposto, requer seja o recurso conhecido e provido, para o fim de, cassado o v. acórdão proferido no agravo de instrumento, ser mantida a r. decisão agravada que concedeu ao recurso interposto pelo Estado de São Paulo nos embargos à execução tanto o efeito devolutivo como o suspensivo.

Requer, outrossim, que com o provimento do recurso, cassado o v. despacho que concedeu efeito suspensivo ao agravo, seja mantido o recolhimento do precatório oriundo do ofício requisitório expedido pelo MM. Juízo da Comarca de São Luiz do Paraitinga, por medida de Justiça” (fl. 222).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 226/230.

Ao admitir o seguimento do recurso especial, o nobre 4º Vice-Presidente do Tribunal **a quo** finalizou:

“A matéria legal controvertida foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Há menção ao dispositivo legal tido como violado, não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais ou sumulares, preenchendo, pois, o recurso, os requisitos do Regimento Interno da colenda Corte Superior” (fl. 233).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): sob o telheiro das notícias processuais, colhe-se que o ferrete recursal volta-se contra v. acórdão, assim resumido:

“Agravo de instrumento — Recurso contra a r. sentença que rejeitou ou julgou improcedentes os embargos — Recebido em ambos os efeitos — Considerando-se o disposto no art. 520, V, do CPC, o recurso deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo — Provido o recurso, nos termos do acórdão” (fl. 210).

Vinca-se o inconformismo na afirmação, basicamente, de que o aresto “...enseja um conflito de normas, já que sugere, para respeito ao art. 520, V, do CPC, a inobservância ao art. 475, II, do mesmo estatuto” (fl. 216), concluindo a parte recorrente:

“Isto porque despidiendo lembrar as nefastas conseqüências advindas de uma precipitada execução contra a Fazenda Pública, com todos os transtornos e prejuízos causados ao orçamento com o destacamento de verba que, posteriormente, venha a se mostrar indevida.

Daí a necessidade de se condicionar a eficácia de condenação da Fazenda Pública, ou seja, sentença contra a União, Estado ou Município, à sua confirmação pelo Tribunal.

Ora, se a condenação das Fazendas Públicas só produz efeito após a confirmação pelo Tribunal, significa que, antes de confirmada, não pode ser executada, como é óbvio, pelo só fato de não produzir qualquer efeito.

Se a sentença, ainda passível de reexame, tem sua executividade suspensa, significa que o recurso contra ela interposto, seja ele oficial ou voluntário, tem efeito suspensivo.

Portanto, embora aparentemente a apelação contra sentença que rejeitou liminarmente ou julgou improcedentes os embargos tenha efeito meramente devolutivo, como decorre do art. 520, V, do CPC, quando tal sentença for contra o Estado, o recurso contra ela interposto deverá ter também efeito suspensivo, consoante decorre do art. 475, II, do mesmo estatuto, já que antes de confirmada pelo Tribunal, não produzirá qualquer efeito, sendo, pois, insuscetível de execução.” (Fls. 220 a 221)

É a suma do recurso especial. Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o seu conhecimento (art. 105, III, **a**, CF).

Por essas guias comemorativas, sem enganos, situa-se questão residente fundamentalmente, na *suspensividade*, ou não, de apelação interposta contra sentença que *rejeitou* embargos à execução provisória fundada em carta de sentença expedida nos autos de ação ordinária de desapropriação indireta, com trami-tação na via de recursos extremos. Deveras, inicialmente, o nobre Juiz de Direito assoa-lhou:

“Tratam-se os presentes autos de embargos à execução opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo e a presente decisão é no sentido de sua rejeição. Assim, estaria, em tese, esta decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, que é previsto pelo artigo 475 do CPC. Aplica-se, no caso, a disposição que determina sujeição ao duplo grau de jurisdição; contudo, por se tratar de embargos opostos pela Fazenda Pública, em ação de desapropriação indireta, o efeito suspensivo da sentença não tem incidência, porque já aplicado por ocasião da decisão deste Juízo, em março de 1994 e, ainda, por se tratar de expedição de precatório, que não tem, como já dito alhures, o sentido constritor, cabendo aos Exeqüentes a expectativa de, nos termos do artigo 100 da Magna Carta, de prenotação da ordem cronológica; assim, entende-se que o reexame necessário tem somente efeito devolutivos” (fls. 53 e 54).

Todavia, formalizando o recurso, movido por específica argüição da Fazenda Estadual sustentando “não ser exequível a sentença que julgou o mérito, neste caso (art. 475, CPC), antes do reexame necessário” (fl. 71), o despique foi recebido “em seu duplo efeito” — art. 475, II, CPC — (fl. 74).

Nesse sítio, sem demora, não pode ser omitido que, a trato do assunto, esta Corte tem expressivos precedentes; por exemplo:

“Execução. Fazenda Pública. Improcedência dos embargos. Reexame obrigatório. Expedição de ofício requisitório. Oportunidade.

Sendo a decisão submetida ao reexame obrigatório, por força do disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil, são ineficazes os atos de liquidação eventualmente praticados, devendo a expedição do ofício requisitório aguardar o pronunciamento do Tribunal.” (REsp n. 166.793/SP Rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJ de 14.09.1998);

«Processual Civil — Duplo grau obrigatório — Processo de execução — Apelação — Efeito.

Ao estabelecer o duplo grau obrigatório às sentenças proferidas contra União, Estados e Municípios, o legislador não fez distinção entre sentença proferida em processo de conhecimento e de execução.

Se a sentença que julga os embargos à execução em desfavor dos entes previstos no artigo 475 está sujeita à remessa necessária, não produzindo efeitos senão após confirmada pelo Tribunal, não tem sentido o recebimento da apelação contra ela interposta apenas no efeito devolutivo.

Recurso provido.” (REsp n. 234.589/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, *in* DJ de 21.02.2000).

Merecem referências, por vinculação ao tema, os apontamentos adstritos ao artigo 475, feitos por **Theotônio Negrão** (CPC — 30ª edição — nota 11, p. 462).

Conquanto fortes as razões informadoras dos prenunciados arestos transcritos, ganha significância pontuar que os embargos à execução *foram rejeitados*, realidade processual que excepciona a regra do “duplo efeito”, alforriando a apelação da *suspensão* em comento (inc. V, art. 520, CPC). Demais, na espécie, *rejeitados* (não recebidos), não pode a apelação *suspender* ou “impedir o prosseguimento do processo executivo, que não se chegou a suspender, exatamente porque não *recebidos* os embargos” (**Barbosa Moreira** — “Comentários CPC” — Forense — 6ª edição — p. 420, nota 116, citando **Edson Ribas Malachini**, *in* “A Correição Parcial e a Recorribilidade das Decisões Interlocutórias”, Ver. Proc., vol. 18). Assim, espanta-se confronto ou sugestão de antinomia com as disposições do artigo 475, II, CPC, evitando-se que estas excluam aquelas (art. 520, V, Cód. ref.).

Nessas trilhas, ressoa a valia da interpretação, compreendendo-se que o *duplo grau* nos embargos à execução prende-se à sentença que os rejeita *in limine* (art. 739, e § 1º, CPC) e não quando julga o *mérito* (art. 740, Cód. ref.), como bem

explica o exímio **Barbosa Moreira** — ob. nota e página antes citados. Logo, o conflito ou a antinomia são aparentes, comportando solução que não leve à injustiça e iniquidade. Aqui, *suspende* a execução, cujos embargos foram rejeitados, levaria àqueles indesejáveis resultados. Por isso, com a argumentação desenvolvida, sob o prisma da lógica do razoável e não do “logismo absoluto”, compreendo que a apelação objeto da decisão agravada não está sob a guarda processual do “efeito suspensivo”.

Alinhados os comentários, a final, embora avisado pelos precedentes rememorados, mas, considerando que, das suas edificações não participei, sendo esta a primeira vez que faço reflexões sobre a questão posta, escusando-me por divergir, no caso, *voto negando provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Acompanho o eminente Relator.

Filio-me ao entendimento posto no voto apresentado no sentido de que a apelação interposta de decisão que julga improcedentes embargos à execução deve ser recebida no efeito devolutivo.

As razões do eminente Relator são suficientes para a formação do meu convencimento. Adoto-as.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 242.840 — SP (1999/0116566-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: Heloísa Pereira de A. Martins e outros

Recorridos: Cristiane Bruschi Ferreira e outros

Advogado: Alberto Jorge Ramos

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Habilitação de motorista à condução de veículos automotores. Legitimação da autoridade

coatora. Exigência reconhecida como ilegal. Lei Federal n. 5.108/1966 (arts. 5º, III e 70). Leis ns. 9.503/1997 (art. 140) e 9.602/1998. Instrução Normativa n. 18/1994 — Detran/SP — Decisão n. 7 — Contran.

1. As exigências ditadas em lei não retroagem para a desconstituição de ato administrativo concluído sob a égide da legislação posteriormente revogada.

2. Recurso sem provimento.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator

Publicado no DJ de 07.10.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Cuida-se de recurso especial interposto, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim sumariado:

“Administrativo — Exame de habilitação à condução de veículos automotores: ‘o artigo 140, da Lei Federal n. 9.503, de 23.09.1997, com atualização pela Lei Federal n. 9.602, de 27.01.1998, não tem aplicação imediata à hipótese julgada à égide da legislação anterior, até porque a inovação é restritiva de direito, a exigir interpretação estrita” (fl. 154).

A Fazenda do Estado de São Paulo sustentou ofensa ao artigo 70, da Lei n. 5.108/1966, pois de sua interpretação já decorria a exigência de os exames serem realizados na sede do domicílio do candidato. Argumentou que o artigo 66, parágrafo único, no mesmo capítulo que trata dos condutores de veículos, determinava que o registro da Carteira Nacional de Habilitação na repartição de trânsito do local do novo domicílio quando se mudasse o condutor.

Ponderou, à vista desses dispositivos, que:

“Essa regra deixa bem claro que o objetivo da lei era o de que todos os motoristas portadores da licença para dirigir fossem devidamente registrados no órgão de trânsito do local do domicílio, com o fito de propiciar a devida fiscalização, desde a averiguação das condições necessárias para a concessão dessa licença até a relativa à observância das leis de trânsito durante o uso do veículo e encaminhamento das punições ao destinatário.

Ora, se todo condutor tinha por obrigação registrar a licença para dirigir no órgão de trânsito de seu domicílio, evidente que não poderia obtê-la em outro, não fazendo sentido o deslocamento para obtenção em outra circunscrição para, imediatamente, promover o registro na de seu domicílio” (fl. 161).

Contra-razões às fls. 165/166.

O Quarto Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu a via especial, por entender que preenchido o requisito do prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A dinâmica dos acontecimentos processuais projeta que, concedida a segurança, no julgamento dos recursos, negando provimento, o verumado v. acórdão, em suma, assentou:

“Administrativo — Exame de habilitação à condução de veículos automotores: ‘o artigo 140, da Lei Federal n. 9.503, de 23.09.1997, com atualização pela Lei Federal n. 9.602, de 27.01.1998, não tem aplicação imediata à hipótese julgada à égide da legislação anterior, até porque a inovação é restritiva de direito, a exigir interpretação estrita” (fl. 154).

De riste, afirmando que foi contrariado o artigo 70, da Lei Federal n. 5.108/1966 — Código Nacional de Trânsito —, a Fazenda Estadual articulou recurso especial (fls. 160 a 162).

Presentes os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o merecimento do recurso (art. 105, III, a, CF).

Concluído o memento favorecedor da compreensão sobre a questão jurídico-litigiosa, abre-se ocasião para o exame pedido nesta via recursal. Com esse propósito, na pertinência da legitimação passiva do Impetrado, verifica-se que o debate

ficou encerrado na via revisional ordinária. Demais, a autoridade indigitada como coatora, nas informações, sem alusão à sua qualificação processual, como ato próprio, defendeu a sua legalidade e, tal como ocorreu, podendo bem cumprir o mandato judicial. Outrossim, a respeito, a fundamentação da r. sentença é incensurável (fls. 113 a 114).

Andante, o mérito preso à aplicação das disposições legais de regência, evidência cláusula temporal: retroatividade, ou não? No ponto, o desafiado julgado é certo, palavra por palavra:

omissis

“2. O artigo 70, do Código Nacional de Trânsito, vigente à época da impetração e do julgamento, assim dispunha:

‘A habilitação para conduzir veículo automotor apurar-se-á através da realização dos exames prescritos pelo Conselho Nacional de Trânsito, requerida pelo candidato que tenha completado 18 anos de idade à autoridade de trânsito de qualquer Unidade da Federação, mediante a apresentação da prova de identidade expressamente reconhecida pela Legislação estadual’.

Portanto, sem nenhuma vedação ao pretendido pelos impetrantes.

Hoje, com nova redação, o artigo 140, da Lei n. 9.503, de 23.09.1997, atualizada pela Lei n. 9.602 de 27.01.1998, ao dispor sobre habilitação, exige que os exames sejam realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato.

Entretanto, a restrição nele contida somente atuará para o futuro, até porque o pedido inicial e o **decisum** foram deduzidos à égide da legislação revogada” (fls. 155 e 156).

Enfim, à época, a legislação apropriada não exigia a residência local e, então, cumpridas as explicitadas obrigações, aperfeiçoado o cumprimento, a inovação constituiu ilegalidade.

Sob as ordenanças das razões expostas, *voto negando provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 373.264 — RJ (2001/0158370-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrentes: Prifarm Comércio de Material Médico Ltda e outros

Advogados: Eduardo Arruda Buregio e outro

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marco Antônio Boiteux Alvarez e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Tributário. Compensação. Tributos diferentes. Finsocial x contribuição sobre a folha de salários. Impossibilidade. Finsocial x contribuição social sobre o lucro. Possibilidade, após a Lei n. 10.637/2002. Aplicação dos limites percentuais das Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 à compensação de valores recolhidos indevidamente para a título de Finsocial. Impossibilidade.

1. A compensação, modalidade excepcional de extinção do crédito tributário, foi introduzida no ordenamento pelo art. 66 da Lei n. 8.383/1991, limitada a tributos e contribuições da mesma espécie.

2. Com relação às contribuições previdenciárias, a compensação deve observar as limitações percentuais e materiais impostas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995.

3. A Lei n. 9.430/1996 trouxe a possibilidade de compensação entre tributos de espécies distintas, a ser autorizada e realizada pela Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte ou de ofício (Decreto n. 2.138/1997), com relação aos tributos sob administração daquele órgão.

4. Com o advento da Lei n. 10.637/2002, dispensou-se a prévia atuação da Secretaria da Receita Federal, considerando-se extinto o crédito compensado pelo contribuinte, sob condição resolutória de sua posterior homologação pela autoridade fiscal.

5. A lei que rege a compensação é a vigente na data do encontro entre os débitos e créditos.

6. Não há autorização para a compensação de créditos de Finsocial com débitos de Contribuição sobre a Folha de Salários, por ser essa última arrecadada pelo INSS.

7. Viável a compensação de créditos de Finsocial com débitos de Contribuição Social sobre o Lucro, posteriormente à Lei n. 10.637, prescindindo-se de prévia autorização pela Receita Federal.

8. Não são aplicáveis à compensação de valores indevidamente recolhidos a título de Finsocial os limites percentuais das Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995, cujo âmbito de incidência é restrito às contribuições arrecadadas pelo INSS.

9. Recurso especial da Fazenda parcialmente provido.

10. Recurso das autoras integralmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento integral ao recurso dos autores e parcial ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trazem os autos dois recursos especiais, interpostos em face de acórdão da Primeira Turma do TRF da 2ª Região, cuja ementa é a seguinte:

Tributário — Compensação — Procedimento fiscal — Lei n. 9.032/1995.

I - Mantida restou a relação obrigacional de verter o Finsocial; inobstante o afastamento do art. 9º da Lei n. 7.689/1988, a relação obrigacional de pagar o gravame social questionado nos autos permanece, ainda que disciplinada por outros diplomas legais, no caso o Decreto-Lei n. 1.940/1982 e a posterior Lei Complementar n. 70/1991.

II - A Lei n. 9.032/1995 disciplina o procedimento fiscal da compensação. O que sob o enfoque constitucional torna-se necessário, assegurando à parte e ao Fisco o já denominado devido processo tributário” (fl. 218).

O primeiro recurso, de iniciativa da Fazenda Nacional (fls. 237/241) busca o afastamento da compensação do Finsocial com a Contribuição Social sobre o Lucro e com a Contribuição sobre a Folha de Salários, apontando violação ao art. 66 da Lei n. 8.383/1991, pela autorização de compensação entre tributos diferentes e pela aplicação, ao caso dos autos, da Lei n. 9.032/1995, que trata da compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS. Alega-se, ainda, que, a teor do disposto no art. 170 do CTN, somente seria viável a compensação de créditos líquidos e certos, o que não existiria nos autos.

A esse recurso aderiram Prifarm Comércio de Material Médico e outros (fls. 258/266), nos moldes do art. 500 do CPC, aduzindo a não-aplicabilidade da Lei n. 9.032/1995 à compensação da Cofins, por ser essa contribuição tributo arrecadado pela Secretaria da Receita Federal. Afirmam os recorrentes que a citada lei disciplina tão-somente a compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS, tendo havido, portanto, violação pelo acórdão ao art. 66 da Lei n. 8.383/1991, que seria o comando aplicável ao caso dos autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Inicialmente, cumpre ressaltar o fato de ser a compensação modalidade excepcional de extinção do crédito tributário. Isso porque, a despeito de ter a mesma eficácia constitutivo-negativa, seja quando se tratar de obrigações civis, seja em relação às fiscais, operando a extinção das obrigações, até o limite dos valores compensados, ao contrário do que ocorre com as obrigações civis, em que a compensação se opera **ipso jure**, tão pronto se configuram os requisitos estabelecidos no Código Civil (previstos nos arts. 368 a 380, que reproduzem, sem modificações de substância, os arts. 1.009 a 1.024 do Código de 1916), em relação aos créditos tributários a compensação, segundo o art. 170 do CTN, somente será cabível “nas condições e sob as garantias que (a lei) estipular, ou cuja estipulação em cada caso (a lei) atribuir à autoridade administrativa (...)”. Portanto, a compensação não é a forma comum para extinguir o crédito tributário, mas forma especial, subordinada às condições que lei própria venha a estabelecer, segundo critérios de conveniência fiscal e de política legislativa. Essa verdadeira reserva de discricionariedade, que era expressa no Código Civil de 1916 (art. 1.017: “As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto nos casos de encontro entre a administração e o devedor, autorizados nas leis e nos regulamentos da Fazenda”), foi reafirmada em episódio recente de modo muito ilustrativo. Como se sabe, o novo Código Civil, tal como sancionado, dispunha, em seu art. 374, que “A matéria da compen-

sação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, é regida pelo disposto neste Capítulo”. Essa tentativa de equiparar a compensação fiscal à civil, entretanto, não chegou a entrar em vigor, revogado que foi o dispositivo pela Medida Provisória 104, de 09.01.2003, convertida na Lei n. 10.677, de 22.05.2003. Mantém-se, portanto, o regime tradicional, segundo o qual a compensação, em matéria tributária, não é modalidade comum de extinção do crédito, mas modalidade especial, cuja instituição depende de lei, que fixará os critérios e condições em que ela poderá ocorrer.

Aliás, somente em época relativamente recente a compensação tributária foi introduzida em nosso direito, e se deu sob forma restrita. A Lei n. 8.383, de 30.12.1991, no seu art. 66, depois alterado pela Lei n. 9.069, de 29.06.1995, assim dispôs:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da Ufir.

§ 4º O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.

Relativamente às contribuições previdenciárias, outras limitações foram estabelecidas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 (que deram nova redação ao art. 89 da Lei n. 8.212/1991), limitações essas não apenas percentuais (§ 3º), mas também materiais (§§ 1º e 2º):

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (*Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995*)

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (*Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995*)

§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo único do art. 11 desta lei. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 4º Na hipótese de recolhimento indevido, as contribuições serão restituídas ou compensadas atualizadas monetariamente. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 5º Observado o disposto no § 3º, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 6º A atualização monetária de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo observará os mesmos critérios utilizados na cobrança da própria contribuição. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

§ 7º Não será permitida ao beneficiário a antecipação do pagamento de contribuições para efeito de recebimento de benefícios. *(Redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.1995)*

Até dezembro de 1996, portanto, não havia base legal para o deferimento de compensação entre valores relativos a tributos diferentes. A teor do § 1º do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, permitia-se a compensação entre “tributos e contribuições da mesma espécie”, considerando-se que “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação” (art. 4º do CTN).

2. Em 27.12.1996, com o advento da Lei n. 9.430, surgiu a possibilidade de compensação de débitos e créditos originados de espécies tributárias distintas, mediante, contudo, autorização da Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte:

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

O Decreto n. 2.138/1997, que regulamentou essa forma de compensação, em pelo menos dois artigos estatuiu claramente que a compensação seria realizada pela própria Receita Federal:

Art. 1º, parágrafo único: A compensação será efetuada pela Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte ou de ofício, mediante procedimento interno, observado o disposto neste decreto.

Art. 3º A Secretaria da Receita Federal, ao reconhecer o direito de crédito do sujeito passivo para restituição ou ressarcimento de tributo ou contribuição, mediante exames fiscais para cada caso, se verificar a existência de débito do requerente, compensará os dois valores.

Com a edição da Lei n. 10.637, de 30.12.2002, dando nova redação ao art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dispensou-se a prévia atuação da Secretaria da Receita Federal, considerando-se extinto o crédito compensado pelo contribuinte, sob condição resolutória de sua posterior homologação pela autoridade fiscal:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão. *(Redação dada pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 1º A compensação de que trata o **caput** será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física; *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

§ 5º A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo. *(Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)*

3. Diante do quadro legislativo acima traçado, e se atendendo à regra geral segundo a qual a lei aplicável à compensação é a vigente na data do encontro entre os débitos e créditos, resulta que (a) até 30.12.1991, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária; (b) de 30.12.1991 a 27.12.1996, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991; (c) de 27.12.1996 a 30.12.2002, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei n. 9.430/1996; (d) a partir de 30.12.2002, com a nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dada pela Lei n. 10.637/2002, foi autorizada, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação; (e) as limitações percentuais trazidas pelo art. 89 da Lei n. 8.212/1991, por expressa determinação do dispositivo, aplicam-se tão-somente às contribuições recolhidas ao INSS.

É de se ressaltar que as inovações legislativas do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, em suas sucessivas redações, restringem-se aos tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, por expressa disposição desses preceitos. No que diz respeito às contribuições recolhidas ao INSS, portanto, segue vigente a sistemática do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, aplicável a tributos pagos tanto à Receita Federal quanto ao INSS (**caput**), acrescida apenas da fixação de limites percentuais para a compensação, em cada competência, pelo art. 89 da Lei n. 8.212/1991, alterado pelas Leis ns. 9.032 e 9.129, ambas de 1995.

4. Assim sendo, é de ser provido, nessa parte, o recurso da Fazenda Nacional, para afirmar a impossibilidade de se compensarem créditos decorrentes de recolhimento indevido de Finsocial com débitos de Contribuição sobre a Folha de Salários, em razão de ser essa última arrecadada pelo INSS. É a jurisprudência firmada por precedentes entre os quais REsp n. 271.135/RS, Segunda Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 30.06.2003; REsp n. 496.203/RJ, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ em 09.06.2003. Quanto à compensação dos mesmos créditos com débitos referentes à Contribuição Social sobre o Lucro, somente será viável se o encontro de valores (débitos x créditos) for posterior à Lei n. 10.637, de 30.12.2002, caso em que pode ser promovida pelo contribuinte, prescindindo de prévia autorização pela Receita Federal.

5. Quanto às limitações percentuais estabelecidas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995, tem-se-as como inaplicáveis à compensação de valores indevidamente

pagos a título de Finsocial, como é o caso dos autos, restringindo-se seu âmbito de incidência às contribuições para a seguridade social arrecadadas pelo INSS, como reiteradamente explicitado no art. 89 da Lei n. 8.212/1991.

6. No que se refere à necessidade de que sejam os créditos a compensar líquidos e certos, tem-se que a certeza, na hipótese dos autos, advém do reconhecimento, pelo acórdão, da existência de recolhimentos efetuados pelas empresas a título de Finsocial, combinada com a declaração da inconstitucionalidade da cobrança do tributo, a qual já foi, inclusive, objeto de pronunciamento pelo STF. Nesse sentido, o posicionamento adotado no julgado AgRg no REsp n. 218.808/SP, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ em 17.12.1999, segundo o qual “inegável a certeza do crédito, diante do posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do tributo discutido”.

E, com relação à exigência de que sejam líquidos os créditos que se pretendem utilizar na compensação, adota-se o entendimento no sentido de que “a averiguação da liquidez e da certeza dos créditos e débitos compensáveis é da competência da Administração Pública, que fiscalizará o encontro de contas efetuado pelo contribuinte, providenciando a cobrança de eventual saldo devedor” (REsp n. 234.688/PE, Segunda Turma, Min. Peçanha Martins, DJ em 23.05.2003). É essa a orientação que se depreende da Súmula n. 83 desta Corte, que dispõe que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”, e também das mais recentes inovações legais na matéria, consubstanciadas na nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996. Cabe ao Poder Judiciário, assim, declarar o direito à compensação e seu conteúdo (espécies tributárias compensáveis, limites percentuais aplicáveis, etc.), ressalvado à autoridade fiscal o poder de verificar as contas apresentadas pelo contribuinte.

7. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial da Fazenda, para julgar improcedente o pedido de compensação; e integral provimento ao recurso das empresas, para afastar a incidência das limitações impostas pelas Leis ns. 9.032/1995 e 9.129/1995 à compensação dos valores referentes ao Finsocial. Ante o sucumbimento parcial e mútuo das recorrentes, ficam distribuídos e compensados os ônus sucumbenciais, nos termos do art. 21 do CPC.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 416.701 — SC (2002/0022304-9)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Transportes Marvel Ltda

Advogado: Agnaldo Chaise

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Tributário. Certidão Negativa de Débito (CND). Recusa do Fisco na expedição. Crédito declarado em DCTF. Constituição do débito.

1. A Declaração de Contribuições e Tributos Federais — DCTF constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente à exigência do referido crédito, **ex vi** do art. 5º, § 1º, do DL n. 2.124/1984.

2. O reconhecimento do débito tributário pelo contribuinte, mediante a DCTF, com a indicação precisa do sujeito passivo e a quantificação do montante devido, equivale ao próprio lançamento, restando o Fisco autorizado a proceder à inscrição do respectivo crédito em dívida ativa. Assim, não pago o débito no vencimento, torna-se imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte, sendo indevida a expedição de certidão negativa de sua existência.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto por Transportes Marvel Ltda, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão que reconheceu ser legítima a recusa do Fisco de expedir a Certidão Negativa de Débito — CND diante da existência de débitos confessados através de DCTF, que elide a necessidade de constituição formal do débito.

Sustenta a recorrente que a decisão hostilizada violou o disposto no art. 142 do CTN ao pressupor a existência de crédito tributário sem que fosse realizado o lançamento do tributo, além de divergir da jurisprudência desta Corte no sentido de que não se justifica negativa de fornecimento da CND antes da constituição definitiva do crédito tributário.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional aduz que, nos casos de autolancamento do débito, é desnecessária a instauração de procedimento administrativo para que seja considerado exigível o tributo.

Cumpra destacar que o Ministro Garcia Vieira, então Relator, negou seguimento ao presente recurso em decisão de fls. 190/191. No entanto, diante das razões expendidas no agravo regimental interposto pela Transportadora Marvel Ltda, ora recorrente, reconsiderou a decisão por entender cumprida a exigência do prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é ilegítimo o indeferimento de certidão negativa de débito quando, não tendo havido autolancamento pelo contribuinte, o Fisco também não efetua o lançamento de ofício.

Todavia, é diversa a situação verificada nos autos, quando o próprio contribuinte apresentou a Declaração de Contribuições e Tributos Federais — DCTF, documento que comunica a existência do crédito tributário, e que constitui “confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito” (art. 5º, § 1º, do DL n. 2.124/1984).

Desta forma, o reconhecimento do débito tributário pelo contribuinte, mediante a DCTF, com a indicação precisa do sujeito passivo e a quantificação do montante devido, equivale ao próprio lançamento, restando o Fisco autorizado a proceder à inscrição do respectivo crédito em dívida ativa.

Feita a declaração, haverá um débito formalizado e, portanto, certificável. Não pago no vencimento, torna-se imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte, **ex vi** do art. 5º, § 2º, do citado decreto-lei: “Não pago no prazo estabelecido pela legislação, o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de 20% (vinte por cento) e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, para efeito de cobrança executiva”. Assim, existindo débito fiscal exigível, é indevida a expedição de certidão negativa de sua existência. A propósito, cita-se os seguintes precedentes jurisprudenciais: Recursos Especiais ns. 445.561/SC, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ de 10.03.2003; 500.191/SP, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 23.06.2003; e 281.867/SC, Segunda Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.05.2003, este último ementado nos seguintes termos:

“Processual Civil e Tributário — Embargos à execução fiscal — IPI — Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) — Lançamento por homologação — Débito declarado — Constituição do crédito — Dissídio jurisprudencial não comprovado — Súmula n. 13 STJ — Violação a preceitos legais não configurada — Fundamentação deficiente — Inadmissibilidade — Precedentes.

(...) **omissis.**

— A título puramente elucidativo é pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que “nos tributos lançados por homologação, a declaração do contribuinte, através da DCTF, elide a necessidade da constituição formal de débito pelo Fisco podendo ser, em caso de não-pagamento no prazo, imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte” (REsp n. 445.561/SC, DJ de 10.03.2003).

— Recurso especial não conhecido.”

Pelas considerações expostas, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 443.910 — PR (2002/0079891-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcelo Coletto Pohlmann e outros

Recorrida: Paraná Refrigerantes S/A

Advogados: Geraldo Bemfica Teixeira e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda pessoa jurídica. Operações financeiras. Provisões para créditos de liquidação duvidosa. Princípio da legalidade. Ato normativo que extrapola o conteúdo da lei a que visa complementar.

1. A base de cálculo é elemento **ad substantia** do tributo, por isso que, a instituição deste, em obediência ao princípio da legalidade, depende de “lei no seu sentido estrito”.

2. A fonte primária do direito tributário é a “lei” porquanto dominado esse ramo pelo “princípio da legalidade” segundo o qual não há tributo sem lei que o estabeleça, como consectário de que ninguém deve ser coativamente instado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

3. O aumento de um tributo implica em alterar a lei instituidora da exação, razão pela qual, somente por nova lei pode ser majorado. Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

4. As normas complementares do direito tributário são de grande valia porquanto empreendem exegese uniforme a ser obedecida pelos agentes administrativos fiscais (art. 100, do CTN). Constituem, referidas normas, fonte do direito tributário porquanto integrantes da categoria “legislação tributária” (art. 96, do CTN).

5. O lucro real, que é a base de cálculo do IRPJ, é formado pela subtração do lucro operacional, que, por sua vez, a teor do art. 43, da Lei n. 4.506/1964, “será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as *provisões* e as perdas autorizadas por esta lei”.

6. Ato normativo que veda a inclusão de outros créditos de liquidação duvidosa nas provisões das pessoas jurídicas, **in casu**, o ADN CST n. 34/1976, amplia a base de cálculo do imposto de renda, haja vista que impede a dedução daqueles do lucro operacional, em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade.

7. A **ratio essendi** do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, visa a encartar

à provisão as perdas de crédito não recebidas. As “frustrações de recebimento” não são lucros senão custos ou despesas, em contraposição às receitas.

8. O § 2º, do art. 61, da Lei n. 4.506/1964 excluiu da base de cálculo das provisões para créditos de liquidação duvidosa aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio ou operações com garantia real, pelo que não poderia o ADN CST n. 34/1976 determinar a exclusão das aplicações financeiras, vedação não contemplada na lei.

9. A lei permitiu a fixação pela receita, através de norma regulamentar do “saldo adequado” aqui entendido como o percentual sobre o montante dos créditos frustrados. Não autorizou fossem criadas novas exceções à dedução das parcelas relativas às provisões de créditos de liquidação duvidosa por ato normativo, haja vista que somente a lei, em sentido estrito, poderia efetivar referida alteração

10. Em conseqüência, inexistente previsão legal, o disposto no ato declaratório normativo fere o princípio da estrita legalidade, regedor das normas de direito tributário, pelo que o recorrido agiu em conformidade com o ordenamento jurídico vigente à época.

11. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data do Julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Fazenda Nacional interpôs recurso especial, com fulcro na alínea **a**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra

acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 100):

“Tributário. IR. Provisão para créditos de liquidação duvidosa.

À exceção das exclusões determinadas no art. 61, § 2º, da Lei n. 4.506/1964 (vendas com reserva de domínio e com garantia real), nenhuma outra exclusão pode ser aceita e determinada pela autoridade administrativa, cuja atividade encontra limite nos termos da lei.”

Versam os autos ação anulatória de débito fiscal onde se pleiteia a nulidade da glosa efetivada pelo fisco, nas declarações de IRPJ de 1985 a 1988, com base em ato normativo, atinente à provisão para créditos de liquidação duvidosa, prevista no art. 60, I, da Lei n. 4.506/1964, haja vista que a única limitação legal consta do art. 61, § 2º, do mesmo diploma.

O r. juízo monocrático julgou procedente o pedido constante da inicial para declarar nulo o lançamento efetuado contra o autor, nos seguintes termos (fls. 78/80):

“(…)

O **caput** do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, sugere uma noção casuística de provisão para créditos de liquidação duvidosa, relacionando-a à absorção de perdas prováveis (A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício).

Tal noção casuística, entretanto, dirige-se não ao particular, mas ao regulamentador do saldo da provisão, que está referido no parágrafo 1º do artigo (o saldo adequado da provisão será fixado periodicamente pela Divisão do Imposto de Renda,...).

Já o parágrafo 2º, do mesmo art. 61, estabelece um critério objetivo abstrato, constante da percentagem de 3% sobre o montante dos créditos da empresa, excluídos alguns específica (**sic**) (enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de rendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos não liquidados e o total dos créditos da empresa).

Há que se convir que a proporção três para cem é baixa. Isto significa que o critério do legislador foi de proporcionalidade e não de probabilidade.

Se os créditos admitidos como base de cálculo da provisão fosse de inadimplência provável (alto risco), certamente a percentagem fosse (**sic**) bem superior.

Além disso, o dispositivo é absolutamente claro ao referir-se ao ‘montante dos créditos’, sem discriminar créditos que não os indicados.

A decisão administrativa dada ao caso, no sentido de admitir na base de cálculo da provisão apenas os créditos de origem operacional e de indiscutível risco, deixa o âmbito interpretativo para inserir-se, ilegalmente, no âmbito legislativo.

Portanto, julgo procedente a ação, para declarar nulo o lançamento efetuado contra o autor e, assim, inexigível. Condene a ré a ressarcir ao autor as custas processuais e a pagar-lhe honorários advocatícios no valor de vinte salários mínimos. Transitada em julgado esta, autorizo o levantamento dos valores depositados em garantia do juízo.

(...).”

Irresignada, apelou a Fazenda Nacional, tendo o Tribunal de origem, à unanimidade, negado provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração, apontando omissão quanto à análise dos arts. 96 e 100, I, do CTN, restaram os mesmos rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

“Processo Civil. Embargos de declaração. Prequestionamento.

Se não houve prequestionamento expresso anterior ao acórdão e a necessidade de prequestionar não nasceu dos termos do acórdão, então está preclusa a possibilidade de prequestionar.”

No presente recurso especial alega a Fazenda Nacional que o acórdão recorrido negou vigência aos seguintes dispositivos legais:

a) art. 61, **caput** e §§ 1^o e 2^o, da Lei n. 4.506/1964:

“Art. 61. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício.

§ 1^o O saldo adequado da provisão será fixado periodicamente pela Divisão do Imposto de Renda, a partir de 1^o de janeiro de 1965, para vigorar durante o prazo mínimo de um exercício, como percentagem sobre o montante dos créditos verificados no fim de cada ano, atendida a diversidade de operações e excluídos os de que trata o § 4^o.

§ 2º Enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de vendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos liquidados e o total dos créditos da empresa”.

b) arts. 96 e 100, do CTN:

“Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.”

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Aduz, em síntese, que não há ilegalidade no ADN CST n. 34/1976 pois referido ato normativo limitou-se a detalhar o alcance dos termos da Lei n. 4.506/1964, em observância aos arts. 96 e 100, do CTN, ao determinar que as aplicações financeiras de qualquer espécie devem ser excluídas da base de cálculo da provisão tendo em vista que não se referem à atividade operacional da empresa e não apresentam riscos de recebimento.

Contra-razões apresentadas pugnando pelo não-conhecimento do recurso, ante a ausência de fundamentação quanto às violações apontadas, a ausência de prequestionamento dos arts. 96 e 100, do CTN e dos parágrafos do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, ou, se conhecido, pelo seu improvimento, haja vista que a recorrida procedeu de acordo com a lei (art. 221, do RIR/1980 e arts. 60 e 61, da Lei n. 4.506/1964), e não com suporte em mero ato declaratório como pretende a Fazenda recorrente. Em suas palavras:

“(…)

A controvérsia, bem dirimida pela r. sentença, prende-se à ‘provisão para créditos de liquidação duvidosa’, entendendo o Fisco por glosar alguns valores com ‘suporte’ em um ‘Ato Declaratório’, enquanto que a apelada procedeu em conformidade com a lei.

O primeiro diploma legal ao tratar da matéria foi a Lei n. 4.506/1964, cujo sistema foi posteriormente incorporado pelo Regulamento do Imposto de Renda aplicável à época, no seu artigo 221. Determina a citada Lei rir (**sic**). 4.506/1964:

‘Art. 61. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício.

§ 2º Enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de vendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos liquidados e o total dos créditos da empresa.’

O Regulamento do Imposto de Renda da época, como supra exposto, manda aplicar o disposto na Lei rir. (**sic**) 4.506/1964:

‘Art. 221. Poderão ser registradas, como custo ou despesa operacional, as importâncias necessárias à formação de provisão para créditos de liquidação duvidosa (Lei n. 4.506/1964, art. 60, I).’

Impende considerar que, fora as restrições da lei específica, no Regulamento do Imposto de Renda outra restrição foi incluída (vendas com alienação fiduciária em garantia), embora tal não decorresse de lei, podendo ser contestada. Desta forma, de acordo com a legislação, somente não poderiam compor a base de cálculo da provisão os seguintes créditos: a) vendas com reservas de domínio; b) operações com garantia real, e c) vendas com alienação fiduciária em garantia.

Todos os demais créditos, pelo texto de lei, poderiam ser utilizados como base de cálculo. E foi assim que a recorrida procedeu, porque somente a lei pode determinar e obrigar, como aliás, decorre do princípio constitucional da legalidade.

Entretanto, a autoridade fiscal exigiu os valores tomando como suporte não a lei, mas o 'Ato Declaratório Normativo CST n. 34/1976', que, usurpando os poderes do legislador, determinou que somente os créditos oriundos da atividade operacional da empresa poderiam compor a base de cálculo da provisão para créditos de liquidação duvidosa.

Agora, insiste a União nesse entendimento do Fisco, o qual não pode prevalecer, como aliás, bem determinado em sentença, porque os valores que a apelada utilizou para a base de cálculo foram aqueles permitidos na lei, não podendo a norma meramente administrativa citada modificá-la, ampliando indevidamente seu conteúdo.

Ora, a lei não manda excluir da base de cálculo as verbas que o mesmo glosou. Não existe suporte legal para sustentar a exigibilidade fiscal. A lei utiliza a palavra 'créditos', não podendo o intérprete, com base em mero ato declaratório, reduzir a sua aplicação. À exceção das exclusões determinadas em lei (vendas com reserva de domínio e com garantia real), nenhuma outra exclusão pode ser aceita e determinada pela autoridade administrativa, cuja atividade encontra limite nos termos da lei.

(...)

Além disso, o dispositivo é absolutamente claro ao referir-se ao 'montante dos créditos', sem discriminar créditos que não os indicados (sentença, fl. 79 — sem destaque no original).

(...)"

Realizado o juízo de admissibilidade positivo, pela instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, verifica-se a ausência de prequestionamento dos arts. 96 e 100, do CTN, haja vista que o acórdão recorrido, em nenhum momento, manifestou-se quanto à matéria de referidos preceitos legais, nem mesmo quando provocado por meio dos embargos de declaração.

É de sabença que nos casos em que o tribunal de 2ª instância se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão proferido quando do julgamento dos embargos, em vez de insistir na tese da violação do dispositivo legal não apreciado.

Incide, assim, o óbice do enunciado da Súmula n. 211 do STJ, **verbis**:

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

Não obstante, a tese sustentada nos referidos dispositivos resta por ser analisada, haja vista que o tema versa o princípio da legalidade e o que se discute é se um ato normativo menor componente do gênero “Legislação Tributária”, ao reproduzir o objeto da lei, afrontou-a.

No que pertine à alegação constante das contra-razões da recorrida de que os parágrafos do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, não foram prequestionados, a sua improcedência, é manifesta, tanto mais que a matéria versada nos referidos preceitos foi devidamente ventilada no voto-condutor do aresto hostilizado, pelo que, nesta parte, o recurso merece ser conhecido.

Meritoriamente, sustenta a Fazenda Nacional que a glosa efetuada nas declarações do IRPJ de 1985 a 1988 da recorrida se fez com base no ADN CST n. 34/1976, que se limitou a detalhar o alcance dos termos da Lei n. 4.506/1964, ao determinar que as aplicações financeiras de qualquer espécie deveriam ser excluídas da base de cálculo da provisão tendo em vista que não se referem à atividade operacional da empresa e não apresentam riscos de recebimento.

Inicialmente, assente-se que “atos meramente administrativos” não podem determinar base de cálculo inexistente em lei.

Deveras, a base de cálculo é elemento **ad substantia** do tributo, por isso que, a instituição deste em obediência ao princípio da legalidade, depende de “lei no seu sentido estrito”.

Sob essa ótica, é uníssona a doutrina ao distinguir lei e legislação tributária, esta, interdita quanto à criação de tributo e, **a fortiori**, também no que concerne à ampliação da base de cálculo.

Conforme sabido, a fonte primária do direito tributário é a “lei” porquanto dominado esse ramo pelo “princípio da legalidade”. Segundo esse cânone, não há tributo sem lei que o estabeleça, como consectário de que ninguém deve ser coativamente instado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Deveras, no campo tributário impõe-se distinguir a “lei” da “legislação tributária” cuja acepção é mais ampla do que a daquela. Consoante observar-se-á, no afã de explicitar os comandos legais, vale-se o legislador tributário não só da lei no sentido formal, mas também de outros atos materialmente legislativos, como os decretos, as circulares, portarias, etc., sem considerarmos, na atualidade, a profusão das “medidas provisórias”, retratos atualizados dos antigos decretos-lei.

Nesse sentido dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 96 - A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

O princípio da legalidade tributária faz da lei a fonte principal dos tributos.

A Constituição Federal, fonte primacial de todas as leis, dispõe no seu art. 150

verbis:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Nesse segmento, complementa o preceito constitucional a norma do art. 97, do CTN :

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Esse princípio da legalidade tributária figura, ele próprio, como garantia do cidadão, insuperável até mesmo por razões especiais, por isso que, nem os tributos por motivo de guerra podem ser instituídos independentemente de lei.

Mister destacar que por vezes, a própria lei não apresenta normatividade sufi-

ciente, reclamando regras outras que a explicitem. De toda sorte, o tributo em si com todos os seus elementos constitutivos vem definido na lei, cabendo à regra secundária; e que por isso também é fonte do direito tributário, especificar detalhes que escaparam à norma primária.

A gradação entre as leis, segundo o processo legislativo a que se submetem é de extrema importância para o direito tributário, uma vez que o princípio da legalidade reclama obediência a essas “reservas legais”. Assim, o que pode ser objeto de lei ordinária não pode sê-lo de lei complementar e vice-versa.

Nesse segmento, a Constituição Federal é expressa ao dispor:

“Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

Esse aspecto formal, singulariza a lei complementar, posicionando-a com destaque na pirâmide das regras jurídicas destinadas a regular, dentre alguns temas, situações relevantes para o direito tributário.

Peculiaridade deveras excepcional encontra-se no nosso Código Tributário. É que, originariamente, o mesmo foi promulgado por lei ordinária. Não obstante, versa matéria reservada à lei complementar. Por essa razão, assumiu essa eminência incontestada, de tal sorte que se afirma recepcionado como lei complementar e só por aquele **quorum** constitucional pode ser alterado.

Isto porque, dispõe a Constituição Federal que cabe à lei complementar, dentre outras atribuições estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. (art. 146 da CF).

Por seu turno, o Código Tributário Nacional, no seu primeiro dispositivo asenta:

“Art. 1º Esta lei regula, com fundamento na Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no art. 5º, XV, **b**, da Constituição Federal, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar.”

Essa a razão pela qual o CTN adquiriu o **status** de lei complementar e como tal dever ser tratado nos seus aspectos materiais e formais.

Destarte, muito embora a lei complementar figure como pré-requisito para a criação de alguns tributos, em regra essa instituição perfaz-se por lei ordinária.

Assim, **v.g.**: o aumento de um tributo implica em alterar a lei instituidora da exação, razão pela qual, somente por nova lei pode ser majorado. Entretanto, forçoso relembrar que, por um lado, equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso e por outro, não constitui majoração de tributo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo. (Art. 97 §§ 1^o e 2^o do CTN).

Interessante “mitigação” ao princípio consagra a Carta Magna ao dispor no art. 153, § 1^o:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1^o É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

Observe-se que o rompimento da legalidade tributária nesses casos é ténue porquanto os tributos mencionados são criados por lei e a alteração das alíquotas, mercê de empreendida pelo Poder Executivo, obedece à lei que lhe impõe condições e limites.

Apona-se, ainda, no campo da mitigação do princípio a possibilidade de edição de “resolução” do Senado Federal no estabelecimento de alíquotas, nas condições previstas no artigo 155, § 2^o, da CF.

As leis tributárias, em regra, consagram os princípios básicos acerca de determinado tributo, relegando a um ato do Poder Executivo das respectivas esferas

donde proveio a lei(federal, estadual ou municipal) a sua regulamentação amiúde. Esse ato é o denominado decreto regulamentar, ou simplesmente, regulamento, como **v.g.**; o regulamento do imposto de renda.

Os regulamentos destinam-se, assim, à especificação da execução da lei nos seus mínimos detalhes, sem alterar-lhe , contudo, a previsão genérica. Atuam para explicitá-la mas não para suprir as suas lacunas.

Em regra, somente as leis executadas pela Administração e que não são auto-suficientes é que são regulamentadas; as aplicáveis pelo Poder Judiciário apresentam normatividade integral. Por isso, **v.g.**; o Código Civil não é passível de regulamentação senão de interpretação ou integração pelo próprio aplicador.

Sob o prisma objetivo são “atos administrativos com conteúdo de lei”.

Assim é que dispõe o art. 84 da CF:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

A “fiel execução” repassa a idéia de que o regulamento exterioriza a **mens legislatoris**, insindicável na sua aplicação.

Por essa razão, diz-se que na parte em que o regulamento, afastando-se da lei, cria direito novo, é inconstitucional, posto invasivo da função reservada ao Poder Legislativo. Está assim, o regulamento subordinado ao princípio da legalidade ou da reserva de lei. A hierarquia normativa impõe-no restringir-se às especificações práticas da lei.

Não é por outra razão que a Carta Federal no art. 49, inciso V, autoriza o Congresso Nacional a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Na mesma esteira o CTN dispõe:

“Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei.”

Na prática deste ato materialmente legislativo, “o decreto aprova o regulamento que o acompanha”. O decreto, no âmbito federal, é ato do Presidente, e o regulamento, ato do integrante do Poder Executivo incumbido, **interna corporis**, de elaborá-lo.

A mesma sistemática pode ser adotada no âmbito das demais unidades da Federação, com a edição de regulamentos estaduais e municipais.

Deveras, comum no sistema da Administração as “instruções normativas” fazerem às vezes dos regulamentos e por isso, como tais são tratadas.

Não obstante a regra seja a edição de regulamentos de execução, aduz-se a “regulamentos autônomos”, os quais, como evidente não podem instituir tributos, senão atuar em espaço inocente não reservado à lei.

O regulamento de execução explicita a forma de atuar da lei na prática tributária, encerrando interpretação autêntica e contemporânea ao diploma base.

Em face dessa sua adstrição é princípio assente a sua inaptidão para criar direitos e deveres, como isenções fiscais, previsão de infrações e sanções respectivas. Não obstante, mister observar que como decorrência da presunção de legitimidade do ato administrativo e em prol do contribuinte, dispõe o CTN que:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Questão regulamentar elegante é a que pertine à criação, mesmo inconstitucional, de benefício fiscal através do regulamento.

Sustenta-se em boa sede doutrinária que o princípio da legalidade defende o contribuinte mas não pode ser utilizado em seu desfavor. Em consequência, o favor fiscal perduraria até a declaração de inconstitucionalidade do ato regulamentar, respeitadas os direitos adquiridos.

Entendemos que o defeito não se convalida, máxime porque, os benefícios contra o fisco reclamam sempre interpretação restritiva, na forma do art. 111 do CTN. Deveras, regulamento contra ou acima da lei, não cria direitos, não obriga, nem prevalece.

Outra questão constante é a referente à possibilidade de o regulamento exacerbar a base de cálculo via operação de atualização.

A matéria vem elucidada no art. 97 do CTN que após assentar a regra de que “somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos, ou a sua extinção; a majoração de tributos, ou sua redução, a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo; a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; e as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Esclarece que não obstante equiparar-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso, a isso não equivale a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

A jurisprudência entretanto vem consagrando a tese de que a correção há de estar prevista na lei instituidora da exação e o decreto regulamentar há de explicitar o **quantum** previsto e os critérios adotados.

A lei em regra prevê o regulamento subsequente, sendo certo que, se determinada previsão constitucional relega a sua especificação infraconstitucional à “lei regulamentadora”, essa expressão há de ser entendida à luz do princípio da reserva legal, vetada a edição de “regulamento autônomo”.

Além da função de explicitação da lei, os decretos servem a algumas finalidades não encartadas na “reserva legal”.

Assim é que “é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”. (Art. 153, § 1º da CF).

Essa faculdade decorre da natureza dos tributos, da sua função extrafiscal e da necessidade de dotar-se o Poder Executivo de um instrumento mais ágil do que o que se submete ao processo legislativo ordinário para regular a vida econômica do País. Por essa razão, é possível, por decreto alterar as alíquotas do imposto de importação, exportação, IOF etc.

A validade formal do regulamento exige publicação do decreto instituidor e referendo da autoridade administrativa incumbida de velar pela sua execução “na área de sua competência”.

Di-lo o artigo 87, parágrafo único, da Constituição Federal:

“Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos”.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência e ‘referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República’”(destaque nosso).

As normas complementares do direito tributário são de grande valia porquanto empreendem exegese uniforme a ser obedecida pelos agentes administrativos fiscais são assim consideradas pelo art. 100 do Código Tributário Nacional:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

Em conseqüência, as normas complementares assim consideradas constituem fonte do direito tributário porquanto integrantes da categoria “legislação tributária”. Nesse sentido dispõe o artigo 96 do CTN: “a expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as *normas complementares* que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”.

O dispositivo ao distinguir leis e normas complementares timbra a diferença entre a fonte ora enfocada e as leis complementares à Constituição.

As normas complementares apresentam pontos comuns com os decretos posto “complementarem” a legislação, sem dela fugir e encerram atos subjetivamente administrativos e materialmente legislativos.

Considerando que podem complementar decretos, situam-se abaixo deles na pirâmide hierárquica das normas jurídicas .

Muito embora a norma complementar não possa invadir o espaço de reserva de lei, se o fizer e o contribuinte segui-la, a presunção de legitimidade dos atos administrativos implica em que a observância da regra complementar exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, na forma do parágrafo único do citado art. 100 do CTN.

Uma das normas consideradas “complementares” são as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa.

Essas decisões são fruto de deliberações colegiadas ou singulares dos órgãos administrativos incumbidos de decidir litígios fiscais ainda na esfera extrajudicial. A atribuição de eficácia normativa a essas decisões é que lhes empresta caráter de “norma complementar tributária”. Pertence a essa categoria, também, os “pareceres normativos” oriundos de consultas e com função uniformizadora.

A consagração dessa fonte revela um aspecto paradoxal do sistema. É que o direito brasileiro adota a “unidade da jurisdição” posto não integrar essa função estatal o denominado “contencioso administrativo”.

Nada obstante, as decisões oriundas desses contenciosos adquirem, por força de lei, a categoria de fontes do direito, enquanto que a “jurisprudência dos Tribunais”, em si, não são assim consideradas em razão da tripartição constitucional dos poderes.

Como de sabinça, a jurisprudência vale para o caso concreto.

Deveras, as novas técnicas processuais de agilização da prestação da jurisdição vêm introduzindo notáveis modificações calcadas na “força da jurisprudência”, admitindo decisões monocráticas dos órgãos colegiados, quando a decisão objeto do recurso ou está conforme a jurisprudência ou confronta com a mesma. Exemplos dessa nova estratégia processual vêm previstos nos artigos 557 e 544 do CPC.

Assim, muito embora formalmente a jurisprudência não seja fonte consagrada, a sua função uniformizadora e complementar é inegável.

Deveras, considere-se a proposta iminente da implantação da súmula vinculante, a equiparar o sistema brasileiro do *civil law* ao anglo-saxônico do *common law* (precedente judiciário).

Acerca delas dispõe o art. 146 do CTN que: “a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do ‘lançamento’ somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

Magnífico exemplo de que nalguns ramos como o comercial, o costume é fonte do direito, é conferido pelo direito tributário ao considerar norma complementar “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”. Assim, **v.g.**: se é prática a remessa dos carnês de pagamento do tributo, não é crível que se imponha sanção ao contribuinte que não foi buscar o documento, na reparação, ao implemento fiscal.

O costume é servil ao particular na demonstração de que agiu consoante à administração tributária sempre admitiu, viabilizando a exclusão de sanções.

A função expressiva do costume é a sua manifestação de cunho interpretativo, revelando, através da praxe tributária a exegese que a Administração empresta ao instituto.

Normas complementares de utilização constante são “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas” e “os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Os primeiros consubstanciados em portarias, ordens de serviço, instruções normativas etc.

Em regra essas portarias e circulares são normas dirigidas aos órgãos administrativos subordinados, as servem às defesas em juízo sobre a adequação da conduta da Administração ou dos administrados em relação ao seu conteúdo.

Os convênios distinguem-se das normas complementares, em regra **erga omnes** posto serem **res inter alios**.

Exemplos de convênios fornecidos pelo CTN são: I) os firmados pela Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios visando à prestação mútua de assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações inclusive com Estados estrangeiros (art. 199 do CTN); II) os firmados pelos Estados pertencentes a uma mesma região geoeconômica para o estabelecimento de alíquota uniforme para o ICMS; III) os firmados pelo Poder Executivo com os Estados, para excluir ou limitar a incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, no caso de exportação para o Exterior. (Artigos 213 e 214 do CTN).

Nesse passo, leciona **Hugo de Brito Machado**, in “Curso de Direito Tributário”, Malheiros, 20ª ed., 2001, pp. 81/82, quanto à submissão dos atos normativos à lei:

“(...)”

Não há de se confundir normas complementares com leis complementares. As primeiras são as de que trata o art. 100 do CTN, enquanto as últimas são complementares da Constituição Federal e estão em plano hierárquico superior às próprias leis ordinárias.

As normas complementares são, formalmente, atos administrativos, mas materialmente são leis. Assim se pode dizer que são leis em sentido amplo e estão compreendidas na legislação tributária, conforme, aliás, o art. 96 do CTN determina expressamente.

Diz-se que são complementares porque se destinam a completar o texto das leis, dos tratados e convenções internacionais e decretos. Limitam-se a completar. Não podem inovar ou de qualquer forma modificar o texto da norma que complementam. Além de não poderem invadir o campo da reserva

legal, devem observância também aos decretos e regulamentos, que se colocam em posição superior porque editados pelo Chefe do Poder Executivo, e a este os que editam as normas complementares são subordinados.

(...)

Como regras jurídicas de categoria inferior, as normas complementares evidentemente não podem modificar as leis, nem os decretos e regulamentos. Por isso não asseguram ao contribuinte o direito de não pagar um tributo que seja efetivamente devido, nos termos da lei. Mas, se o não-pagamento se deveu à observância de uma norma complementar, o contribuinte fica a salvo de penalidades, bem como da cobrança de juros moratórios e correção monetária. O art. 100 do CTN assim o determina. Não seria justo punir o contribuinte que se conduzir de acordo com a norma, embora ilegal, editada pela própria Administração Tributária.

(...)”

Na mesma obra, referido autor traça a diferenciação das expressões “Lei” e “Legislação Tributária” e trata do Princípio da Legalidade, nos seguintes termos (ob. cit. pp. 71/72 e pp. 74/76):

“1. Lei e Legislação

De acordo com a terminologia adotada pelo Código Tributário Nacional, lei e legislação tributária não se confundem. Para melhor entender a distinção, recorde-se o significado da palavra lei.

Em sentido formal, lei é o ato jurídico produzido pelo Poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição. Diz-se que o ato tem a forma de lei. Foi feito por quem tem competência para fazê-lo, e na forma estabelecida para tanto, pela Constituição. Nem todos os atos dessa categoria, entretanto, são leis em sentido material.

Em sentido material, lei é o ato jurídico normativo, vale dizer, que contém uma regra de direito objetivo, dotada de hipoteticidade. Em outras palavras, a lei, em sentido material, é uma prescrição jurídica hipotética, que não se reporta a um fato individualizado no tempo e no espaço, mas a um modelo, a um tipo. É uma norma. Nem sempre as leis em sentido material são leis em sentido formal.

Assim, a palavra lei tem um sentido amplo e outro restrito. Lei, em sentido amplo, é qualquer ato jurídico que se compreenda no conceito de lei em sentido formal ou em sentido material. Basta que seja lei formalmente, ou materialmente, para ser lei em sentido amplo. Já em sentido restrito só é a lei aquela que o seja tanto em sentido formal como em sentido material.

No Código Tributário Nacional, a palavra lei é utilizada em seu sentido restrito, significando regra jurídica de caráter geral e abstrato, emanada do Poder ao qual a Constituição atribui competência legislativa, com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis. Só é lei, portanto, no sentido em que a palavra é empregada no CTN, a norma jurídica elaborada pelo Poder competente para legislar, nos termos da Constituição, observado o processo nesta estabelecido.

Já a palavra legislação, como utilizada no CTN, significa lei em sentido amplo, abrangendo, além das leis em sentido restrito, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. É o que dispõe o art. 96 do CTN. Mas isso não significa dizer que também as próprias disposições constitucionais, dos atos e das leis complementares, dos decretos-leis, convênios interestaduais e outros atos normativos pertinentes à matéria não se compreendem no conceito de legislação tributária. O disposto no art. 96 do CTN não tem o sentido de restringir o conceito de legislação tributária, mas de mostrar sua amplitude em comparação com o conceito de lei tributária.

A distinção entre lei e legislação é de grande relevância na interpretação do Código Tributário Nacional.

(...)

3. Princípio da Legalidade

(...)

Recorde-se que o princípio da legalidade é, no plano do Direito Constitucional, o princípio pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No Direito Tributário tem-se uma especificação desse princípio, que se costuma chamar princípio da legalidade tributária, significando que nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que o seja por lei.

Segundo o art. 97 do CTN, somente a lei pode estabelecer:

- a) a instituição de tributos ou sua extinção;
- b) a majoração de tributos ou sua redução, com as ressalvas que indica;
- c) a definição do fato gerador da obrigação principal e do seu sujeito passivo;
- d) a fixação da alíquota do tributo e de sua base de cálculo, com as ressalvas que menciona;

e) a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

f) as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou dispensa ou redução de penalidades.

Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo que importa torná-lo mais oneroso (art. 97, § 1^o), mas não a simples atualização monetária (art. 97, § 2^o).

(...)

Quanto à instituição e à extinção do tributo não há ressalvas. Até mesmo o imposto especial, lançado por motivo de guerra, está sujeito ao princípio da legalidade. Só por lei pode ser o tributo criado ou extinto (CTN, art. 97, I). Lei, em sentido restrito, da entidade titular da competência tributária respectiva. O tributo federal só por lei da União pode ser criado ou extinto. O estadual, só por lei do Estado, e o municipal, só por lei do Município respectivo.

Em casos especiais, expressamente indicados pela Constituição, o tributo só pode ser criado por lei complementar. A regra geral, todavia, é de que a lei ordinária é o instrumento hábil para a criação do tributo.

(...)

O tributo criado por lei só por lei pode ser aumentado. Nem seria necessário que a Constituição fosse explícita no pertinente ao aumento. Aumentar o tributo é modificar a lei que o criou, e uma lei só por outra pode ser modificada. A explicitude da Constituição decorre certamente da forma pela qual o princípio da legalidade estava em Constituições anteriores, conectado, no mesmo sentido, com o princípio da anterioridade, ao qual eram feitas ressalvas.

(...)

O princípio da legalidade diz respeito ao instrumento jurídico utilizado para a criação ou aumento dos tributos. Esse instrumento há de ser a lei. Não outro ato normativo. As ressalvas a esse princípio, portanto, dizem respeito ao instrumento jurídico. Implicam admitir-se o aumento de tributo por ato diverso da lei, bastando que esta estabeleça as condições e os limites dentro dos quais o Poder Executivo poderá alterar as alíquotas respectivas...

(...)”

Por oportuno, ressalte-se a lição de **Roque Antônio Carrazza**, in “Curso de Direito Constitucional Tributário”, Malheiros, 17^a ed., 2001, (pp. 216/226), ao dissertar sobre a estrita observância do Princípio da Legalidade:

“(…)

O princípio da legalidade, em matéria tributária, domina, na maioria dos países, o tema inteiro, tanto que costuma ser expresso no aforismo **nullum vectigal sine lege**. Com isso queremos significar que a pretensão estatal, neste setor, se exerce, nos Estados do chamado mundo ocidental, por um interesse público e nasce de uma relação jurídica, cuja fonte exclusiva é a lei.

No campo tributário, o princípio da legalidade ‘trata de garantir essencialmente a exigência de auto-imposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e, em consequência, os tributos que, de cada um deles, podem ser exigidos’.

Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (art. 5º, I e art. 150, II, ambos da CF), irretroativa (art. 150, III, **a**, da CF), não-confiscatória (art. 150, IV, da CF) etc.

O tributo, pois, deve nascer da lei (editada, por óbvio, pela pessoa política competente).

Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária (hipótese de incidência do tributo, seus sujeitos ativo e passivo e suas bases de cálculo e alíquotas), não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao Poder Executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da hipótese de incidência do tributo, como também, de seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota).

Resta evidente, portanto, que o Executivo não poderá apontar — nem mesmo por delegação legislativa — nenhum aspecto essencial da norma jurídica tributária, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Não discrepa desta linha **Paulo de Barros Carvalho**: ‘Assinale-se que à lei instituidora do gravame é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra matriz da exação, motivo porque é inconstitucional certa prática, cediça do ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos administrativos completem o perfil dos tributos. É o que acontece com diplomas normativos que autorizam certos órgãos da Administração Pública Federal a expedirem normas que dão acabamento à figura tributária concebida pelo legislador ordinário. Mesmo nos casos em que a Constituição dá ao Executivo

Federal a prerrogativa de manipular o sistema de alíquotas, como no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), tudo se faz dentro de limites que a lei especifica.’

(...)

Oportuno lembrar que, no Brasil, a rigidez da Constituição opõe limites ao legislador (federal, estadual, municipal e distrital), máxime em matéria tributária.

De fato, em nosso ordenamento jurídico, os tributos só podem ser instituídos e arrecadados com base em lei. Este postulado vale não só para os impostos, como para as taxas e contribuições, que, estabelecidas coercitivamente, também invadem a esfera patrimonial privada.

No direito positivo pátrio o assunto foi levado às últimas conseqüências, já que uma interpretação sistemática do Texto Magno revela que só a lei ordinária (lei em sentido orgânico-formal) pode criar ou aumentar tributos. Dito de outro modo, só à lei — tomada na acepção técnico-específica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência aos trâmites e formalidades exigidos pela Constituição — é dado criar ou aumentar tributos.

Lembramos que, entre nós, existe um princípio de submetimento do legislador à Constituição; é ele que determina a própria validade da lei.

As leis só são válidas quando produzidas dentro da Constituição e, além disso, de acordo com seus grandes princípios.

À vista de todo o exposto, o princípio da legalidade, no pertinente à instituição ou ao aumento de tributo, manifesta-se, entre nós, como princípio da reserva absoluta da lei formal, entendido no sentido de que a lei ordinária (federal, estadual, municipal ou distrital), necessariamente minuciosa, ‘(...) deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto’, de modo que esta possa ser obtida ‘(...) por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato da norma, independentemente de qualquer valoração pessoal’.

(...)

Como se viu, todos os elementos essenciais do tributo devem ser erigidos abstratamente pela lei, para que se considerem cumpridas as exigências do princípio da legalidade. Convém lembrar que são ‘elementos essenciais’ do tributo os que, de algum modo, influem no **na** e no **quantum** da obrigação tributária.

(...)”

Feitas referidas ponderações quanto ao princípio da estrita legalidade, norteador do Direito Tributário pátrio, e a conseqüente vinculação dos atos normativos à lei a que visa complementar, passa-se à análise da legislação pertinente ao caso **sub judice**.

A Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, vigente quando da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas correspondente aos exercícios de 1985 a 1988, dispunha, em seu art. 43, que o “lucro operacional será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por esta lei”.

O art. 60, inciso I, da referida norma legal, continha na autorização do registro dos custos ou despesas operacionais as importâncias necessárias à formação de provisões para créditos de liquidação duvidosa.

Por sua vez, o art. 61 da Lei n. 4.506/1964 determinava quais importâncias seriam dedutíveis do lucro real como provisão para créditos de liquidação duvidosa, **verbis**:

“Art. 61. A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa será a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que provavelmente ocorrerão no recebimento dos créditos existentes ao fim de cada exercício.

§ 1º O saldo adequado da provisão será fixado periodicamente pela Divisão do Imposto de Renda, a partir de 1º de janeiro de 1965, para vigorar durante o prazo mínimo de um exercício, como percentagem sobre o montante dos créditos verificados no fim de cada ano, atendida a diversidade de operações e excluídos os de que trata o § 4º.

§ 2º Enquanto não forem fixadas as percentagens previstas no parágrafo anterior, o saldo adequado da provisão será de 3% (três por cento) sobre o montante dos créditos, excluídos os provenientes de vendas com reserva de domínio, ou de operações com garantia real, podendo essa percentagem ser excedida até o máximo da relação, observada nos últimos 3 (três) anos, entre os créditos liquidados e o total dos créditos da empresa”.

Da leitura de referido dispositivo legal, verifica-se que a provisão para créditos de liquidação duvidosa incide sobre o montante dos créditos, excluídos, somente, *aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio ou de operações com garantia real*.

Contudo, o Ato Declaratório Normativo CST n. 34/1976 determinou a exclusão da base de cálculo da provisão para créditos de liquidação duvidosa, *as aplica-*

ções financeiras, alargando, portanto, a abrangência da Lei n. 4.506/1964, a qual, no seu § 2º, previa, apenas, aqueles atos decorrentes de vendas com reserva de domínio e com garantia real.

Em assim sendo, o ADN/CST 34/1976, inserto no conceito de legislação tributária, instituiu base de cálculo do Imposto de Renda diversa da prevista na Lei n. 4.506/1964, lei em sentido estrito.

Isso porque, o lucro real, que é a base de cálculo do IRPJ é formado pela subtração do lucro operacional, que, por sua vez, a teor do art. 43, da Lei n. 4.506/1964, “será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as *provisões* e as perdas autorizadas por esta lei”.

Por conseguinte, o referido ato normativo que vedou a inclusão de outros créditos de liquidação duvidosa nas provisões das Pessoas Jurídicas alargou a base de cálculo do imposto de renda, haja vista que impediu a sua dedução do lucro operacional.

No que pertine à exata exegese da Lei n. 4.506/1964, que estabelecia taxativamente quais os créditos impassíveis de serem registrados como provisão para liquidação duvidosa, lecionam **Fábio Junqueira de Carvalho** e **Maria Inês Murgel**, in “IRPJ — Teoria e Prática Jurídica”, 2ª ed, 2000, Dialética, pp. 195/199:

“16.1.1. Histórico legislativo da provisão para créditos de liquidação duvidosa.

O legislador do Imposto de Renda, ao elencar as despesas dedutíveis do resultado bruto das operações econômicas realizadas pela empresa, considerava como dedutível o risco de perdas pelo inadimplemento do pagamento a ela eventualmente devido.

De fato, dispunha o artigo 277 do RIR/1994 que poderiam ser registradas, como custo ou despesa operacional, as importâncias necessárias à formação de provisão para créditos de liquidação duvidosa (Lei n. 4.506/1964, art. 60, I).

A importância dedutível como provisão para créditos de liquidação duvidosa era a necessária a tornar a provisão suficiente para absorver as perdas que ocorrerão nos recebimentos dos créditos existentes ao fim de cada período de apuração do lucro real (Lei n. 4.506/1964, art. 61, Lei n. 8.981/1995, art. 43, § 1ª).

A legislação somente era explícita no sentido de dever abranger, tal montante de créditos, exclusivamente os créditos oriundos da exploração da atividade econômica da pessoa jurídica, decorrentes da venda de bens nas operações de conta própria, dos serviços prestados e das operações de conta alheia (Lei n. 8.981/1995, art. 43, § 2ª).

Pelo exposto, todo e qualquer crédito da empresa era passível de constituir a provisão para devedores duvidosos, excetuando-se aqueles que a lei expressamente determinava. O rol de créditos impossibilitados de constituir a provisão para devedores duvidosos, deveria ser restritivamente observado, sendo defeso ao intérprete alargá-lo, ou considerar qualquer outro crédito, via interpretação analógica, alcançado pela restrição. De fato, a Lei n. 8.981/1995, em seu artigo 43, § 3º, estabelecia que deveriam ser excluídos dos créditos dedutíveis como provisão para créditos de liquidação duvidosa:

(...)

Nunca se questionou o grau de solvência dos devedores, tampouco a extensão de seu crédito. Por tal razão, mesmo se comprovada a real dificuldade de liquidação de um determinado crédito, ao mesmo era aplicado a taxa de risco estipulada para qualquer outro crédito (3% até 31.12.1995 e 1,5% até 21.12.1994), quando a mesma era fixada.

A partir de janeiro de 1995 até 31 de dezembro de 1996, para efeito de determinação do saldo adequado da provisão, passou-se a aplicar, sobre o montante dos créditos de liquidação duvidosa, o percentual obtido pela relação entre a soma das perdas efetivamente ocorridas nos últimos três anos-calendários, relativas aos créditos decorrentes do exercício da atividade econômica, e a soma dos créditos da mesma espécie existentes no início dos anos-calendários correspondentes. Tal norma determinava a observância das seguintes regras:

(...)

Imperioso registrar que as regras impostas pelo artigo 43 da Lei n. 8.981/1995 gerou vários questionamentos por parte das instituições financeiras, que se viram especialmente prejudicadas pela citada norma restritiva. Isto porque até o advento da Lei em comento, as instituições financeiras podiam deduzir o montante global da provisão para créditos em liquidação constituída segundo a determinação expressa na Lei n. 4.595/1964 e da Resolução CMN n. 1.748, ao amparo da Lei n. 4.506/1964. Com a instituição da Lei n. 8.981/1995, cujo artigo 43 trata de regras restritivas ao contribuinte quanto à dedução da provisão para devedores duvidosos, a Administração Fazendária entendeu ser aplicável, tais regras, às provisões para créditos em liquidação.

A jurisprudência não é uniforme ao tratar desta questão. Há quem defenda que a provisão para créditos em liquidação subsume-se à noção de despesa operacional fixada pelo artigo 47 da Lei n. 4.506/1964. Sendo assim, as limitações contidas no artigo 43 da Lei n. 8.981/1995 feririam o conceito de

renda descrito no artigo 43 do Código Tributário Nacional, bem como o princípio constitucional da capacidade contributiva. Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar um pedido de suspensão de segurança, se pronunciou no sentido de não parecer que da competência do Conselho Monetário Nacional para expedir normas gerais de contabilidade, a serem observadas pelas instituições financeiras, e dos atos normativos fundados na Contabilidade se possa extrair a subtração à lei tributária do poder de definir mais restritamente as provisões dedutíveis do lucro das empresas bancárias, para o efeito de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre ele incidentes.

(...)”

A **ratio essendi** do art. 61, da Lei n. 4.506/1964, visava integrar a provisão das perdas de crédito não recebidos. Ora, evidente que se destinava às “frustrações de recebimento” e, por isso representativos de custos ou despesas em contraposição às receitas.

O que a lei permitiu foi a fixação pela receita, através de norma regulamentar o “saldo adequado” aqui entendido como o percentual sobre o montante dos créditos frustrados. Não autorizou fossem criadas novas exceções à dedução das parcelas relativas às provisões de créditos de liquidação duvidosa por ato normativo, haja vista que somente a lei, em sentido estrito, poderia efetivar referida alteração.

Deveras, se o § 2º do art. 61 da Lei n. 4.506/1964 excluía da base de cálculo das provisões para créditos de liquidação duvidosa aqueles provenientes de vendas com reserva de domínio ou operações com garantia real, não poderia o ADN CST n. 34/1976 determinar a exclusão das aplicações financeiras de referida conta.

Evidente que o ADN/CST n. 34/1976 não poderia restringir mais do que a Lei n. 4.506/1964, mas, tão-somente, fixar os critérios de aplicação das restrições previstas na lei.

Em conseqüência, inexistente previsão legal, o disposto no ato declaratório normativo fere o princípio da estrita legalidade, regedor das normas de direito tributário, pelo que o recorrido agiu em conformidade com o ordenamento jurídico vigente à época.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ:

“Tributário. IRPJ. Aplicações financeiras. Provisão de créditos de liquidação duvidosa. Lei n. 4.506/1964. Ato Declaratório n. 34/1976. Lei n. 8981/1995. Precedentes do STJ.

1. Considerando o princípio da estrita legalidade que preside o Direito Tributário, ato de categoria hierárquica inferior não se sobrepõe à lei.

2. A Lei n. 4.506/1964 (art. 61), excepcionou da base de cálculo para provisão de créditos de liquidação duvidosa, apenas os créditos decorrentes de vendas com reserva de domínio ou de operações com garantia real, nem distinguiu que esses créditos deveriam ser oriundos da atividade operacional da empresa.

3. A exclusão das aplicações financeiras para esse fim só ocorreu com a edição da Lei n. 9.881/1995.

4. Acórdão recorrido afinado com a jurisprudência do STJ.

5. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 255.534/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.10.2002).

“Recurso especial. IRPJ. Lucro real. Dedução. Provisão para créditos de liquidação duvidosa. Leis ns. 4.506/1964 e 9.541/1992. Instrução Normativa n. 80/1993-SRF. Portaria n. 526/1993. Ilegalidade.

Se a lei tributária estabelece determinada restrição à aplicação de benefício fiscal, o ato administrativo somente poderá fixar os critérios de aplicação dessas restrições, mas nunca ampliá-las.

O artigo 61, § 2º, da Lei n. 4.506/1964 determina que a percentagem fixada para o cálculo da provisão poderá ser excedida observada a relação entre “créditos não liquidados até o total dos créditos da empresa”. Não poderia, portanto, a IN n. 80/1993 reduzir essa expressão para “perdas efetivamente ocorridas” (artigo 4º, I, da IN n. 80/1993 e art. 1º, **caput**, da Portaria n. 526/1993).

Não há, outrossim, previsão legal para a proibição do cômputo dos créditos não liquidados constituídos no próprio exercício (artigo 4º, I, da IN n. 80/1993 e art. 1º, § 1º, da Portaria n. 526/1993).

Segundo dispõe o artigo 61, § 2º, da Lei n. 4.506/1964, somente poderão ser excluídos da dedução os créditos provenientes de vendas com reserva de domínio ou de operações com garantia real. Não fez a lei menção à possibilidade de exclusão dos créditos oriundos das atividades operacionais com alienação fiduciária em garantia (art. 2º, inciso II e parágrafo único, da IN n. 80/1993).

Limita-se a União a invocar genericamente as normas dos artigos 96 e 100 do Código Tributário Nacional, que garantem às instruções normativas e portarias **status** de norma tributária, sem penetrar no exame dos vícios indicados pelo recorrido.

A norma do § 1º do artigo 61 não permite que se crie novas exceções à dedução das parcelas relativas às provisões de liquidação duvidosa, por outro instrumento que não seja a lei, mas sim que se disponha, levando-se em consideração a diversidade de operações, sobre o percentual a ser aplicado.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 70.234/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 24.06.2002).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 464.708 — SC (2002/0116760-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros

Recorrido: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE

Advogado: Adilson Batista Bezerra

Recorrida: Nei Eletrificações Ltda

Advogada: Nádía Rejane Chagas Marques Delai

EMENTA

Processual — Remessa **ex officio** — Sentença favorável à Fazenda — Verbas de sucumbência — Valor irrisório.

O art. 475, II do CPC não alcança sentença que ao proclamar a vitória da autarquia, impõe ao vencido condenação em honorários, tida como irrisória. Tal decisão é favorável ao Estado. O duplo grau de jurisdição aplica-se tão-somente às decisões contrárias ao Estado.

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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A autarquia recorrente saiu-se vitoriosa em ação de repetição de indébito. A título de honorários por sucumbência a sentença condenou a parte vencida em valor correspondente a dez por cento do valor atribuído à causa.

Ao fundamento de que tal verba é irrisória, a Autarquia pretende que o arbitramento seja submetido ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II).

Esta, a lide.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Neste processo, não se cogita de sentença proferida contra as pessoas arroladas no art. 475. Pelo contrário, a sentença foi favorável à autarquia ora recorrente.

A própria condenação em honorários constitui condenação adicional, em prol da autarquia. Não há como elastecer o alcance do art. 475 do CPC, para submeter tal decisão ao duplo grau.

Nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 503.037 — PR (2003/0024108-8)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: União

Recorrido: Município de Maringá

Advogado: Alaercio Cardoso

Interessada: Orbis Construções e Empreendimentos Ltda

Advogado: Sérgio Luiz Jacomini

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão quanto ao interesse da União na lide. Art. 535, II, do CPC. Necessidade de exame das questões pleiteadas pela parte. Anulação.

1. Embargos de declaração opostos no Tribunal recorrido que não responderam aos questionamentos suscitados pela União, a qual defen-

de, unicamente, não ter interesse econômico e jurídico para integrar a lide.

2. A prestação jurisdicional há que ser entregue em sua plenitude. É dever do magistrado apreciar as questões que lhe são impostas nos autos, assim como à parte ter analisado os fatos postos ao exame do Poder Judiciário.

3. Caracterização de omissão no julgamento do v. **decisum a quo**.

4. Recurso provido, por violação ao art. 535, II, do CPC, com a anulação da decisão recorrida. Retorno dos autos ao egrégio Tribunal **a quo** para que o mesmo profira nova decisão com apreciação e decisão da existência ou não do interesse da União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A União interpõe recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, contra acórdão do egrégio TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 167):

“Processo Civil. Litisconsórcio da União Federal. Efeitos.

— Improvimento do agravo de instrumento.”

Dessa decisão, ofertaram-se embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Nas razões do especial, a recorrente alega, em preliminar, violação ao art. 535, II, do CPC, tendo em vista o improvimento dos embargos de declaração, com

a negativa de prequestionamento da matéria nele referida. No mérito, aduz ofensa aos arts. 46, 47 e 292, do CPC, ao argumento de que, na hipótese, não se configura o litisconsórcio necessário.

Sem oferecimento de contra-razões.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Originariamente, o Município de Maringá moveu ação revisional de contrato cumulada com restituição de indébito contra Orbis Construções e Empreendimentos Ltda, argumentando existência de superfaturamento do valor contratado.

O Município de Maringá, autor da demanda, requereu a citação da União Federal para integrar a lide no pólo ativo, justificando esse interesse, do modo seguinte (fl. 17):

“O interesse da União reside no fato, a essa altura já evidente, de que a obra foi construída com verbas da União Federal, conforme se pode inferir dos convênios mencionados. Assim, na hipótese de restar constatado o superfaturamento em 24% (vinte e quatro por cento), resultará em uma pretensão da União Federal em receber a restituição da quantia correspondente a esse excesso.

O Autor obteve a informação de que existe Inquérito Civil Público, já concluído, no âmbito da Procuradoria da República, visando à apuração de irregularidades relacionadas com a construção do Hospital Metropolitano de Maringá.

Logo, há a necessidade de revisão do contrato, possibilitando-se apurar o superfaturamento equivalente a 24% (vinte e quatro por cento) do valor total cobrado pela empresa que executa a obra”.

O referido chamamento, por ter sido deferido, mereceu impugnação da União, sob a alegação de não ter interesse no feito.

Em segundo grau, a decisão monocrática foi mantida, sustentando o acórdão ora recorrido que (fl. 165):

“Ao indeferir o efeito suspensivo, à fls. 155/156, anotou, com inteiro acerto, a ilustre Desembargadora Federal Luíza Dias Cassales, **verbis**:

“O litisconsórcio ativo necessário da União Federal já foi objeto de exame no Agravo de Instrumento n. 2001.04.01.074908-5/PR, interposto pela União Federal contra decisão idêntica proferida nos autos da Medida Cautelar n. 2001.70.03.001664-8, ocasião em que assim me manifestei:

‘Não vislumbro os requisitos necessários à concessão do pedido de efeito suspensivo. E isso porque, como bem observou o magistrado **a quo** em sua decisão, objeto deste recurso, ‘a construção do hospital, quanto ao aspecto financeiro, é tanto de responsabilidade do Município quanto da União. As verbas públicas envolvidas exigem dessas entidades o devido acompanhamento e fiscalização e, antes disso, o estrito cumprimento da lei de licitações. O Município deve diligenciar não apenas pela regularidade da aplicação dos recursos municipais, mas também dos recursos federais, devendo, inclusive, prestar contas, nos termos da legislação de regência. Se há indícios de superfaturamento da obra e, ainda assim, a União se omite, o Município se vê na contingência de ter de liberar os recursos e, mais adiante, ser penalizado pela malversação do dinheiro público, caso se confirme o superfaturamento’.

Assim, pelas razões acima expostas, deverá a União Federal integrar a lide, na qualidade de litisconsorte ativa necessária, uma vez que se houve irregularidades com o custo de obra, essas não só atingem o Município, como também a União.

Ademais, ao que parece, há a necessidade de se examinar todas as partes ideais da obra, o que só é possível como o ingresso da União no feito, em face da sua participação na relação jurídica de direito material.

Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo’.

Assim, mantido aquele entendimento e com base nos mesmos fundamentos, não vejo razão para a concessão do efeito suspensivo postulado”.

Embargos declaratórios foram interpostos pela União Federal, solicitando pronunciamento sobre a aplicação dos arts. 46, I a IV; 47, parágrafo único, e 292, § 1º, do CPC.

O recurso merece ser provido para anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração. Estes não responderam aos questionamentos suscitados pela União. Esta defende, unicamente, que não tem interesse econômico e jurídico para integrar a lide. É o tema que deve ser decidido. O acórdão está omissa, a respeito.

A parte tem direito a que haja manifestação direta sobre as suas pretensões.

A omissão constitui negativa de entrega da prestação jurisdicional.

Leio os acórdãos, o principal e o dos embargos, para demonstrar que o núcleo da pretensão recursal não foi examinada. Confira-se:

“Ao indeferir o efeito suspensivo, à fls. 155/156, anotou, com inteiro acerto, a ilustre Desembargadora Federal Luíza Dias Cassales, **verbis**:

‘O litisconsórcio ativo necessário da União Federal já foi objeto de exame no Agravo de Instrumento n. 2001.04.01.074908-5/PR, interposto pela União Federal contra decisão idêntica proferida nos autos da Medida Cautelar n. 2001.70.03.001664-8, ocasião em que assim me manifestei:

‘Não vislumbro os requisitos necessários à concessão do pedido de efeito suspensivo. E isso porque, como bem observou o magistrado **a quo** em sua decisão, objeto deste recurso, ‘a construção do hospital, quanto ao aspecto financeiro, é tanto de responsabilidade do Município quanto da União. As verbas públicas envolvidas exigem dessas entidades o devido acompanhamento e fiscalização e, antes disso, o estrito cumprimento da lei de licitações. O Município deve diligenciar não apenas pela regularidade da aplicação dos recursos municipais, mas também dos recursos federais, devendo, inclusive, prestar contas, nos termos da legislação de regência. Se há indícios de superfaturamento da obra e, ainda assim, a União se omite, o Município se vê na contingência de ter de liberar os recursos e, mais adiante, ser penalizado pela malversação do dinheiro público, caso se confirme o superfaturamento’.

Assim, pelas razões acima expostas, deverá a União Federal integrar a lide, na qualidade de litisconsorte ativa necessária, uma vez que se houve irregularidades com o custo de obra, essas não só atingem o Município, como também a União.

Ademais, ao que parece, há a necessidade de se examinar todas as partes ideais da obra, o que só é possível como o ingresso da União no feito, em face da sua participação na relação jurídica de direito material.

Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo’.

Assim, mantido aquele entendimento e com base nos mesmos fundamentos, não vejo razão para a concessão do efeito suspensivo postulado” (fl. 165).

“Conheço dos embargos de declaração, negando-lhes provimento.

Com efeito, pretende a parte embargante, em realidade, a modificação do julgado proferido às fls. 165/167, com nítido conteúdo infringente.

Ora, como sabido, os embargos prestam-se a esclarecer, se existentes, obscuridades, omissões ou contradições no julgado, e não para que se adeqüe a decisão ao entendimento do embargante.

A respeito, observam **Glasson, Morel e Tissier, verbis**: ‘*Mais il ne faut pas que, sous prétexte de rectification, le juge révise sa décision, la modifie ou y ajoute. Les erreurs matérielles d’un jugement, a décidé la Cour de cassation, peuvent être rectifiées ‘à l’aide o’éléments fournis par cette décision même’. A plus forte raison, la rectification n’est-elle pas possible lorsqu’il agit non d’une erreur matérielle mais d’une erreur de droit’* (**in** *Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile*, 3^a ed., *Libr. du Recueil Sirey, Paris 1929, t. 3, p. 86*).

Pertinente, a respeito, o magistério do notável processualista português, **Alberto dos Reis**, em seu ‘Código de Processo Civil Anotado’, reimpressão, Coimbra Editora, 1984, v. 5, p.141, **verbis**:

‘O Tribunal não está obrigado a analisar e apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes’.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

‘1. Embargos de declaração. São admissíveis, quando no acórdão há obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas (RISTF, Art. 337).

2. São incabíveis embargos de declaração com função de embargos infringentes.

3. Recurso a que se nega provimento” (RE n. 95.321 (EDcl) — SP, Rel. Min. Alfredo Buzaid, **in** RTJ 102/821).

‘1. Embargos de declaração. A função do Tribunal, nos embargos de declaração, não é responder a questionário sobre meros pontos de fato, mas sim de dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões.

2. Não havendo no acórdão dúvidas ou contradições, nega-se provimento aos embargos de declaração’ (ERE n. 93.325 (EDcl) — RJ, Rel. Min. Alfredo Buzaid, **in** RTJ 103/269).

‘Embargos de declaração — Caráter infringente — Inadmissibilidade — Incorrência dos pressupostos de embargabilidade — Embargos rejeitados.

Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando, inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535),

vem tal recurso, com desvio de sua específica função jurídico-processual, a ser utilizado com a finalidade de instaurar, indevidamente, uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. Precedentes.

O recurso de embargos de declaração não tem cabimento, quando, a pretexto de esclarecer uma incorrente situação de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão, vem a ser utilizado com o objetivo de infringir o julgado'. (Petição n. 1.812 (AgRg-EDcl) — PR, Rel. Min. Celso de Mello, **in** RTJ 173/29)

Nesse sentido, ainda, os arestos publicados na RTJ 174/631 e 175/315.

Por esses motivos, conheço dos embargos de declaração, negando-lhes provimento.

É o meu voto". (Fls. 183/183v.)

Posto isso, conheço do recurso por violação ao art. 535, II, do CPC, e dou-lhe provimento anulando o acórdão embargado, com a determinação de que novo julgamento seja proferido com apreciação e decisão da existência ou não do interesse da União.

É como voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL N. 159.394-PR (1997/0091534-4)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Embargante: José Haraldo Carneiro Lobo

Advogados: Gil José Simon Zanetti e outros

Embargado: Banco Central do Brasil

Advogados: Francisco Siqueira e outros

EMENTA

Processual Civil — Embargos de declaração — Caderneta de poupança — Cruzados bloqueados — Acórdão sob fundamento constitucional.

1. Acolhem-se os embargos declaratórios, imprimindo-lhes efeito infringente para, reconhecendo tratar-se de acórdão sob fundamento constitucional, não conhecer do recurso especial.

2. Mudança de orientação da Relatora, para alinhar-se à orientação desta Corte no sentido de que o exame do especial depende da natureza da abordagem da tese jurídica pelo acórdão recorrido, o que irá definir a competência para interposição dos recursos derradeiros.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Francisco Peçanha Martins, acolher os embargos declaratórios, com efeitos modificativos, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz. Não participou, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Camon, Presidente e Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Esta Turma deu provimento a recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil — Bacen em acórdão assim ementado:

“Econômico. Processual Civil. Caderneta de poupança. Plano econômico. Correção monetária dos cruzados bloqueados. BTNF. Lei n. 8.024/1990. Arts. 6º, § 2º. Recurso conhecido e provido.

I - A Primeira Seção assentou que os cruzados bloqueados em virtude do denominado ‘Plano Collor’ devem ser atualizados monetariamente pela variação do BTNF, de acordo com o art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/1990 (REsp n. 124.864/PR, julgado em 24.06.1998). Concluiu-se que, com a entrada em vigor dos dispositivos mencionados (**factum principis**) houve o rompimento do contrato de depósito, não se podendo cogitar de direito adquirido à atualização pelo IPC.

II- Recurso especial conhecido e provido”. (Fl.178)

Inconformados, José Haraldo Carneiro Lobo e outros interpõem embargos de declaração, alegando que, tratando os autos de matéria exclusivamente constitucional, não poderia o recurso interposto ser objeto de apreciação por este Superior Tribunal de Justiça.

Requer neste sentido que os embargos tenham efeito modificativo para não se conhecer do recurso interposto pelo Bacen, caso contrário restará configurada a negativa de prestação jurisdicional, artigo 5º, XXXV, da CF/1988.

Deve-se, ainda, apreciar a omissão do recorrente em não ter juntado aos autos as cópias das decisões que nortearam o acórdão do TRF da 4ª Região, e que deveriam integrar as razões de recurso sob pena de não conhecimento do mesmo, na medida em que estas peças são imprescindíveis para o correto julgamento da lide.

Alega o embargante que esta omissão é capaz de ensejar a nulidade da decisão proferida e traz a lume precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal onde se afirma a necessidade, no ato da interposição de recurso, da juntada das referidas cópias.

Determinei a intimação da parte contrária, diante da possibilidade de conceder-se efeito modificativo aos presentes embargos, tendo ela apresentado suas contra-razões (fls. 203/208). É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Analisando o voto recorrido, verifica-se que o tema do recurso especial interposto, violação aos arts. 6º e 9º da Lei n.

8.024/1990, foi enfrentado pelo Tribunal **a quo** sob o enfoque constitucional, inclusive citando-se, como fundamentação, acórdãos proferidos em arguição de inconstitucionalidade da lavra do hoje Ministro Ari Pargendler.

Destacam-se ainda, os embargos declaratórios opostos pelo Bacen, acolhidos ao entendimento de que houve omissão do julgado recorrido quanto à constitucionalidade do critério de correção monetária dos valores bloqueados.

Desta forma, não deveria ter sido conhecido o presente especial, eis que os dispositivos indicados foram analisados exclusivamente sob a ótica constitucional, matéria passível de exame, portanto, apenas pela Corte Suprema, conforme arestos que transcrevo:

“Recurso especial. Rendimentos de caderneta de poupança. Cruzados novos bloqueados. Correção dos depósitos. Banco Central. Legitimidade passiva. Ofensa aos princípios da irretroatividade das leis e do direito adquirido. Matéria constitucional.

O Banco Central é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação em que se questiona sobre bloqueio de cruzados novos.

A revisão de decisão assentada em fundamentos constitucionais é mister reservado ao Supremo Tribunal Federal, por via do recurso extraordinário, não se conhecendo do recurso especial, no âmbito deste Superior Tribunal.”

(REsp n. 89.078/SP Relator Ministro Helio Mosimann, Segunda Turma, unânime, DJ de 28.06.1999, p. 75).

“Alienação fiduciária. Prisão civil. Pacto de São José da Costa Rica. Fundamento constitucional.

1. Estando o acórdão amparado em fundamento inteiramente constitucional não é cabível o recurso especial.

2. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 182.685/MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJ de 13.12.1999, p. 142).

Execução. Contrato de abertura de crédito. Taxa de juros.

“Contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, ainda que subscrito pelo devedor e por duas testemunhas e acompanhado dos demonstrativos de evolução do débito. Precedentes da Segunda Seção.

Fundamento constitucional que desafia tão-somente a interposição de recurso extraordinário e não do especial.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 164.880/RS. Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime, DJ de 13.12.1999, p. 152).

Tanto é verdadeira a assertiva, que vem o STF examinando os recursos extraordinários nas ações em que se discute o direito à correção monetária das cadernetas de poupança quando a matéria é examinada sob o enfoque constitucional. Senão, vejamos:

“Caderneta de poupança. Direito adquirido.

O Plenário desta Corte já firmou o entendimento de que o princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito (e, portanto, ao direito adquirido) se aplica também às leis de ordem pública. Correto, pois, o acórdão recorrido ao julgar que, no caso, ocorreu afronta ao direito adquirido, porque, com relação à caderneta de poupança, há contrato de adesão entre o poupador e o estabelecimento financeiro, não podendo, assim, ser aplicada a ele, durante o período para a aquisição da correção monetária mensal já iniciado, legislação que altere, para menor, o índice dessa correção.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário não conhecido.”

(RE n. 241.892/SC, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, unânime, DJ de 18.02.2000).

Esclareço, em atenção às contra-razões do embargado e para não causar perplexidade diante de decisões anteriores minhas, que reformulei o posicionamento quanto ao tema, passando a considerar a orientação desta Corte no sentido de que o exame do especial depende da natureza da abordagem da tese jurídica pelo acórdão recorrido, o que irá definir a competência para interposição dos recursos derradeiros.

Quanto ao outro ponto suscitado nos embargos declaratórios, inocorrência da juntada dos precedentes pelo Bacen no especial, entendo que o mesmo não seria óbice ao conhecimento do recurso, se fosse o caso, diante da fundamentação do acórdão recorrido, suficiente, por si só, para a compreensão da controvérsia.

Em conclusão, acolho os embargos de declaração para, concedendo-lhes efeito modificativo, não conhecer do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: José Haraldo Carneiro Lobo e outros manifestam embargos de declaração ao acórdão que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil, onde se determinou a incidência do BTNF na correção monetária das contas de poupança bloqueadas em decorrência da edição do chamado “Plano Collor”.

Após o voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon, no sentido de acolher os embargos, imprimindo-lhes efeitos infringentes, para não conhecer do recurso especial do Bacen, visto que o Tribunal de origem teria solucionado a controvérsia sob

prisma exclusivamente constitucional, pedi vista dos autos por não me sentir habilitado a votar na sessão de julgamento.

Desde logo, é importante ressaltar que o Banco Central atacou o acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região simultaneamente com recurso especial e extraordinário, este não admitido, decisão contra a qual se manejou agravo de instrumento dirigido ao STF (fl. 158).

Do exame do que se contém nos autos, constata-se que o Tribunal **a quo** dirimiu a controvérsia sob o enfoque da inconstitucionalidade da Lei n. 8.024/1990, entendendo que o bloqueio dos ativos financeiros foi, na realidade, um verdadeiro empréstimo compulsório, de caráter ilegal, por não se revestir dos requisitos previstos na Constituição Federal em seu art. 148, I e II, enfatizando, ainda, a afronta aos princípios da igualdade e da segurança.

Embora tenham razão os poupadores, quanto à existência de matéria eminentemente constitucional no aresto da apelação, tenho que não merece abrigo a pretensão declaratória.

Na verdade, os recorridos, ora embargantes, não apresentaram contra-razões ao recurso especial do Bacen, fl. 154, encontrando-se preclusa a matéria aqui suscitada.

Neste sentido:

A - “Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Omissão incorrente. Rejulgamento da causa com base em fundamento de índole essencialmente constitucional. Impossibilidade.

1. A questão cujo pronunciamento se requer, na via declaratória, não foi devolvida a esta instância especial através das razões ou das contra-razões recursais. Descabida, portanto, a alegativa de omissão no julgado.

2. Os embargos declaratórios não se prestam para forcejar o exame de temática centrada na Constituição Federal, máxime quando o aresto embargado não o tiver abordado.

3. Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime.” (EDcl no REsp n. 134.139/SP, DJ de 11.05.1998, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo)

B - “Processual. Embargos. Escopo infringente, impossibilidade de exame de matéria não suscitada na época certa. Divergência jurisprudencial devidamente demonstrada.

— Os embargos de declaração constituem recurso de integração, não de substituição. Não servem, portanto, para discutir questão não suscitada quando das contra-razões ao recurso especial.

— Deve ser conhecido o recurso especial interposto pela alínea **c**, do permissivo constitucional, se o dissídio jurisprudencial restou demonstrado.”

(EDcl no REsp n. 94.446/SP, DJ de 02.03.1998, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros).

No tocante à ausência de cópias do inteiro teor dos precedentes a que se reportou o acórdão da apelação, não vejo, no ponto, nenhum empecilho para análise de demanda. Ademais, a correção monetária dos ativos financeiros retidos é matéria conhecida, e já foi objeto de inúmeros e reiterados julgados desta Corte, não sendo suscitada na primeira oportunidade em que os autores falaram nos autos, mas apenas nos presentes declaratórios.

É cediço que os embargos de declaração constituem recurso de integração, não de substituição. Embora a doutrina e a jurisprudência admitam a sua interposição com propósito infringente, para que isso ocorra, impõe-se que o pedido declaratório seja calcado em um dos vícios que autorizam seu manejo, inexistentes na hipótese.

Pelo exposto, pedindo vênia à Ministra Eliana Calmon, rejeito os embargos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de embargos declaratórios fundados no artigo 535, incisos I e II, do estatuto processual civil, opostos por autores de ação ordinária em que figuram como recorridos em recurso especial movido pelo Banco Central do Brasil.

O **suso** mencionado recurso acolheu a pretensão do Bacen para determinar a atualização monetária dos cruzados bloqueados pelo denominado *Plano Collor*, com base na variação do BTNEF aplicando-se, por conseguinte o artigo 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/1990 (fls. 162/178 — REsp n. 159.394/PR, Relator para acórdão, o Ministro Adhemar Maciel).

Em que pese a esse desate, os recorridos, inconformados, apresentaram os presentes embargos com caráter modificativo, augurando o não-conhecimento do recurso especial, uma vez que o v. acórdão oriundo da Corte de origem apreciou a pretensão deduzida sob o enfoque constitucional, circunstância a obstar o exame da controvérsia pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça e, bem assim, a necessidade da juntada de cópia das decisões aludidas pelo Bacen em suas razões recursais (fls. 180/194).

Redistribuído o feito à ilustre Ministra Eliana Calmon, a douta Relatora se posicionou no sentido de acolher os embargos e conceder o efeito modificativo ao julgado, para o fim de não conhecer do recurso especial diante do enfoque dado pelo Tribunal **a quo** acerca do tema jurídico trazido para deslinde, circunstância que repercutiu em cheio na definição da competência recursal.

De outra parte, o não menos ilustre Ministro Paulo Gallotti, afastou a pretensão deduzida pelos embargantes asseverando que, embora os poupadores tenham

razão quanto à existência de matéria constitucional, ante a ausência das contra-razões do recurso especial por parte dos ora embargantes, encontrava-se preclusa a questão suscitada.

Em decorrência, pedi vista dos autos com o fito de fazer um exame mais acurado da possibilidade, no particular, de se emprestar efeito modificativo aos embargos declaratórios.

Em inúmeros pronunciamentos já espousei o entendimento de que os embargos de declaração podem ter caráter infringente e modificativo do julgado, desde que ocorram as seguintes eivas em conjunto ou separadamente: obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil). Sanada a pecha, se daí resultar modificação do julgado, os embargos poderão ter efeito modificativo.

No caso, os embargantes pautam a sua irrisignação no fato de que “não restam dúvidas de que toda a discussão trazida pelo autor em sua inicial de fls. 02/17 girou em torno de apontadas violações constitucionais decorrentes da edição da Medida Provisória n. 168/1990, posteriormente transformada na Lei n. 8.024/1990” (fls. 184).

A omissão suscetível de ser afastada por meio de embargos declaratórios são as contidas entre os próprios termos ou entre a fundamentação e a conclusão do acórdão embargado. Não se imiscuem com a valoração da matéria debatida e apreciada.

Há de ficar sempre presente a insuperável lição do saudoso **Pontes de Miranda**: “O que se pede é que se declare o que foi decidido, porque o meio empregado para exprimi-lo é deficiente ou impróprio. Não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima”, observando em outro passo, com a acuidade que o notabilizou, que, “se permitido fosse, em embargos declaratórios, rejulgar, ferido de frente ficaria o direito processual brasileiro (cf. “*Comentários ao Código de Processo Civil*”. Ed. Forense, vol. VII. pp. 399/400).

No caso dos autos, denota-se, sem maior esforço que a Corte **a quo** ao tratar da Lei n. 8.024/1990, inegavelmente julgou a pretensão deduzida sob a índole constitucional, asseverando que “o bloqueio instituído por tal lei foi considerado inconstitucional por todos os Tribunais Pátrios” (fl. 123). Essa circunstância, aliás não encontra um posicionamento dissonante por parte dos Ministros que antecederam esse voto.

A divergência, todavia, reside no fato de que o ilustre Ministro Paulo Gallotti conclui no sentido de que embora a matéria seja constitucional, na verdade encontra-se preclusa, pois que não apresentadas contra-razões ao recurso especial do Bacen.

Data maxima venia do r. entendimento esposado pelo ilustre Ministro Paulo Gallotti, no particular, filio-me ao posicionamento adotado pela digna Ministra-Relatora.

É que, na verdade, a simples ausência de resposta ao recurso especial por parte dos ora embargantes, por si só não possui a força de configurar a ocorrência de preclusão.

No intuito de dilucidar a assertiva, é de bom conselho trazer à balha o magistério sempre atual de **José Frederico Marques** no sentido de que “preclusão inexistente, no entretanto, quando o pronunciamento do juízo **a quo** possa restringir poderes imanentes ao juízo **ad quem**, para o controle jurisdicional sobre sua própria atividade no processo” (cf. “Instituições de Direito Processual Civil”, Millennium Editora. 1ª ed., atualizada por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, p. 353). Mais adiante, acrescenta que “se no juízo **a quo** foi repelida argüição sobre a incompetência da justiça local, e não houve agravo contra essa decisão poder tem o juízo **ad quem** de reexaminar a questão para verificar se, como tribunal estadual, cabe-lhe processar e julgar o litígio. É o que também aconteceria se o juízo de 1ª grau entendesse de sua competência originária, o processo e julgamento de lide que deveria ser objeto de ação a ser proposta perante órgão de 2ª grau, porquanto este teria de examinar sua competência recursal **in casu**” (ob. cit. p. 354).

Assim, não há obstáculo ao reconhecimento de que o tema ventilado no v. acórdão do Tribunal de origem é de índole constitucional, pelo simples fato de não ter sido argüido em contra-razões recursais.

Não merece acolhida a alegação dos embargantes no sentido da necessidade de juntada de cópia das decisões aludidas pelo Bacen em suas razões recursais, sob pena de não-conhecimento do especial.

É que, consoante se depreende dos termos do v. julgado atacado, estão bem evidenciados os limites do tema trazido para deslinde, não oferecendo maiores digressões à matéria.

Pelo que precede, **data maxima venia**, acompanho a Ministra-Relatora para acolher os embargos declaratórios, concedendo-lhes efeito modificativo e, por conseguinte, não conhecer do recurso especial ajuizado pelo Banco Central do Brasil.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Tendo o eminente Ministro Gallotti divergido da eminente Relatora argüindo preclusão em desfavor dos Embargantes pelo fato de não terem oferecido contra-razões ao recurso especial, pedi vista dos autos para melhor exame.

Trago-os hoje, tão logo recebidos para manifestar-me de acordo com o voto da Relatora pelas razões apresentadas também pelo eminente Ministro Franciulli, que, em bem lançado voto, como, aliás, são os de sua lavra, afastou o argumento da preclusão invocado pelo eminente Ministro Gallotti, com os ensinamentos do Mestre **Frederico Marques**.

Acrescento que as contra-razões constituem argumentos de defesa das decisões atacadas nos recursos competentes. E tanto assim é que o julgador não pode piorar a situação do Recorrente. Trata-se de velho brocardo latino — **reformatio in pejus** — inspirador da Súmula n. 45 do STJ. Tenha ou não apresentado contra-razões, a parte tem o direito de recorrer da decisão, como fizeram os ora Embargantes.

Mas não concordo, **data maxima venia**, com o recebimento dos embargos declaratórios.

É que não se caracteriza qualquer dos defeitos autorizadores dos embargos. O acórdão decidiu a lide sem omissão, contradição ou obscuridade. E o fez com apoio em julgado da egrégia Primeira Seção com o qual não concordei e já fui, inclusive, vencido em julgamento realizado na Corte Especial. O fato, porém, é que se trata de uma decisão da egrégia Primeira Seção e serviu de apoio ao acórdão embargado. A circunstância de haver o acórdão recorrido abordado matéria constitucional, não justifica, a meu ver, os embargos, cabíveis só quando omissos, contraditórios e obscuros.

O acórdão embargado pode ter aplicado mal o direito à espécie, mas o fez, não podendo ser acoimado de omissão. E o fez consoante jurisprudência da egrégia Primeira Seção, embora reformada pela Corte Especial.

Não há confundir-se nos seus efeitos, embargos de declaração e ação rescisória. Os embargos cabem nas hipóteses previstas na lei processual para reexprimir-se o acórdão. A sua modificação, em grau de embargos, só é possível excepcionalmente, quando a correção da omissão conduzir o raciocínio lógico desenvolvido no voto à alteração substancial do julgado. No caso dos autos, a jurisprudência do STJ, embora determinante da aplicação do IPC como índice medidor da inflação, jamais proclamou inconstitucional a Lei n. 8.024/1990.

De qualquer sorte, a matéria só poderá ser reexaminada, a meu ver, em ação rescisória, pelo que acompanho, na conclusão, o voto dissidente do eminente Min. Gallotti, rejeitando os embargos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: A discussão travada na presente ação cingiu-se à constitucionalidade ou não da MP n. 168/1990, transformada na Lei n. 8.024/1990, o que impede o conhecimento do presente recurso especial.

Verifica-se que o acórdão recorrido (fls. 104/109) reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 8.024/1990, remetendo a precedentes daquele TRF que consignava, de maneira expressa, a ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica (arts. 5º e 6º, CF) e a inobservância do artigo 148, incisos I e II da CF.

A autarquia recorrente aviou embargos de declaração (fls. 113/115), cujo objeto pretendido consistiu na manifestação da Turma Julgadora sobre a “*constitucionalidade* do § 2º do art. 6º da Lei 8.024/1990”.

Os embargos foram acolhidos (fls. 118/121) pronunciando-se o TRF da 4ª Região pela inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 6º da Lei n. 8.024/1990, o que impediria a aplicação do BTNF, impondo-se a correção dos saldos das poupanças pelo IPC.

A decisão recorrida estava a desafiar recurso extraordinário e não recurso especial, posto que os dispositivos legais foram analisados, exclusivamente, sob a ótica constitucional.

Assim, o acórdão proferido por esta Turma, relatado pelo ilustre Ministro Adhemar Maciel, incorreu em omissão e contradição, a autorizarem o conhecimento e provimento dos presentes embargos.

O voto condutor do acórdão, ao firmar a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial, *não se pronunciou sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso propriamente dito*. Mas limitou-se a analisar a decisão recorrida.

Transcrevo trechos do voto mencionado:

“Efetivamente, Senhor Presidente, a douta Relatora do acórdão ora atacado, do TRF da 4ª Região, depois de afirmar que o bloqueio dos ativos financeiros havia sido declarado inconstitucional, encampou a tese do direito adquirido e, conseqüentemente, da impossibilidade da retroatividade da medida provisória:

(...)

Ainda que um tanto fora de hora, permito-me levantar uma preliminar de competência: poderia o STJ julgar caso em que a matéria de fundo, tal como decidida, gravita em torno de direito adquirido? Não estaríamos invadindo seara competencial do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, consagra expressamente que a ‘lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada?’

Senhor Presidente, como é do conhecimento de V. Exa., tenho, vencido, sustentado na Segunda Turma a tese de que em se tratando de recursos excepcionais — extraordinário e especial — a competência do Supremo Tribunal Federal só se firma quando o aresto diz, de modo expresso, que houve violação direta de tal ou tal dispositivo da Constituição. A violação não pode ser reflexa, indireta. Tem de ser frontal.

(...)

Coerente, pois, com meu entendimento expendido na Turma, tendo o STJ como competente para decidir esse recurso excepcional, uma vez que o *aresto* guerreado não invocou, em suas razões de decidir, de modo expresso, o inc. XXXVI do art. 5º da Constituição”.

O culto Relator reputou inexistente, *na decisão recorrida*, o prequestionamento explícito da questão constitucional, posta, no seu entendimento, de forma reflexa e não frontal. Em virtude desse argumento, conclui pela possibilidade de apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, não analisou, em nenhum momento, a existência de *questão federal* no recurso especial, hipótese que autorizaria a admissão do mesmo.

Ao conhecer do recurso especial nos moldes mencionados, o acórdão embargado firmou verdadeira competência *residual* deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que não existe no ordenamento constitucional. As competências dos Tribunais Superiores estão exaustivamente traçadas e enumeradas na Constituição, não havendo como o STJ avocar competência que não lhe está afeta. Em outras palavras, cabe a este Tribunal decidir recurso especial no qual seja ventilada *questão federal*, não lhe incumbindo o julgamento de recurso em que a matéria tratada refira-se a *questão constitucional*.

A matéria tratada nos autos é passível do exame apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, trago à colação acórdão desta Segunda Turma, da lavra do eminente Ministro Peçanha Martins, proferido no REsp n. 112.000/SC, DJ de 06.09.1999:

“(…)

Escapa ao âmbito de apreciação por este STJ, a alegação de ofensas a ‘direito adquirido’ quando à aplicação dos índices de correção monetária de períodos pretéritos, por se tratar de tema de natureza constitucional, a ser dirimido pelo Pretório excelso, que detém a competência constitucional para fazê-lo, **ex vi** do disposto no art. 102, III, CF.

(…)

A definição do índice aplicável (IPC ou BTN) para a correção monetária dos depósitos relativos às contas vinculadas ao FGTS, para os períodos de março de 1990 e seguintes, pendente de julgamento do STF, é matéria de natureza constitucional, somente abordável em recurso extraordinário.”

Posto isto, na esteira do entendimento fixado pela ilustre Relatora, dou provimento aos embargos de declaração, conferindo-lhes efeito modificativo e não conhecendo do recurso especial.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 7.031 — MT (1996/0024209-7)**

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrentes: Barreiro Material de Construção Ltda e outro

Advogados: Saladino Esgaib e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso

Litisconsortes: Cimento Portland Mato Grosso S/A e outros

EMENTA

Tributário. ICMS. Cobrança antecipada. Substituição tributária. Art. 150, § 7º, da Constituição Federal. EC 03/1993.

1. É lícita a cobrança antecipada do ICMS, no regime de substituição tributária, cuja constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e da EC 03/1993.

2. Recurso 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 ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso ordinário, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b** do permissivo constitucional, combinado com o artigo 539

do CPC, interposto contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que, ao julgar mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar o recolhimento antecipado de ICMS sobre futura revenda de produto a consumidores finais, no sistema de substituição tributária, denegou, por maioria, a segurança requerida, nos termos da seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Autoridade coatora. Cobrança antecipada de ICMS.

Autoridade coatora é não só aquela que pratica o ato, mas, também, que tem poderes para desfazer o ato questionado.

Nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, de acordo com a Emenda Constitucional n. 03/1993, é lícita a cobrança antecipada do imposto” (fl. 168).

Em suas razões, a Recorrente alega que a substituição tributária progressiva, ou “para frente”, viola o conceito de fato gerador da obrigação tributária por haver recolhimento do tributo antes de sua ocorrência e que exclusivamente lei complementar nacional deve regular a matéria, nos termos do art. 155, § 2º, XII, **b**, da Carta Magna, sendo incabível, para o caso, a aplicação do § 7º do seu art. 150.

Suscita, ainda, a desconformidade da legislação estadual com a autorização do § 8º, artigo 34 do ADCT/1988.

Pede, a final, o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja concedida a segurança e a declaração **incidenter tantum** da inconstitucionalidade da EC n. 03/1993.

O douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se no sentido do não-provimento do recurso, conforme parecer às fls. 199 a 201.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Como destacado no Relatório, a Recorrente sustenta que o regime de substituição tributária progressiva ou “para frente” contraria o conceito de fato gerador da obrigação tributária. Entende que o § 7º da EC 03/1993 “padece de inconstitucionalidade”.

O Tribunal **a quo** concluiu ser lícita a cobrança antecipada do ICMS, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e de acordo com a EC 03/1993.

A questão, portanto, cinge-se à legalidade do recolhimento antecipado do ICMS, no regime de substituição tributária.

Nesse ponto, a pretensão da Recorrente não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, como bem demonstra o ROMS n. 9.428/ES, Relator o Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 19.02.2001. A esse respeito, são precisas as considerações lançadas no voto condutor do acórdão, nos seguintes termos:

“A figura da substituição tributária, não recente em nossa história, assentase, dentre outras, em razões de praticidade para o Fisco, no intuito de otimizar a arrecadação, notadamente quanto à segurança contra práticas evasivas.

Assim, a imputação da norma tributária se faz a terceira pessoa (substituto), que não aquela que ordinariamente estaria sujeita à obrigação por ter vínculo direto com a situação constitutiva do fato gerador. Apesar de o Código Tributário Nacional não mencionar expressamente a figura do substituto, parte da doutrina a enquadra no artigo 121, em seu inciso II:

‘Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.’

Tal dispositivo harmoniza-se com o previsto no art. 128:

‘Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação’.

O cerne das discussões, no entanto, não se faz em relação ao regime de substituição em si considerado, mas no que se refere à prática do recolhimento antecipado, pelo substituto, das exações devidas nas operações posteriores. A denominada substituição ‘para frente’ ganhou estatura constitucional com a Emenda n. 03/1993, que acrescentou ao artigo 150 o parágrafo sétimo, do seguinte teor:

‘A lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.’

Apesar da previsão constitucional, não foram estancados os questionamentos sobre a legitimidade da referida prática, e mesmo sobre sua conformidade com a Carta Magna.

O principal argumento colocado refere-se à legalidade e à tipicidade, uma vez que exige-se o tributo antes da ocorrência do fato gerador, além de ferimento aos princípios da capacidade contributiva, da não-cumulatividade, e até mesmo ferimento à vedação ao confisco.

Em que pese à oposição de parte da doutrina, o Pretório excelso vem reconhecendo a constitucionalidade do regime de substituição tributária, previsto na Constituição Federal, em seu art. 150, § 7º, e na legislação federal vigente...”

O acórdão está assim ementado:

“Tributário. Imposto de circulação de mercadorias e serviços. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária para a frente. Inconstitucionalidades afastadas pelo Supremo Tribunal Federal. Legitimidade reconhecida nas duas turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça.

O regime de substituição tributária, em que se procede ao recolhimento antecipado do tributo, tem sua constitucionalidade reconhecida por reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, igualmente encontra-se uniformizada a jurisprudência que reconhece legitimidade à sistemática, a qual encontra lastro na Emenda Constitucional n. 03/1993 (artigo 150, § 7º), e legislação federal vigente. Iterativos precedentes.

Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime.”

Mais não é preciso acrescentar para realçar ser lícita a cobrança antecipada do ICMS, no regime de substituição tributária, cuja constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal e da EC 03/1993.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso*.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 10.832 — AC (1999/0038348-6)**

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Teleacre Celular S/A

Advogados: Maria José de Andrade Geraldês e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Acre

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Acre

Recorrido: Estado do Acre

Advogados: Felix Almeida de Abreu e outros

EMENTA

Processo Civil e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Convênio n. 69/1998 — Confaz. Habilitação. Telefonia móvel celular. Impetração contra lei em tese. Inocorrência.

— É cabível mandado de segurança contra norma tributária de aplicabilidade imediata, capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes, o que afasta a aplicação da Súmula n. 266/STF Precedentes do STJ.

— A impetração prescinde de ato administrativo concreto, principalmente se voltar-se contra tributo lançado por homologação, que impõe o pagamento antecipado da exação, antes mesmo de qualquer ato ou procedimento da autoridade fiscal competente.

— A Recorrente é empresa concessionária do serviço de telefonia móvel celular, portanto, destinatária da norma do Convênio n. 69/1998, o que torna justo o seu receio de vir a ser tributada por norma que entende indevida. Não há como negar-lhe a via do mandado de segurança preventivo.

— Recurso a que se dá provimento, para que a Corte de origem aprecie o mérito da impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João

Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição da República, interposto por Teleacre Celular S/A, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Secretário de Fazenda do Estado do Acre, que teria aprovado, no âmbito do Confaz, o Convênio n. 69/1998 (DOU de 29.06.1998), que estabelece a cobrança do ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular, inclusive sobre habilitações anteriores à publicação do Convênio.

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, ao apreciar a ação de segurança, extinguiu o processo, por entender que a impetração deu-se contra lei em tese. O Acórdão guerreado encontra-se assim ementado:

“Mandado de segurança preventivo. Secretário de Estado da Fazenda. Convênio n. 69/1998 — Confaz — Telefonia móvel celular. Espécie do gênero telecomunicações. ICMS. Inclusão. Hipótese de incidência. Obrigação tributária inexistente. Situação abstrata. Lei em tese. Inadmissibilidade da mandamental. Mandado de segurança não conhecido.

1. A inclusão, no convênio — Confaz, do serviço de habilitação de telefonia móvel celular, espécie do gênero telecomunicações como hipótese de incidência do ICMS, não gera obrigação tributária, revestindo-se de norma em tese caracterizada pela abstração e generalidade, uma vez que dependendo o recolhimento do imposto, da atuação da autoridade fazendária para a eficácia concreta, direta e imediata de norma, não comportando a segurança contra lei em tese, a teor do artigo 266, do Supremo Tribunal Federal.

2. Mandado de segurança não conhecido, desconstituindo-se a liminar antes deferida.”

Irresignada, a Recorrente interpôs o presente recurso ordinário, em que sustenta não tratar-se o caso dos autos de impetração contra lei em tese, vez que se encontra em curso uma autuação da Receita Estadual. Aduz, ainda, quanto à ques-

tão de fundo, a ilegalidade da cobrança do ICMS sobre a habilitação de telefonia móvel celular, já que o Confaz não tem competência para legislar e definir o campo tributável desse imposto.

O Estado do Acre, em contra-razões, sustenta o acerto do acórdão guerreado, por não se admitir mandado de segurança contra lei em tese (Súmula n. 266 do STF).

No parecer de fls. 209/216, o ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Pretende a Recorrente rescindir acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, que extinguiu a ação de segurança, por entender que a impetração deu-se contra lei em tese.

O recurso merece ser provido.

A questão dos autos não cuida de impetração contra lei em tese. A impetrante volta-se, preventivamente, contra a cobrança de ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular, em face da normatização contida no Convênio ICMS n. 69/1998 — Confaz.

A própria atividade empresarial da Recorrente (empresa concessionária de telefonia móvel celular) está a demonstrar que a mesma se encontra, ou pelo menos se encontrava à época da impetração, na iminência de ser compelida ao pagamento do imposto, principalmente por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que se exige pagamento prévio, antes mesmo de qualquer atividade por parte da administração fazendária.

A legislação tributária — para abranger as demais tipologias normativas elencadas no art. 96 do CTN — por força da plena e imediata vinculação e obrigatoriedade do lançamento, cria, desde o início de sua vigência, fundado receio de medidas constritivas ao patrimônio do contribuinte ou responsável, de modo a legitimar a impetração preventiva.

Os sujeitos passivos da futura obrigação tributária, encontrando-se na iminência de sofrer a incidência fiscal, apressam-se em afastar o iminente perigo de serem alcançados por uma norma que entendem indevida e, para tanto, fazem uso da ação de segurança. No sentido de entender legítima a impetração preventiva em casos como o presente, esta Corte tem inúmeros precedentes, que aceitam a lei tributária que entrará em vigor como uma norma jurídica de efeito concreto. Um dos mais recentes encontra-se assim ementado:

“Processo Civil e Tributário — Mandado de segurança — Art. 1º da Lei n. 1.533/1951 — Cabimento.

1. É cabível mandado de segurança contra lei tributária capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes, o que afasta a aplicação da Súmula n. 266/STF.

2. Recurso conhecido e provido.”

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 56.096/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, Rel. para o acórdão Min. Eliana Calmon, J. por maioria em 15.10.2002, DJ de 31.03.2003, p. 181)

No mesmo sentido:

“Recurso ordinário em mandado de segurança — Pretendida reforma da decisão que entendeu por indeferir **in limine** mandado de segurança, por configurar impetração contra lei em tese (Lei Municipal n. 3.123/2000 — Transformação dos taxistas auxiliares em autônomos) — Recurso conhecido e provido para descaracterizar a impetração contra lei em tese — Determinada a remessa à corte de origem para apreciação do mérito do pleito mandamental — Precedente da Segunda Turma.

A propósito, advertiu a Ministra Eliana Calmon, por ocasião do julgamento do RMS n. 15.684/RJ, que “embora seja necessário ato administrativo consistente na liberação da permissão, a norma é auto-aplicável e independe de regulamentação”.

Na mesma linha de raciocínio, é o r. Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, na parte em que assevera que “não há que se falar em lei em tese (carente de regulamentação), tendo em vista a auto-aplicabilidade da Lei n. 3.123/2000 denotada pelos efeitos concretos que estão aptos a serem produzidos pelo ordinário cumprimento do disposto em seus artigos” (fl. 411).

Recurso provido, para que a Corte de origem aprecie o mérito da ação mandamental.”

(STJ — Segunda Turma, ROMS n. 15.505/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, J. à unanimidade em 13.05.2003, DJ de 23.06.2003, p. 297)

“Processual Civil — Recurso especial — PIS — Mandado de segurança — Cabimento — Violação aos arts. 535 do CPC e 1º da Lei n. 1.533/1951 configuradas — Precedentes STJ.

— *É cabível o mandado de segurança impetrado com a finalidade de afastar situação individual, concreta e objetiva em relação a determinado contribuinte, visando ao não-recolhimento do PIS, ainda que inconstitucional a lei que o instituiu, não se configurando impetração contra ‘lei em tese’.*

— Assim, configurada a violação ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951, conhecimento e dou provimento ao recurso determinando o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** para que seja apreciado o mérito, como entender de direito.

— Recurso especial provido.” (Original sem grifos)

(STJ — Segunda Turma, REsp n. 259.719/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, J. à unanimidade em 1º.04.2003, DJ de 26.05.2003, p. 298)

No caso presente, o Convênio ICMS n. 69/1998 — Confaz, listou como serviço de comunicação tributável a habilitação da telefonia móvel celular, com força no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996 e no art. 60, **caput** e parágrafo 1º, da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações). Sem adentrar a análise de mérito, verifica-se que, a partir da ratificação do Convênio pelo Governo do Estado do Acre, o mesmo passa a surtir os seus regulares efeitos e a incidir sobre as situações de fato que se amoldam à previsão normativa.

A Recorrente, como afirmado, é empresa concessionária do serviço de telefonia móvel celular, portanto, destinatária da norma do Convênio n. 69/1998. Por ser norma de aplicabilidade imediata, sendo desnecessária qualquer regulamentação futura, torna-se fundado e justo o receio da Recorrente de vir a ser tributada por norma que entende indevida. Não há como negar-lhe a via do mandado de segurança preventivo.

A situação também não está a reclamar um ato administrativo específico para que se possa afastar o argumento de impetração contra lei em tese. O Convênio n. 69/1998 tem por objeto normas relativas ao ICMS, tributo cujo lançamento por homologação impõe ao contribuinte ou responsável a antecipação do pagamento do imposto devido, antes mesmo de qualquer ato ou procedimento por parte da autoridade fiscal competente.

Não há que se falar, portanto, de impetração contra lei em tese (carente de regulamentação), tendo em vista a auto-aplicabilidade do Convênio ICMS n. 69/1998 — Confaz, cujos efeitos concretos estão aptos a serem produzidos pelo ordinário cumprimento do disposto em seus artigos.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso*, para que a Corte de origem aprecie o mérito da ação mandamental.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.970 — RJ (2001/0031582-8)**

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrentes: Robson Carlos dos Santos Braga e outro
Advogados: Joseph William Cabral dos Santos e outro
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: José Roberto P. C. Faveret Cavalcanti e outros

EMENTA

Tributário. IPVA. Forma de lançamento.

1. O crédito tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores constitui-se de ofício, sujeitando-se às prescrições legais dessa modalidade de lançamento.

2. Recurso ordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

Publicado no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Robson Carlos dos Santos Braga e outro impetraram mandado de segurança com pedido de liminar contra o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro impugnando a cobrança antecipada do IPVA/1999, sem que tivessem sido previamente intimados, pleiteando a abstenção

da autoridade coatora, ou de seus agentes delegados, de apreender os veículos de suas propriedades e de promoverem a cobrança administrativa ou judicial do tributo, permitindo a vistoria das viaturas para que possam trafegar livremente, efetuando o pagamento do seguro obrigatório.

O Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública, onde foi ajuizada a ação mandamental, indeferiu a liminar e requereu informações do impetrado tendo, posteriormente, declinado da competência para o Tribunal de Justiça Estadual que, após os trâmites normais do processo, rejeitou as preliminares de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e de impetração contra lei em tese, denegando a segurança pelos motivos constantes do acórdão de fls. 137/142, entre os quais o de que o lançamento se deu por homologação, já que o proprietário do veículo providenciou seu recolhimento na rede bancária onde tem acesso aos valores cobrados e os discute, caso julgue excessivos.

Rejeitados os embargos declaratórios, os impetrantes manifestaram o presente recurso ordinário reafirmando os argumentos expendidos em suas manifestações anteriores, notadamente o que diz respeito à falta de notificação por não ser o tributo em causa lançado por homologação, pleiteando a reforma do acórdão.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi regularmente processado e remetido a esta Corte, opinando a douta Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Tributário. IPVA. Forma de lançamento.

1. O crédito tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores constitui-se de ofício, sujeitando-se às prescrições legais dessa modalidade de lançamento.

2. Recurso ordinário conhecido e provido.

Afirmam os recorrentes que o impetrado, objetivando “fazer caixa”, com base no art. 11 da Lei Estadual n. 2.877/1997, antecipou o vencimento do IPVA de janeiro e fevereiro/1999, e não o seu pagamento, sob pena de apreensão do veículo, da imposição de multa e de juros de mora, sem lançamento formal (ato vinculado e obrigatório) e sequer sem notificar o contribuinte em franca violação do art. 160/CTN.

O acórdão impugnado denegou a segurança basicamente porque o tributo em causa é lançado por homologação, houve ampla divulgação na imprensa e os for-

mulários encontravam-se na rede bancária à disposição dos contribuintes para preenchê-los, podendo discutir o valor a ser recolhido, caso julgassem excessivo. Parece-me, entretanto, assistir razão aos recorrentes quanto ao tipo de lançamento do IPVA.

Lançamento por homologação é o que a lei atribui ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da Administração que, tomando conhecimento das informações do contribuinte, procede à homologação. O objeto da homologação não é o pagamento em si, mas a chancela da apuração do montante devido. Todavia, se o sujeito passivo da obrigação tributária não antecipa o pagamento, a autoridade administrativa o intimará para fazê-lo com a multa pela falta da antecipação, sob pena de inscrição do débito na dívida ativa. O pagamento antecipado extingue o crédito sob condição resolutiva da sua homologação posterior, ou seja, a extinção quando essa ocorrer, seja de modo tácito ou expresso.

Na hipótese em espécie não foi exigido o pagamento antecipado da exação, mas apenas que o contribuinte preenchesse os formulários encontrados em estabelecimentos bancários pré-determinados, efetuasse os cálculos do imposto devido e procedesse ao pagamento integral no prazo de 30 dias, com direito a desconto, ou parceladamente (cf. Resolução n. 2.977/1998 e anexo, fls.115/122), circunstâncias estranhas à modalidade do lançamento por homologação.

Leciona, Hugo de Brito Machado:

“O lançamento do IPVA é feito de ofício. A repartição competente para o licenciamento do veículo remete para a Secretaria da Fazenda as informações necessárias e esta emite o documento com o qual o proprietário do veículo é notificado para fazer o pagamento.” (“Curso de Direito Tributário”, Malheiros, 20ª ed., p. 332).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 172.736 — RO (1998/0030888-1)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Maria Clenira Rodrigues de Macedo

Advogada: Márcia Regina Pini de Souza

Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

EMENTA

Processual Civil — Cautelar — Instituição financeira — Liquidação extrajudicial — Ex-administradores — Indisponibilidade dos bens — Arresto — Existência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** — Responsabilidade objetiva — CPC, art. 814, I — Lei n. 6.024/1974, art. 45, § 2º — Súmula n. 07 — STJ.

— Inviável neste STJ o exame do relatório do Bacen que fundamentou o acórdão recorrido, conduzindo o Tribunal **a quo** à conclusão da existência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** por isso que implicaria em incursionar no terreno da prova, esbarrando no óbice da Súmula n. 07 STJ.

— O arresto objetiva resguardar o interesse público, evitando a dilapidação do patrimônio do recorrente apontado como envolvido em irregularidades na administração da instituição financeira, em inquérito conduzido pelo Banco Central.

— A medida contestada, de caráter investigatório, não decretou a perda da propriedade, apenas restringiu a disponibilidade dos bens, impossibilitando o proprietário de aliená-los, podendo, contudo, usufruí-los.

— A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, ou seja, são responsáveis todos aqueles que solidariamente, tenham participado da gestão em que se verificou o prejuízo.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 10 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Maria Clenira Rodrigues de Macêdo com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual que, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão em liminar, que autorizou o arresto de todos os bens do Agravante, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível, Falências e Concordatas da Comarca da Capital, nos autos da medida cautelar de arresto requerida pelo Ministério Público do Estado de Rondônia.

O v. acórdão determinou a indisponibilidade dos bens, tendo em vista o fundamento receio de se tornar ineficaz o provimento final da medida cautelar de arresto (Processo n. 001.96.001944-9).

No recurso especial, a ora Recorrente alega ter o v. aresto violado o art. 814 do CPC, alegando que não há prova contundente de dívida líquida e certa; violado o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 6.024/1974, quando autorizou o arresto sem a discriminação dos valores referentes ao risco da atividade bancária e aqueles decorrentes da incompetência gerencial ou, ainda, do prejuízo por atos ilícitos, culposos ou dolosos, bem como não foi imputada a responsabilidade pessoal ou coletiva dos responsáveis pelos atos ilícitos; contrariado as Leis ns. 8.625/1993 e 7.347/1985, assegurando que ao Ministério Público estadual não está assegurada a condição de autor na ação cautelar.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 176/185.

Ambos os recursos foram admitidos no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Solicitei a ouvida do Ministério Público Federal, que opinou pelo improvimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins(Relator): Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento interposto por Maria Clenira Rodrigues de Macedo, ex-integrante do Conselho Fiscal do Banco do Estado de Rondônia S/A — Beron e do Beron — Crédito Imobiliário, hoje Rondonpoup, inconformada com a decisão do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível, Falência e Concordatas da Comarca de Porto Velho proferida nos autos da medida cautelar de arresto, requerida pelo Ministério

Público do Estado, concedendo liminarmente o arresto de todos os seus bens e dos demais requeridos, ao fundamento de que “...a documentação junta faz revelar, como, senão incontestada, ao menos aparente, a responsabilidade patrimonial dos requeridos, em face dos prejuízos causados à instituição bancária, consoante a conclusão do inquérito instaurado sob a supervisão do Bacen.”

O Tribunal de Justiça estadual, por maioria, vencido o Relator Des. Sebastião Chaves, negou provimento ao agravo na esteira do voto vencedor proferido pelo Des. Adilson Alencar, do qual extraio o trecho a seguir transcrito (fl. 147):

“Incorre, a toda evidência, no caso **sub examine**, privação de bens, mas tão-somente mera restrição à medida decretada, firmemente ancorada na lei.

A perda da propriedade, se for o caso, somente acontecerá na execução de eventual sentença condenatória no processo principal, cuidando a cautelar apenas de, provisoriamente, resguardar futura execução.

Não diviso haver a decisão recorrida ferido a Constituição ou a lei. Ao contrário, foi proferida **secundum legem**, por isso que relevante foi o fundamento do pedido, havendo justificado receio de se tornar ineficaz o provimento a final.

Cuida-se tão-somente de uma cautela, de um resguardo da coisa pública, que tem impiedosamente sido solapada por ação ou omissão dos administradores.

Não está o Relator a prejudicar, mas — por não se conter — fazendo referência a uma vergonhosa situação nacional.

O douto juiz **a quo** esteou a decisão ora atacada em inquérito do Banco Central. É prova suficiente para formar pressupostos ensejadores da concessão da liminar, havendo precedentes em outros tribunais.

Voltando ao r. entendimento do eminente Relator, de que dissinto, prescindível é a aplicação, à espécie, do inciso LIV, art. 5º da Constituição Federal.

O TRF da 2ª Região, Segunda Turma, em decisão unânime de 07.11.1995, **apud** “A Constituição na Visão dos Tribunais”, p. 117, 1º Volume, decidiu: ‘... apenas decisão judicial pode tornar indisponíveis bens de quem seja legítimo proprietário ou possuidor.’ Julgava-se ato do Poder Executivo relativo ao bloqueio de cruzados novos.

No caso presente, trata-se de decisão judicial com amparo na lei.

Assim, pedindo mais uma vez vênua ao Desembargador-Relator, nego provimento ao recurso.”

Vale transcrita, ainda, a ementa que resumiu o julgado:

“Agravo de instrumento. Interlocutória em cautelar. Indisponibilidade de bens. Pressupostos ensejadores da concessão.

Sendo relevante o pedido e havendo justificado receio de tornar-se ineficaz o provimento a final, defere-se, liminarmente, requerimento de indisponibilidade de bens.”

Seguiu-se este recurso especial em que a agravante, ora recorrente, insurge-se contra o aresto do Tribunal **a quo**, alegando infringência aos arts. 814, I do CPC e 45, § 2º da Lei n. 6.024/1974 e sustentando a necessidade de prova literal de dívida líquida e certa; e que o relatório do Bacen demonstrou, apenas, mera estimativa dos prejuízos operacionais que, por si só não autoriza a concessão do arresto. Demais disso, o referido relatório do inquérito do Bacen deixou de imputar responsabilidade subjetiva, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, por qualquer prejuízo financeiro à Instituição, o que constitui fato impeditivo da concessão da medida constritiva patrimonial (arts. 39 e 40 da Lei n. 6.024/1974). À comissão do Bacen cumpria, ao final, imputar a responsabilidade pessoal ou coletiva dos agentes responsáveis pelos atos ou operações consideradas ilícitas (arts. 41 e 46 da Lei n. 6.024/1974).

Insurge-se, ainda, contra a postulação, pelo Ministério Público, na condição de autor da ação cautelar, contrariando o art. 25 da Lei n. 8.625/1993 e a Lei n. 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública).

O acórdão recorrido decidiu a lide com fundamento nos arts. 814, I e 45, § 2º da Lei n. 6.024/1994, cumprida, portanto, a exigência do prequestionamento, viabilizador do acesso à instância especial.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso em parecer resumido na seguinte ementa:

“Recurso especial. Arresto. Cabimento. Indisponibilidade de bens. Ex-administrador. Instituição financeira. Responsabilidade objetiva.

1. O art. 813, V, do CPC dispõe que o arresto tem lugar nos demais casos previstos na legislação, estando o art. 45, § 2º, da Lei n. 6.024/1974 abrangido por essa disposição.

2. A medida cautelar foi concedida em estrito cumprimento à regra insculpida no art. 45, da Lei n. 6.024/1974.

3. O inquérito do Bacen que constatou irregularidade na administração da instituição financeira e apontou responsabilidade de seus ex-administradores, reveste-se de caráter investigatório, sendo apenas medida preparatória exigida para o ajuizamento de ação judicial própria.

4. O valor devido solidariamente pela recorrente está consignado na inicial da medida cautelar, bem como no relatório final da Comissão de Inquérito do Banco Central.

5. A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, conforme preceitua o art. 40 da Lei n. 6.024/1974.

6. Opina o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso especial.”

Do referido parecer da lavra da Subprocuradora Gilda Pereira de Carvalho, vale transcrito:

“(…)

12. Com efeito, a medida liminar em debate foi concedida observando-se o **periculum in mora** em decorrência da razoabilidade do argumento jurídico da necessidade de se garantir a eficácia da ação civil pública de ressarcimento ao Erário, proposta pelo Ministério Público e atualmente em andamento.

13. Alega-se que os requisitos exigidos para concessão do arresto não foram cumpridos, pois não se observou o disposto no art. 814, I, do CPC. Entretanto, insta dizer que o arresto foi determinado com base no art. 45, § 2º, da Lei n. 6.024/1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudiciais de instituições financeiras. Cabe, ainda, esclarecer que conforme dispõe o art. 813, V, do CPC o arresto tem lugar nos demais casos previstos na legislação, ou seja, as hipóteses para sua concessão não estão adstritas à lei processual.

14. Ademais, conforme lição de **Galeno Lacerda** a exigência do art. 814, I, do CPC, não se aplica à espécie:

‘(…) Da mesma forma os ‘seqüestros’ do art. 61, § 2º, do Cód. Brasileiro do Ar, do art. 45, **caput**, e § 2º, da Lei n. 6.024, de 13.03.1974, sobre liquidação extrajudicial de instituições financeiras (…), constituem, por exemplo, casos manifestos de arresto, afora os existentes em outras leis extravagantes, nos quais se prescinde dos requisitos de certeza e liquidez da dívida’.

Nesse sentido é a jurisprudência dessa Corte:

‘Processual Civil — Arresto — Cabimento — Requisitos — Instituição financeira sob regime de administração especial temporária.

— O art. 813 do CPC, ao examinar as hipóteses de cabimento do arresto, não as exauriu.

— A Lei n. 6.024, em seus arts. 45 e 49, previu o arresto de bens de administradores e membros do Conselho Fiscal de instituição financeira em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

— É irrelevante estar a instituição financeira sob regime de administração temporária. Presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora, tem lugar a possibilidade de decretação de arresto.

— Recurso improvido.’

Ressalte-se que a medida em exame apenas restringiu a disponibilidade dos bens da recorrente, em nenhum momento decretou a perda da propriedade, que se ocorrer será no processo principal. A recorrente continua na posse de seus bens, podendo usufruí-los, somente não podendo aliená-los. Assim, vê-se que a decisão atacada reveste-se tão-somente de resguardo com a **res** pública tão maltratada pelos administradores, não tendo qualquer caráter de prejulgamento, pois a apuração da responsabilidade dos administradores se darão em ação própria, de acordo com o art. 46, da Lei n. 6.024/1976:

‘Art. 46. A responsabilidade dos ex-administradores, definida nesta lei, será apurada em ação própria, proposta no juízo da falência ou no que for para ela competente.’

17. Salienta-se que o referido inquérito do Bacen que constatou irregularidades na administração da aludida instituição financeira e apontou responsabilidade de seus ex-administradores, reveste-se de caráter investigatório, sendo apenas medida preparatória exigida para o ajuizamento de ação judicial própria.

18. No que se refere ao valor devido solidariamente pela recorrente, tal importância está consignada na inicial da medida cautelar, bem como no relatório final da Comissão de Inquérito do Banco Central. Portanto, não procede o argumento de que esse valor não foi apurado ou de que houve responsabilização genérica dos ex-administradores.

19. Necessário falar que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, não cabendo perquirir sobre quem tenha participado diretamente do ato causador do prejuízo, são responsáveis todos aqueles que tenham participado da gestão em que se constatou o prejuízo. Assim dispõe o art. 40, da Lei n. 6.024/1974:

‘Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram.

Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.’

20. Face ao exposto, opina o Ministério Público Federal pelo improviamento do recurso especial.”

Em hipótese semelhante, sendo o Ministério Público Estadual parte recorrida, em RE originário do mesmo Estado de Rondônia (REsp n. 226.472-1) e, igualmente envolvendo administradores do Rondônia Crédito Imobiliário S/A — Rondonpoup, o STF, pelo voto da Ministra Ellen Gracie decidiu:

“Lei n. 6.024/1974. Arresto dos bens de envolvidos em possíveis irregularidades em instituição financeira. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Inexistência.

1. O arresto é medida cautelar prevista na legislação processual civil com vistas a garantir a efetividade de uma possível execução, não representando julgamento prévio ou ingerência patrimonial indevida. 2. A decisão que decretou o arresto apresenta-se devidamente fundamentada, na presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, requisitos que não podem ser contestados em sede extraordinária, devido a seu caráter processual ordinário. Por esta razão não se mostra possível este Supremo Tribunal examinar se o relatório do Banco Central, que concluiu pela responsabilidade do recorrente pelos prejuízos suportados pela instituição financeira que administrava, é suficiente para a ocorrência dos requisitos ensejadores desta medida cautelar. 3. Inocorrência de violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. 4. Recurso extraordinário não conhecido.”

Por tratar-se de situação fática idêntica à dos autos, faço minhas as palavras da ilustre Relatora Ministra Ellen Gracie, ao proferir o voto condutor do referido acórdão:

“Creio que o acórdão recorrido deu o melhor entendimento à matéria dos autos.

O arresto é medida cautelar prevista na legislação processual civil com vistas a garantir a efetividade de uma possível execução, não representando, portanto, julgamento prévio ou ingerência patrimonial indevida. Trata-se de instituto devidamente regulado na legislação processual ordinária e condicionado ao atendimento de certos requisitos.

Na espécie, o Ministério Público Estadual requereu esta providência para evitar a dilapidação do patrimônio do recorrente, apontado como envolvido em irregularidades na administração do Rondônia Crédito Imobiliário S/A — Rondonpoup em inquérito conduzido pelo Banco Central, durante processo de intervenção extrajudicial sofrida por esta instituição financeira.

Em última análise, a cautelar de arresto visa resguardar interesse público. De nada adiantaria o processo judicial se, após o seu transcurso, o sucumbente viesse a arruinar seus bens, de modo a inviabilizar a execução e o

direito do vencedor devidamente reconhecido em juízo. No presente caso, resalto que a instituição financeira lesada é sociedade de economia mista, cujo principal acionista é o Estado de Rondônia, estando em jogo, portanto, o patrimônio público e dos próprios clientes da instituição.

Ademais, tanto a decisão de primeira instância que decretou o arresto, quanto o acórdão de segundo grau que a confirmou, apresentam-se devidamente fundamentados, destacando a presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, requisitos que não podem ser contestados em sede extraordinária, devido a seu caráter processual ordinário. Por esta razão, entendendo não ser possível a este Supremo Tribunal examinar se o relatório do Banco Central, que concluiu pela responsabilidade do recorrente pelos prejuízos suportados pela instituição financeira que administrava, é suficiente para a ocorrência dos dois requisitos ensejadores desta medida cautelar como, a rigor, pretende o recorrente.

Não vejo, assim, qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal na decretação de arresto dos bens do recorrente.

Diante do exposto, não conheço do recurso.”

Não cabe a este Tribunal o exame do relatório do Bacen com a finalidade de rever a documentação referente à existência ou não de dívida líquida e certa, em face do óbice da Súmula n. 07/STJ.

Quanto aos temas em debate, este Tribunal tem entendimento harmônico no sentido do acórdão recorrido, como exprimem as ementas ora transcritas:

“Comercial e administrativo. Instituição financeira. Liquidação extrajudicial. Ex-administradores. Indisponibilidade de bens. Arresto. Requerimento do Ministério Público e decisão judicial. Possibilidade. Art. 45, da Lei n. 6.024/1974.

1. A indisponibilidade dos bens dos ex-administradores de instituição financeira é um efeito decorrente do ato administrativo extremo que decreta sua liquidação extrajudicial, não impedindo o arresto desses mesmos bens a requerimento do Ministério Público e por decisão do Juiz competente para decretação da falência da instituição.

2. O art. 45, da Lei n. 6.024/1974, permite que esse tipo de medida cautelar seja deferida. Em conseqüência, não se pode falar em sua violação.

3. É incensurável a fundamentação no que pertine a possibilidade de se aplicar a proibição de saída do País, sem prévia autorização judicial, visto

que os ex-administradores de instituição financeira em liquidação extrajudicial que tenham tido arrestados os seus bens dependem de autorização do Banco Central e do Juiz do arresto.

4. A proibição de administrar instituição financeira constitui sanção de competência do Banco Central (art. 9º, II, da Lei n. 9.447/1997) que, não prevista na Lei n. 6.024/1974, só pode ser decretada pelo Juiz como cautelar inominada e desde que presentes os requisitos exigidos pelo CPC.

5. Decisão recorrida que decidiu de acordo com os princípios regedores da situação em análise, especialmente, para resguardar os direitos materiais de possíveis interessados.

6. Recurso especial não provido.” (REsp n. 475.044/SP, DJ de 24.03.2003, Rel. Min. José Delgado)

“Processual Civil — Arresto — Cabimento — Requisitos — Instituição financeira sob regime de administração especial temporária.

O art. 813 do CPC, ao examinar as hipóteses de cabimento do arresto, não as exauriu.

A Lei n. 6.024, em seus arts. 45 a 49, previu o arresto de bens de administradores e membros do Conselho Fiscal de instituição financeira em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.

É irrelevante estar a instituição financeira sob regime de administração temporária. Presentes os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora, tem lugar a possibilidade de decretação de arresto.

Recurso improvido.” (REsp n. 170.272/RO, DJ de 02.08.1999, Rel. Min. Garcia Vieira)

Por todo o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 286.035 — SP (2000/0113567-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Amélia Nobuko Kasai e outros

Recorrido: Antônio Carlos Cerqueira de Lima

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. IPVA. Substituição da CDA, art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980. Indeferimento da inicial. Impossibilidade. CPC, art. 296 e seu parágrafo único.

1. Substituída a CDA pela exeqüente em tempo hábil, como facultado no art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, não cabia ao juiz indeferir a inicial por defeito da certidão e, depois, sustar a remessa da apelação ao Tribunal **ad quem** face à incidência do art. 296/CPC.

2. Ademais, como já decidiu a egrégia Segunda Turma deste STJ, a inexpressividade do crédito fiscal não exclui o direito à sua execução pela Fazenda Pública (MS n. 4.526-9/SP).

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

Publicado no DJ de 22.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial fundado no permissivo da letra **a**, interposto pela Fazenda Pública de São Paulo, após a rejeição dos embargos declaratórios, contra acórdão do Tribunal de Justiça Estadual assim resumido na ementa:

“Execução fiscal. Débito, que não justifica o prosseguimento da ação de execução, por ausência de legítimo interesse de agir. Entendimento sistemático do artigo 296 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil. Recurso improvido.” (Fl. 55)

Alega a recorrente negativa de vigência e contrariedade ao art. 269 e seu parágrafo único do CPC, afirmando, em resumo, que o juiz de 1ª grau não podia negar seguimento à apelação com base em outro fundamento que não aquele segundo o qual indeferira a inicial com apoio no art. 267, I, do diploma processual, pleiteando a reforma do acórdão.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, dispensando-se o parecer do Ministério Público Federal na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): A Fazenda Pública de São Paulo promoveu executivo fiscal para cobrança do IPVA de proprietário de veículo automotor (Antonio Carlos Cerqueira de Lima).

O Juiz de Direito das Execuções Fiscais, ao arrepio do disposto no art. 616/CPC, indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, a teor do art. 267, I, do CPC por não estar identificado, na CDA, o veículo sujeito à exação (fl. 9).

Antes de ser intimado de tal decisão, a exequente havia substituído a CDA com a especificação da viatura, como lhe facultava o art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980, dela apelando posteriormente (cf. fls. 10/12, 13 e 14/19).

O juiz singular negou seguimento à apelação por ausência do interesse de agir da exequente, já que o valor do débito fiscal era inferior a 100 Ufesp, sendo antieconômico o prosseguimento da ação “pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado” (fls. 20/21).

O Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo, ratificando o entendimento da decisão agravada em longas considerações sobre a falta de interesse de agir da exequente, face à desproporcionalidade entre custo e o benefício da ação, concluindo: “Inexiste sentido técnico-jurídico de mandar subir apelo, cujo provimento será nenhum, tão-só, para render homenagem aos preceitos, contidos no artigo 296 e seu parágrafo único, do diploma processual civil”.

Em decorrência disso, a Fazenda Estadual, após a rejeição dos embargos declaratórios, manifestou o presente recurso especial fundado no permissivo da letra **a**, alegando negativa de vigência ao mencionado artigo 296/CPC, pois o juiz de 1ª grau jamais poderia obstar a remessa da apelação à instância **ad quem**; afirmando não ser irrisório o valor do débito cobrado (R\$ 624,43 sem incidência da

verba honorária); que o limite de 100 Ufesps, determinado pela Lei n. 9.954/1998, foi estabelecido apenas para o ICMS e o imposto **causa mortis** não o estendendo expressamente ao IPVA, cuja alíquota é inferior à do ICMS; que a Segunda Turma do STJ, no MS n. 4.526-9/SP, decidiu no sentido de que “a inexpressividade do crédito fiscal não exclui o direito à sua execução pela Fazenda Pública”, além de outros argumentos em prol da reforma do acórdão, determinando-se a subida de sua apelação, a fim de ser apreciada pelo Tribunal **a quo**.

Penso assistir razão à recorrente.

O art. 296/CPC dispõe:

“Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao Tribunal competente.”

Por outro lado, o artigo 616 do mesmo diploma preceitua que o juiz, verificando que a inicial não preenche os requisitos necessários, determine que o autor a corrija, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento. Ademais, o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980 permite a emenda ou a substituição da CDA, até a decisão de 1ª instância. Como visto, a exeqüente, antes de ser intimada da sentença que extinguiu o processo, substituiu a CDA por outra na qual estava identificado o veículo sobre o qual incidia o tributo.

Desse modo, o juiz não poderia negar seguimento à apelação da exeqüente pela razão que o fez (ausência de interesse devido ao valor da dívida), nem sua decisão poderia ser ratificada na 2ª instância porque tal possibilidade não se encontra elencada no art. 557 e seu parágrafo único do CPC.

Demais disso, é de observar-se que, a eficácia da sentença proferida em execução da dívida ativa promovida pela Fazenda Pública, está sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, III), o que de qualquer modo importaria na remessa dos autos ao Tribunal invalidando o argumento da desproporcionalidade do custo do processo e do benefício pretendido, aquele agravado por incidente processual, cuja causa não pode ser atribuída à exeqüente, num processo iniciado nos idos de 1997 e que é submetido a julgamento desta Corte, para decidir recurso especial contra acórdão que manteve decisão interlocutória impugnada via agravo de instrumento.

Por tais motivos, conheço do apelo especial e lhe dou provimento, nos termos do pedido.

RECURSO ESPECIAL N. 302.620 — SP (2001/0011032-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Relator p/ o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Município de Itu

Advogado: Flávio Antunes

Recorrida: Empresa Bandeirante de Energia S/A — EBE

Advogados: Lyrurgo Leite Neto e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Fornecimento de energia elétrica. Município inadimplente. Suspensão do serviço. Previsão legal. Possibilidade. Princípio da proporcionalidade.

1. A interrupção no fornecimento de energia por inadimplemento do usuário, conforme previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, não configura descontinuidade na prestação do serviço para fins de aplicação dos arts. 22 e 42 do CDC.

2. Demonstrado nos autos que a fornecedora, ao suspender o fornecimento de energia elétrica, teve o cuidado de preservar os serviços essenciais do Município, não há que se cogitar tenha o corte afetado os interesses imediatos da comunidade local.

3. Destoa do arcabouço lógico-jurídico que informa o princípio da proporcionalidade o entendimento que, a pretexto de resguardar os interesses do usuário inadimplente, cria embaraços às ações implementadas pela fornecedora de energia elétrica com o propósito de favorecer o recebimento de seus créditos, prejudicando, em maior escala, aqueles que pagam em dia as suas obrigações.

4. Se a empresa deixa de ser, devida e tempestivamente, ressarcida dos custos inerentes às suas atividades, não há como fazer com que os serviços permaneçam sendo prestados com o mesmo padrão de qualidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o

voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator para o acórdão

Publicado no DJ de 16.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial, seguido de extraordinário, interposto, após a rejeição dos embargos declaratórios, pela prefeitura da Instância Turística de Itu com fundamento nos permissivos **a** e **b** contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que proveu agravo de instrumento manifestado pela Empresa Bandeirante de Energia S/A, pelos motivos assim resumidos na ementa:

“Tarifa. Energia elétrica. Interrupção do fornecimento pela concessionária em razão de inadimplência. Possibilidade. Previsão legal para o ato. Dependência da contraprestação pecuniária para a manutenção do serviço. Recurso provido, cassando-se a liminar anteriormente concedida.” (Fl. 90)

Alega a recorrente contrariedade aos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor) e à Resolução n. 166/1999, que proíbem o corte de energia elétrica nas circunstâncias em que foi suspenso o fornecimento de energia, bem como julgou válido o art. 76 da Portaria n. 466/1997 contestada em face da mencionada Resolução n. 166/1999, justificando o cabimento do recurso especial, a fim de ser reformado o acórdão recorrido.

Oferecidas contra-razões aos dois recursos, apenas o especial foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal.

Remetido o apelo especial a esta Corte, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Recurso especial. Tarifa de energia elétrica. Inadimplência do Município. Corte do fornecimento. Ilegalidade. Código do Consumidor, arts. 22 e 42.

1. A sustação do fornecimento de energia elétrica devido à inadimplência do Município afigura-se ilegal por ferir disposições do Código de Defesa do Consumidor, atingindo não só o ente público como todos os munícipes que ficam privados de serviços essenciais prestados pela municipalidade.

2. A concessionária de serviço público, ao invés de adotar medida drástica e ilegítima, dispõe de meios próprios para cobrar seus créditos.

3. Recurso especial conhecido e provido.

Como notícia em suas razões recursais, a recorrente propôs medida cautelar com pedido de liminar a fim de que a recorrida não procedesse ao corte de energia elétrica em próprios da municipalidade e nas praças e avenidas. Concedida a liminar, esta foi cassada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo pelos motivos constantes do acórdão de fls. 90/93, cuja ementa foi reproduzida no relatório, tendo ainda rejeitado os embargos declaratórios opostos pela recorrente, daí o seu inconformismo embasado nos permissivos **a** e **b**, alegando contrariedade aos arts. 22 e 42 do Código do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e à Resolução n. 166/1999, bem como por ter julgado válido o art. 76 da Portaria n. 466/1997 contestado em virtude da mencionada Resolução n. 166/1999.

Conheço do recurso pela alegada violação de dispositivos de Lei federal, já que ofensa à norma infralegal ou contestação de portaria não viabilizam o apelo especial.

Como bem salientou o ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 302/306, o corte de energia elétrica extrapola os limites da legalidade em face de existência de outros meios legais para cobrança do débito existente. Ademais, a supressão do fornecimento de energia elétrica atinge, inclusive, todos os membros da comunidade que ficam privados dos serviços essenciais prestados pela municipalidade, reforçando o seu entendimento com precedente desta Corte que reproduzo:

“Administrativo. Energia elétrica. Corte de fornecimento. Município inadimplente. Impossibilidade. — O corte de energia elétrica em prédio do Município atinge não somente aquele ente público, mas o próprio cidadão, porquanto a inviabilidade da utilização do prédio público e a conseqüente deficiência na prestação dos serviços decorrentes, atinge

diretamente todos os municípios. — O corte de energia, utilizado para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito. — Precedentes. — Recurso provido.” (REsp n. 278.532/RO, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 18.12.2000)

“Recurso especial — alíneas **a** e **c** — Administrativo — *Energia elétrica* — Concessão de serviço público — Falta de *pagamento* — Suspensão do serviço — Necessária individualização das unidades consumidoras inadimplentes — Corte indiscriminado da *energia elétrica* — Impossibilidade.

Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de *energia elétrica* ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público (art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 e art. 17 da Lei n. 9.427/1996).

Na hipótese vertente, contudo, verifica-se que, embora exista débito da Municipalidade para com a concessionária, a autorizar, em princípio, o corte, a medida ocorreria de forma a prejudicar toda a população da localidade. Ilegal, portanto, a interrupção indiscriminada do serviço, tanto para os serviços próprios da Administração, quanto no que se refere à iluminação pública do *Município*, porque não especificada na demanda a que unidades consumidoras se refere o débito. Ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 400.909/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 15.09.2003)

Comungando com esse entendimento, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Versam os autos sobre a interrupção do fornecimento de energia elétrica em razão da falta de pagamento das faturas. Argumenta o Recorrente, Município de Itu, que o procedimento levado a efeito pela Recorrida, Empresa Bandeirante de Energia S/A, fere as disposições emolduradas nos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) que vedam, expressamente, a imposição de tal penalidade como forma de viabilizar o adimplemento das parcelas não pagas.

Entendeu o Ministro-Relator que a medida promovida pela fornecedora é ilegal por ferir os dispositivos legais retromencionados, atingindo não só o ente público como todos os municípios que ficam privados de serviços essenciais prestados pela municipalidade.

Com a devida vênia do Ministro Peçanha Martins, vejo de forma diferente a matéria debatida nos autos que, a meu sentir, restou cabalmente decidida no âmbito do Tribunal de origem.

Em primeiro lugar, não vejo ilegalidade no procedimento levado a efeito pela empresa fornecedora de energia, uma vez que em consonância com o comando do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, **in verbis**:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

(...)

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

O dispositivo em comento, ao explicitar que a interrupção do fornecimento de energia na hipótese de inadimplemento do usuário não caracteriza descontinuidade do serviço, afasta qualquer possibilidade de aplicação dos preceitos ínsitos nos arts. 22 e 42 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Por outro lado, como bem registrou o acórdão recorrido, “exigir que a concessionária continue a prestar o serviço para os inadimplentes, valendo-se da cobrança executiva, seria, além de sobrecarregar o Judiciário, tarefa praticamente impossível, desde que milhares de processos precisariam ser instaurados, com a demora decorrente, privando as concessionárias das tarifas que poderiam estar servindo justamente para a melhora do fornecimento e ampliação da rede àqueles que também dela necessitam e pretendam pagar pela prestação”.

Não se pode olvidar que obrigações da espécie são naturalmente previsíveis, não se justificando, em hipótese alguma, a inadimplência do ente público, porquanto haveriam de estar devidamente previstos no orçamento fiscal os recursos necessários para arcar com tão relevante e indispensável despesa.

De outro lado, está perfeitamente demonstrado nos autos que a empresa recorrida, ao promover a interrupção no fornecimento de energia elétrica, teve o cuidado de preservar os serviços essenciais do Município, limitando o corte apenas a alguns prédios da Administração Pública, resguardando, desse modo, os interesses imediatos da comunidade local.

Por fim, penso que o posicionamento estampado no voto do Relator destoa do arcabouço lógico-jurídico que informa o princípio da proporcionalidade, na medida em que, ao criar embaraços às ações implementadas pela fornecedora de energia elétrica com o propósito de favorecer o recebimento de seus créditos, poderá comprometer, seriamente, a satisfatória prestação desses mesmos serviços, impingindo à coletividade que cumpre pontualmente com suas obrigações um mal maior do que aquele que visa a reprimir no presente feito.

Ora, se a empresa deixa de ser ressarcida dos custos inerentes aos serviços que presta ao Município, seja por que motivo for, não há artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. É essa a mecânica que rege as chamadas economias de mercado, modelo no qual se insere o atual sistema político-econômico brasileiro.

Ante o exposto, mais uma vez pedindo vênia ao Relator, *nego provimento ao recurso*.

ADITAMENTO AO VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, a visão que V. Exa. nos traz do direito aplicável é puramente privatista do Direito.

Vivemos numa República Federativa Democrática, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Constitui-se a Nação em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento o poder concedente do Estado, mas não o Estado federado, mas o Estado nação, ou seja, quando se trata de uma das entidades federativas não se pode ver apenas a União, mesmo em se tratando de uma delas. É de um mal vezo nesta República tratar-se o Município como se fora um ente federado de poder menor, quando a Constituição não distingue e, mesmo, proclama no art. 18, a autonomia dos órgãos políticos administrativos. No caso, há uma concessão. Não se trata de uma atividade privada, é uma atividade pública concedida.

Votei no caso do fornecimento da energia e da água a particulares acompanhando, inclusive, o voto da Ministra-Relatora, deferindo o corte do fornecimento. Mas não posso fazer o mesmo quando o beneficiário da prestação do serviço concedido é o ente público. É a esfera de poder maior desta República, sob pena de estarmos alçando a concessionária a um patamar de poder mais amplo do que o do próprio poder concedente, porque não é possível estabelecer diferenças entre as concessionárias em razão do poder concedente ser a União, o Estado ou o Município. É a própria coletividade, o povo, que é a base do Estado brasileiro e o exercente do Poder que está sendo atingido no corte. Imaginemos, por exemplo, que o Estado ou o Município de São Paulo não pague a energia e que a companhia concessionária do fornecimento energético no Estado de São Paulo resolva cortar a energia. Vamos admitir que ela resolva fazer um apagão em repesália ao não pagamento ou, então, cortar a energia do Município de Itabuna, de Ilhéus, na Bahia, ou, quem sabe, Taguatinga, em Brasília. Isso é o supra-sumo do absurdo, **data venia**, porque se trata de empresa que é concessionária de bem do Estado brasileiro. A lei não autoriza o corte do fornecimento aos entes públicos, até porque o Estado brasileiro está subordinado a orçamento, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O Estado não se pode submeter à mesma regra do particular. Acresço ao meu voto esses argumentos de ordem constitucional e de Direito Público porque me pareceu, pelas só referências que fiz, transcrevendo, inclusive, acórdãos da Primeira e da Segunda Turmas que, bastariam para o convencimento dos meus pares. Chamo, pois, a atenção de que se trata de ente federado, e não de simples pessoa física ou jurídica de direito privado.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, em razão do adendo de V. Exa., também farei uma adição ao meu voto, passando a enfrentar as questões colocadas.

Primeiro, chamo a atenção para uma questão do acórdão, que diz textualmente:

“No caso, ademais, como salientado, a agravante manteve os serviços essenciais e limitou o corte a alguns prédios da própria administração e praças, procurando resguardar a municipalidade inadimplente. Se assim não se entender, poderá certamente haver prejuízo acentuado para a arrecadação da concessionária com inegáveis repercussões junto ao seu normal funcionamento e fornecedores, inclusive, da própria energia.”

Faz-se mister dizer que a autorização para o corte, ainda que de ente público, decorre da lei. A Lei da Concessão de Energia Elétrica prevê esse corte, e o faz de forma seletiva exatamente quando se trata de municipalidade.

Caso contrário, teremos uma cessão gratuita de energia, e isso não me parece razoável. Vai se cobrar em dez anos, quando a concessionária falir? Não se pode ser tolerante com o poder público sob o argumento de que não se pode cortar energia elétrica por ser ele o poder concedente, de modo algum. O poder público, pela Lei de Responsabilidade Fiscal — que há de incidir para os administradores do Município — tem de se ater ao orçamento, e neste, certamente, há previsão para tão importante e indispensável dispêndio. Quando, portanto, a companhia cortou a luz — que ora deve estar até restabelecida — usou de um legítimo instrumento de pressão para que o poder público municipal adimplisse.

Tive a oportunidade de ver algumas prefeituras habitualmente se tornarem inadimplentes, e só passaram a pagar quando sentiram não contar com a complacência do Judiciário. É o caso.

RECURSO ESPECIAL N. 325.335 — SP (2001/0067325-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Itausa Empreendimentos S/A

Advogados: Vicente Renato Paolillo e outros

Recorrida: Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — CPTM

Advogado: Wilson Andreotti

EMENTA

Processual Civil e Administrativo — Desapropriação — Perdas e danos — Indenização pela não-implantação de empreendimento imobiliário — Dano hipotético — Honorários advocatícios — Fixação em percentual inferior ao mínimo legal — Súmula n. 7/STJ.

1. Impossibilidade de indenizar-se, em ação de desapropriação, expectativa de lucros advindos de implantação de empreendimento imobiliário, ainda que aprovado pelas autoridades competentes.

2. Na desapropriação, a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial de exploração econômica do imóvel.

3. Possibilidade de indenização por danos materiais, se comprovados.

4. Questão relativa ao prejuízo quanto à impossibilidade de implantação do projeto após a desapropriação que se insere no contexto fático-probatório e que, por isso, esbarra no teor da Súmula n. 7/STJ.

5. Possibilidade de fixação de honorários em percentual inferior ao mínimo legal quando vencida a Fazenda Pública, sendo inviável, em recurso especial, reexaminar-se os elementos de fato que influenciaram no arbitramento da verba pelo Tribunal **a quo** (Súmula n. 7/STJ).

6. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso especial. Vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Relatora os Ministros Laurita Vaz e Paulo Medina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea **a** do inciso III, art. 105 da CF/1988 de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou ação de desapropriação.

Insurge-se o recorrente contra a parte do julgado que deixou de considerar o pedido do expropriado de verificação das perdas e danos decorrentes da expropriação, tendo em vista que o mesmo havia planejado um empreendimento imobiliário de alto porte, com projeto aprovado pelas autoridades competentes e que, por força do ato expropriatório, sofreu sensíveis retardamentos e redução do projeto original. Assim, entende contrariado o Decreto-Lei n. 3.365/1941, bem como os princípios

constitucionais da isonomia, do devido processo legal, da justa e prévia indenização através do justo preço para hipótese de desapropriação.

Afirma que o acórdão, ao reduzir os juros compensatórios através da MP n. 1.577/1997, contrariou o parágrafo único do art. 62 da CF.

E, finalmente, alega que a fixação de honorários em 6% (seis por cento) contrariou expressamente o art. 20, § 3º, do CPC, que determina o arbitramento entre 10 e 20% do valor da condenação.

Julgando o Ag n. 363.627/SP, interposto em razão da inadmissão do referido recurso especial, dei-lhe parcial provimento, determinando sua convalidação e restringindo o exame à tese das perdas e danos (violação ao Decreto-Lei n. 3.365/1941) e dos honorários (art. 20, § 3º do CPC).

Nas contra-razões, alega a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — CPTM que o exame do recurso esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Afirma o Recorrente que havia planejado um empreendimento imobiliário de alto porte, com projeto já aprovado pelas autoridades competentes desde 25.07.1997 e que, por força do ato expropriatório, sofreu sensíveis retardamentos e redução do projeto original (o projeto denomina-se “Panamérica Business Park” e a previsão inicial era de ocupação de uma área de 64.872,50 m² e foi reduzido em 24.291,00 m², que foram atingidos pela desapropriação).

Entende que, em se tratando de projeto já aprovado e em vias de ser implantado, pretendia que as conseqüências advindas da desapropriação fossem apuradas ou que ficasse ressalvado o direito de pleiteá-las em ação própria, a ser proposta.

Sustenta que não lhe foi permitido, através da prova pericial, a apuração do efetivo prejuízo e que o acórdão contrariou os arts. 20, parágrafo único, e 27 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, além dos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e da justa e prévia indenização.

O acórdão recorrido, sobre a questão, considerou que:

... “a indenização arbitrada, pelo valor corrente de mercado, já leva em consideração o potencial econômico de exploração do imóvel, não se delineando a perda extraordinária reclamada pelo expropriado.

Aliás, em se tratando de empreendimento não concretizado, o prejuízo assim cogitado é meramente hipotético. E, na esteira da doutrina mencionada na sentença, somente se indenizam danos efetivos e não os apenas prováveis.

De qualquer modo, o experto oficial bem demonstra que o aproveitamento da área remanescente, para o fim esboçado em projeto, não ficou comprometido pela desapropriação (v. fls. 161/163).

A área construída aprovada originariamente era de 47.954,52 m², representando um coeficiente de aproveitamento do terreno de 73,92%.

E, segundo a perícia, a lei faculta o aproveitamento máximo para as mesmas categorias de uso (edificação de prédios destinados a comércio e serviços) de uma vez e meia a área do terreno, ou seja, algo em torno de 97.000,00 m².

Ora, esse dado objetivo, irrefutado nos autos, permite concluir que a expropriada manteve a perspectiva de construir a mesma área inicialmente projetada, feitas as devidas adaptações, máxime porque a desapropriação envolve a parte mais desfavorável do terreno (“topograficamente falando”).

Aliás, há notícia de que novo projeto foi elaborado, ampliando-se o coeficiente de aproveitamento do terreno remanescente para 83,30% (v. fl. 163).

E mais: como bem realça a douta juíza **a quo**, “com a construção da linha do Metrô no local, evidente que o melhoramento público trará maior valia ao empreendimento comercial que será ali implantado, não havendo prejuízos, mas, ao contrário, maior lucro, dada a maior facilidade de acesso da população ao mesmo” (v. fl. 316).

(fls. 59/60)

A questão que ora se põe para julgamento consiste em saber-se se é ou não indenizável, em ação de desapropriação, os “prejuízos” decorrentes da impossibilidade de implantação de projeto de exploração comercial tal qual foi concebido e aprovado pelas autoridades competentes.

Observe-se que, embora o projeto, como dito, já havia sido aprovado pelas autoridades competentes, ainda não havia sido implantado e, segundo o voto condutor do julgado, inexistiu prejuízo, pois trata-se de dano apenas hipotético.

Entendo que caberia indenização por danos materiais, se comprovados, pelas despesas que efetivamente teria tido a expropriada pelo início do processo de implantação do referido projeto — dano efetivo.

Mas, ao que parece, a pretensão diz respeito a uma indenização pela expectativa de lucros que teria com a implantação do projeto na área total do imóvel antes

da desapropriação. Neste aspecto, concordo com a posição do Tribunal **a quo** no sentido de que a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial econômico de exploração do imóvel e, por isso, não há como prosperar a pretensão.

Ademais, segundo o julgado, não restou comprovado que o projeto havia sido prejudicado com a desapropriação e, se assim afirma o ora Recorrente, a questão diz respeito à análise do contexto fático-probatório, o que esbarra no teor da Súmula n. 7/STJ.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, não merece reparo o acórdão guerreado, haja vista que a sua fixação, quando vencida a Fazenda Pública ou entidades de direito público, pode ser em índice inferior ao mínimo de 10% (dez por cento) nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

Este entendimento tem sido adotado pelas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal, conforme demonstram os arestos a seguir transcritos:

“Tributário — Imposto de renda — Férias e licença-prêmio — Restituição — Prescrição — Honorários advocatícios.

(...)

Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado podem ser fixados em porcentagem inferior ao mínimo legal.

Recurso improvido.”

(REsp n. 206.322/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, por unanimidade, DJ de 16.08.1999, p. 53)

“Processo Civil. Honorários de advogado.

Salvo as hipóteses do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, os honorários de advogado não podem ser arbitrados em menos de dez por cento do montante da condenação. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 196.020/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, por unanimidade, DJ de 1º.03.1999, p. 299)

“Processual civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. Desapropriação indireta. DER. Autarquia estadual. Honorários advocatícios. Fixação. Apreciação equitativa do juiz. Art. 20, § 4º, do CPC. Reexame de aspectos fáticos. Incidência da Súmula n. 07 do STJ.

1. ...

2. ...

3. Sucumbente a Fazenda Pública, o percentual dos honorários deverá

ser fixado em observância às normas do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, não ficando o magistrado limitado aos percentuais estabelecidos no § 3º, do citado dispositivo. Todavia, impossível, no âmbito da devolutividade do recurso, alterar a verba honorária quando o Tribunal recorrido aprecia de forma equitativa todas as circunstâncias e peculiaridades concernentes à causa, cujo reexame importa necessariamente em incursão por matéria fática, o que se mostra incompatível com a natureza excepcional do recurso especial, diante do óbice da Súmula n. 07 deste Tribunal.

4. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag n. 266.551/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, por unanimidade, DJ de 08.05.2000, p. 74)

“Administrativo e Processual Civil. Ação expropriatória. Desistência por parte do poder público. Condenação da Administração no pagamento de verba honorária em favor do patrono do particular.

Fixação dos honorários abaixo do percentual estabelecido no § 3º do art. 20 do CPC: possibilidade. Aplicação da regra inserta no § 4º do art. 20 do Código de 1973.

Recurso não conhecido.”

(REsp n. 162.531/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, por unanimidade, DJ de 1º.02.1999, p. 151)

Por sua vez, não é possível reexaminar os elementos de fato que influenciaram o arbitramento dos honorários pelo Tribunal **a quo**, consoante o enunciado da Súmula n. 7/STJ.

VOTO-VENCIDO (Em Parte)

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sra. Ministra-Presidente, ousou divergir de V. Exa. logo quanto ao alcance da primeira decisão no agravo de instrumento. O que se cogita no agravo de instrumento é o julgamento da subida ou não do recurso. Não se julga o recurso, mas, sim, se ele pode ou não vir ao conhecimento. Uma vez vindo ao conhecimento, virá por inteiro. Esta é, aliás, a jurisprudência assente.

Quanto ao julgamento do recurso, sim, uma vez convolado em recurso especial ele o será por inteiro; aí, sim, V. Exa. poderá dele conhecer parcialmente ou não. E assim pensando, creio que neste caso deveríamos examinar por inteiro o recurso especial, e faço isso. E o faço primeiro para afastar, também como V. Exa., a indenização, porque entendo que não foi provada, tanto que foi afastada peremptoriamente pelo Tribunal **a quo**. E, nesse caso, na expropriação, não se indenizam

possíveis lucros ou possíveis prejuízos. O negócio que vai se realizar no futuro, **data venia**, em princípio não seria avalizável ou indenizável, entendo eu, para esse efeito.

Quanto à questão dos juros compensatórios, tenho entendido que foram fixados, a princípio, para cobrir eventuais prejuízos das partes à época em que inexistia a correção monetária. Por isso mesmo o Supremo Tribunal Federal criou a figura dos juros compensatórios. Posteriormente, eles foram mantidos com correção monetária, mas, então vivia-se um período de aguda inflação, quando qualquer rendimento de juros era sempre ridículo em face da galopante perda de poder aquisitivo da moeda. Mas isso não acontece nos dias de hoje. O que verificamos é que os juros alcançados no mercado financeiro dificilmente chegam a 12%. Em verdade, a caderneta de poupança rende juros de 6%, e esta é, portanto, a média que me parece deva nortear o julgador, hoje, na concessão dos juros moratórios.

O fato de o Supremo Tribunal Federal, ontem, ter declarado a inconstitucionalidade da medida provisória, a mim, por exemplo, não afeta porque ainda não temos a súmula vinculante. Creio que os novos tempos, ou seja, a nova situação econômico-financeira em que vivemos já não comporta juros compensatórios de 12% sem que haja prova efetiva de lucratividade possível no negócio. Neste caso, pelo que vejo é um imóvel, e não houve nenhuma prova dessa lucratividade. Por isso, creio que quanto aos juros também seria possível, como fez o avaliador, embutidos na indenização.

Quanto aos honorários, divirjo também de V. Exa. É que, parece-me, não se trata de Fazenda Pública ou autarquia, e sim de uma sociedade de economia mista, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

E nessa hipótese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando, como a desta Casa, não o § 4º do art. 20, mas o § 3º, que estabelece o mínimo de 10% quanto aos honorários advocatícios.

No caso, então, divirjo para deferir o recurso, nessa parte.

RECURSO ESPECIAL N. 345.946 — PR (2001/0114730-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: José Alexandre P. Nunes e outros

Recorrido: Banestado S/A Crédito Imobiliário

Advogados: Flávio Zanetti de Oliveira e outros

Sustentação oral: Flávio Zanetti Oliveira, pelo Recorrido

EMENTA

Previdenciário — Auxílio-alimentação — Incidência da contribuição previdenciária sobre o excedente dos valores estabelecidos no programa de alimentação ao trabalhador.

1. As empresas que têm programa de alimentação ao trabalhador, aprovado pelo Ministério do Trabalho, contabilizam o auxílio-alimentação como parcela indenizatória, não incidindo sobre ela a contribuição previdenciária.

2. Valor do auxílio que deve obedecer aos limites fixados em instruções normativas.

3. Empresa que observou os limites fixados pelo Executivo, fazendo incidir sobre os valores correção monetária segundo os índices oficiais de atualização — não-incidência de contribuição previdenciária.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

Publicado no DJ de 07.10.2002

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em ação de repetição de indébito, entendeu que o art. 3º da Lei n. 6.321/1976 veda a inclusão, como salário de contribuição, da parcela paga **in natura**, pela empresa nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.

Sustenta o INSS, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, violação aos arts. 3º da Lei n. 6.321/1976 e 89, § 6º da Lei n. 8.212/1991, alegando:

a) que o recorrido somente poderia utilizar como parcelas relativas ao PAT os valores fixados pelo Governo Federal através de instruções normativas e não aqueles que considera corretos, de forma que as quantias que excederem àqueles valores constituem-se salário e, portanto, base de cálculo para a contribuição previdenciária;

b) ser inaplicável o IPC de 1990 para efeito de restituição de tributos, haja vista que a Lei n. 8.212/1991 (art. 89, § 6º) determina que na restituição e na compensação deverão ser utilizados os mesmos critérios de correção aplicados na cobrança da contribuição.

Com as contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionadas as teses, passo ao exame do especial.

O Tribunal **a quo**, no que se refere à tese defendida no especial, entendeu que, para utilização do benefício fiscal, o custo unitário das refeições foi fixado primeiramente pela Portaria Ministerial n. 326/1977 e, posteriormente, por instruções normativas da Receita Federal.

Considerou ilegais tais normas, na medida em que condicionam a obtenção do benefício a determinado limite e a Lei n. 6.321/1976 não prevê qualquer condicionante referente a custo unitário das refeições.

Assim, os valores superiores encontrados pela fiscalização e que deram origem à autuação nada mais são do que a incidência da correção monetária sobre os valores originariamente fixados, não havendo qualquer *plus*, sendo indevida, pois, a incidência da contribuição previdenciária, conforme vedado pelo art. 3º da Lei n. 6.321/1976.

Concluiu o Tribunal que não se pode abstrair a realidade inflacionária para manter imutável, durante longo período, o valor da alimentação. Desta forma, julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal.

O primeiro questionamento deste processo, relativo à natureza indenizatória do auxílio-alimentação, quando a empresa obedece ao programa adremente aprovado pelo Ministério do Trabalho, nos termos do art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/1991, já está consagrado nesta Turma (precedente — REsp n. 261.111/CE, julgado em 04.03.2002).

A questão aqui discutida é outra, e diz respeito ao limite do auxílio-alimentação, entendendo o *INSS* que os valores que excederem os limites estabelecidos em

instruções normativas devem ser considerados como salário, incidindo sobre este excedente a contribuição previdenciária.

A empresa foi autuada porque a fiscalização, embora tenha comprovado a existência do programa de alimentação aprovado pelo Ministério do Trabalho, verificou que era pago o benefício em valor superior ao estipulado pelos Ministérios do Trabalho e da Fazenda.

Ora, se estão as empresas jungidas a um programa específico, estabelecido pela Lei n. 6.321, de 14.04.1976, é natural que obedeçam às instruções normativas que fixam os valores das refeições, não podendo ficar a critério dos empregadores a fixação desses quantitativos. É óbvio que a lei, ao falar em *Programa de Alimentação ao Trabalhador*, vincula as empresas em todos os seus itens, inclusive em referência aos valores que, extrapolados, fujam ao controle do programa.

A Lei n. 6.321/1976 fala, no art. 1º, em programa aprovado pelo Ministério do Trabalho, na forma em que dispuser o regulamento.

Ora, se a lei menciona vinculação a programa e se reporta a regulamento, é claro que há um limite, limite este estabelecido em instruções normativas.

Conforme assentado no acórdão recorrido, com base em constatação do laudo pericial (fls. 256/258), a empresa observou os limites constantes das instruções normativas, corrigindo apenas os valores fixados, em estrita obediência aos índices de atualização, o que afasta o *plus* sobre o qual seria possível a glosa da fiscalização previdenciária, merecendo confirmação, pois, o acórdão impugnado.

Quanto à correção monetária, a jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se: a) o *IPC* no período de março/1990 a janeiro/1991; b) o *INPC* de fevereiro/1991 a dezembro/1991; c) a *UFIR* de janeiro/1992 a 31.12.1995; e d) a partir de 1º.01.1996, a taxa *SELIC*. O índice de janeiro/1989 é de 42,72% (REsp n. 43.055/SP, DJ de 18.12.1995).

Confira-se o REsp n. 206.503/SP, DJ de 02.08.1999, e o REsp n. 192.015/SP, DJ de 16.08.1999.

Assim sendo, nego provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 356.318 — SP (2001/0129572-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: N Martiniano S/A Artefatos de Couro

Advogados: Eliane Regina Dandaro e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Valdir Serafim e outros

EMENTA

Tributário. PIS. Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988. Declaração de inconstitucionalidade incidental. STF. Efeitos **inter partes**. Resolução do Senado Federal. Extensão **erga omnes**. Repetição do indébito. Prescrição. Termo inicial. Base de cálculo. Prequestionamento. Ausência.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal no REsp n. 148.754/RJ, somente passou a ter eficácia erga omnes com a publicação da Resolução do Senado Federal n. 49/1995, quando foram tornados sem efeito os Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988.

2. O prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito do PIS cobrado com base nos dois decretos-leis iniciou-se, portanto, em 10 de outubro de 1995, data em que publicada a Resolução n. 49/1995 do Senado Federal, findando em 09 de outubro de 2000. Precedentes.

3. No caso em questão, a ação foi proposta em 09 de abril de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

4. Proposta a ação dentro do quinquênio que se seguir à publicação da Resolução Senatorial, tem direito o contribuinte de resgatar o que pagou indevidamente sem limite de prazo.

5. A ausência de prequestionamento torna inviável o conhecimento do especial quanto à matéria relativa à base de cálculo da contribuição ao PIS.

6. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

Publicado no DJ de 28.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto por N Martiniano S/A Artefatos de Couro, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** do permissivo constitucional, que desafia acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“Tributário. Processual Civil. Mandado de segurança. PIS/PIS. Compensação. Correção monetária. Prescrição. Juros moratórios.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do PIS, recolhido nos moldes do DL n. 2.445/1988, e o Senado Federal, pela Resolução n. 49/1995, suspendeu a execução dos referidos diplomas legais.

2. A impetrante tem direito de compensar seu crédito com créditos do Fisco, vez que a contribuição em questão fora recolhida a maior, com base em normas jurídicas disciplinadoras da matéria e já declaradas inconstitucionais.

3. Possibilidade de compensação de créditos do PIS apenas com créditos da própria exação, na esteira do entendimento majoritário esposado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça.

4. A correção monetária deve ser calculada desde a data do recolhimento indevido, utilizando-se os mesmos índices utilizados pelo Fisco na atualização de seus créditos.

5. Consideram-se prescritos os pagamentos efetuados anteriormente aos quinquênios contados retroativamente da propositura da ação, como rezam os arts. 168, I, do CTN e art. 219, § 1º, do CPC.

6. São indevidos os juros de mora por não estarem previstos legalmente.

7. Apelação e remessa oficial improvidas” (fl. 216).

Aponta o Recorrente dissídio jurisprudencial e violação à Lei Federal, requerendo a prescrição decenal e o direito à aplicação do regime da semestralidade na apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS.

Em contra-razões, sustenta a Fazenda Nacional, preliminarmente, a ausência de questionamento quanto à questão relativa à base de cálculo da contribuição

ao PIS. Defende, ainda, a prescrição quinquenal, com base no art. 168, inciso I, do CTN.

Admitido o recurso especial, vieram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A controvérsia dos autos centra debate em dois pontos: preliminarmente, na incidência da prescrição em matéria tributária; no mérito, na questão relativa à fixação da base de cálculo do PIS semestralidade, até o advento da MP n. 1.212/1995.

Quanto à questão relativa à base de cálculo da contribuição ao PIS, o recurso especial não merece conhecimento, já que a matéria não foi objeto de prequestionamento. Com efeito, não há no acórdão recorrido qualquer menção à base de cálculo da exação ora em debate, nem houve o oferecimento de embargos com o objetivo de viabilizar a interposição do especial.

A questão a ser solucionada reside, portanto, unicamente, na fixação do critério para a contagem do prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A egrégia Seção de Direito Público deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 42.720-5/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.04.1995, pacificou entendimento segundo o qual, na hipótese de tributo declarado inconstitucional, o prazo de prescrição das ações de repetição de indébito será de 05 (cinco) anos a contar da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse julgado, o Ministro-Relator, citando o ilustre Professor **Hugo de Brito Machado**, argumentou:

“A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo. (...) Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta. (...) Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção”.

Embora pacificada a aplicação do prazo quinquenal de prescrição às ações de repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo, a fixação precisa de seu **dies a quo** ainda tem gerado muitas divergências neta Corte.

Alguns Ilustres Pares têm sustentado a tese de que a contagem tem início com a publicação do acórdão; outros entendem — e esta posição é majoritária —, que o prazo se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão; há quem sustente, ainda, que o prazo deve ser contado a partir da data em que proferida a decisão e, por último, o entendimento de que o prazo prescricional flui a partir da data em que publicada a Resolução Senatorial que suspende a eficácia da lei declarada inconstitucional.

Vinha entendendo que a contagem do prazo prescricional teria como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo que declara inconstitucional um tributo. Passo a rever minha posição por acreditar que há outro entendimento que melhor se harmoniza com o princípio da segurança jurídica e com as características imanentes aos sistemas de controle de constitucionalidade.

Registre-se, inicialmente, que o tipo de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo, difuso ou concentrado, interfere na fixação do marco inicial de contagem do prazo prescricional. Se um tributo foi declarado inconstitucional em ação direta, o prazo de prescrição flui a partir da data em que publicada a decisão, já que opera efeitos **erga omnes** — contra todos — e **ex tunc** — desde o momento em que publicada a lei declarada inconstitucional.

Por seu turno, se o tributo foi declarado inconstitucional em controle difuso de constitucionalidade, como é o caso dos autos, somente a partir da data em que publicada a Resolução Senatorial, que retira a eficácia da lei declarada inconstitucional — **ex vi** do art. 52, inciso X, da Constituição da República, passa a correr o prazo prescricional para a repetição do indébito. Antes disso, a decisão que declara inconstitucional um tributo produz efeitos somente entre os sujeitos do processo, sem alcançar qualquer outra relação jurídica e, mesmo, desprovida de força vinculante.

Adoto essa nova orientação por entendê-la menos suscetível às inseguranças do mundo jurídico. Como se sabe, as decisões do Supremo, quando tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, apenas operam efeitos nos limites do processo em que proferidas, vinculando, tão-somente, as partes nele envolvidas. Mesmo após o trânsito em julgado, se não houver Resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional, a decisão não repercute além dos limites do processo, nada impedindo que outros juízes e tribunais continuem a aplicar a norma, já que ela ainda não foi expurgada do ordenamento jurídico.

Registre-se, ainda, a possibilidade da questão não restar pacificada, nem mesmo, entre as Turmas que compõem a Suprema Corte. Não é difícil imaginar uma decisão turmária, portanto de órgão fracionário, já transitada em julgado, em con-

flito com o entendimento da outra Turma do STF, antes que a questão venha a ser enfrentada e pacificada pela Corte Suprema em sua composição plenária. Situações como essa, certamente, trariam insegurança e certa perplexidade ao mundo jurídico.

Ademais, o entendimento ora esposado é o que melhor se harmoniza com o perfil dúplíce do controle judicial de constitucionalidade das normas, adotado por nosso ordenamento jurídico. Como se disse, antes da Resolução do Senado, que retira a eficácia da norma declarada inconstitucional, mesmo havendo trânsito em julgado da decisão, ela somente opera efeitos entre as partes litigantes e nos limites do processo. Permitir que uma decisão **inter partes** passe a repercutir de maneira geral é o mesmo que estender o limite da coisa julgada para além dos quadrantes do processo, para atingir a esfera de interesses de quem não foi parte na relação processual. Ao se admitir tal possibilidade, estar-se-ia desnaturando a clássica distinção entre o controle de constitucionalidade por via da ação e o controle por via de exceção, aproximando-se os seus efeitos.

O constitucionalista português **J. J. Gomes Canotilho** leciona que o controle de constitucionalidade “distingue-se entre um sistema em que o órgão competente para fiscalização da constitucionalidade anula o acto com eficácia **erga omnes** (*Allgemeinwirkung*) e um sistema de desaplicação com eficácia **inter partes**. No primeiro caso, o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico; no segundo tipo, o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes.” (In “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 796)

Há alguns julgados recentes desta Segunda Turma que sustentam a tese ora esposada, de que o prazo prescricional das ações de repetição de indébito somente começa a fluir da data em que publicada a Resolução do Senado que retira a eficácia da norma declarada inconstitucional:

“Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. PIS. Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988. Prescrição. Termo inicial. LC n. 7/1970. Base de cálculo. Semestralidade. Correção monetária. Impossibilidade.

1. Não cabe a este Tribunal proceder ao exame de violações à Constituição pela via estreita do recurso especial.

2. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo **a quo** do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a

execução dos Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso.

3. Enquanto não ocorrido o respectivo fato gerador do tributo, não estará sujeita à correção monetária a base de cálculo do PIS apurada na forma da LC n. 07/1970. Entendimento consagrado pela Primeira Seção do STJ.

4. Agravo regimental improvido.” (Sem grifos no original)

(STJ — Segunda Turma, AgRg no REsp n. 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. à unanimidade em 20.05.2003, DJ de 09.06.2003)

“Tributário. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Declaração de inconstitucionalidade incidental. STF. Efeitos **intra partes**. Resolução do Senado Federal. Extensão **erga omnes**. Prescrição. Termo inicial.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo excelso Supremo Tribunal Federal no RE n. 121.336/CE somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando da promulgação da Resolução do Senado Federal n. 50/1995, ocasião em que foram tornados sem efeito os atos praticados sob abrigo dos artigos suspensos do Decreto n. 2.288/1986.

2. O prazo prescricional, portanto, iniciou-se em 09.10.1995, data em que foi editada a Resolução Senatorial, que tornou indevidos, **erga omnes**, os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis - hipótese autorizadora da repetição de indébito, **ex vi** do art. 165, inciso I do Código Tributário Nacional — findando-se em 08.10.2000.

3. No caso em questão, a ação foi proposta em 23 de julho de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

4. Agravo regimental improvido”.

(STJ — Segunda Turma, AgRg no REsp n. 267.718/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, J. à unanimidade em 07.03.2002, DJ de 05.05.2003)

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 148.754/RJ, declarou, em controle difuso, a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, que alteraram a sistemática de apuração do PIS, matéria sob reserva de lei complementar, segundo a Constituição Federal então vigente. Posteriormente, o Senado Federal fez publicar, em 10 de outubro de 1995, a Resolução n. 49/1995, que suspendeu a execução dos referidos diplomas legais nos seguintes termos:

“Art. 1º - É suspensa a execução dos Decretos-Leis ns. 2.445, de 29 de junho

de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 148.754/RJ”.

A declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema, nos autos do REsp n. 148.754/RJ, somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando publicada a Resolução do Senado Federal n. 49/1995, vale dizer, 10.10.1995, ocasião em que tornados sem efeito, de maneira geral, os atos praticados sob o abrigo dos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988.

Sendo assim, o prazo prescricional iniciou-se em 10 de outubro de 1995, data em que publicada a referida Resolução, findando-se em 09 de outubro de 2000. No caso em questão, a ação foi proposta em 09 de abril de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

Por derradeiro, saliento que, proposta a ação dentro do quinquênio que se seguir à publicação da Resolução Senatorial, tem direito o contribuinte de resgatar o que pagou indevidamente sem limite de prazo.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 423.795 — RS (2002/0033807-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: União

Recorrido: Pio Sodalício das Damas de Caridade de Caxias do Sul

Advogada: Márcia Tereza Cecchetto

EMENTA

Processo Civil — Recurso especial — Matéria acerca de descontos, pelo Inamps, de créditos devidos a hospital, de valores reembolsados aos segurados por honorários pagos por estes a anestesistas — Reconhecido o desconto indevido em 1ª e 2ª instâncias — Pretendida reforma — alegada violação a vários dispositivos legais — Recurso conhecido e provido, em parte.

— Não há falar em violação aos arts. 458 e 535 do estatuto processual civil, tendo em vista que a única matéria ventilada nos embargos de declaração foi a relativa aos juros de mora e esse tema foi decidido nos limites da pretensão deduzida.

— No que toca à suposta violação aos artigos 131 e 334, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil e 1.009 e 881 do Código Civil, verifica-se, sem maiores esforços, que reclamam o necessário prequestionamento. É cediço que “configura-se o prequestionamento quando a causa é decidida à luz da legislação federal indicada, e ocorre emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto” (cf. REsp n. 401.411/AM, Relatora Ministra Eliana Calmon, **in** DJ de 05.05.2003).

— Merece consignar que, a teor do que dispõe o artigo 1.062 do Código Civil de 1916, “a taxa dos juros moratórios, quando não convenionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”. Assim, pois, merece reparo o **decisum** atacado somente nessa parte.

— 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 Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Versam os autos sobre recurso especial ajuizado pela União Federal, com suporte no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Carta Política, tendo por objeto a integral reforma do v. acórdão proveniente do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujos termos estão vazados na seguinte ementa:

“Administrativo — Hospital conveniado com o Inamps — Desconto, por este, dos créditos do hospital, de quantias reembolsadas aos pacientes por honorários pagos a anestesistas — Ilegitimidade — Profissionais autônomos, não vinculados ao hospital e descredenciados do Inamps, que prestavam serviços a título particular.

1. Comprovado pericialmente que o Inamps não pagava ao hospital os serviços prestados por anestesistas autônomos, não podia a autarquia descontar do hospital os reembolsos feitos aos pacientes pelos honorários que pagaram diretamente a esses profissionais.

2. Decaindo o autor de parte mínima do pedido, os honorários advocatícios devem ser suportados por inteiro pelo réu (art. 21, parágrafo único, do CPC).

3. Apelo da União improvido. Provido o apelo do autor” (fl. 217).

A União Federal, inconformada com esse desfecho, opôs embargos de declaração, “para a adequada fixação do valor dos juros, aspecto omitido na v. decisão” (fl. 220). Ponderou, na ocasião, que o “r. acórdão embargado deixou de considerar o fato de que, na ausência de norma expressa regulando a taxa de juros, vigora o disposto no art. 1.062 do Código Civil, que prevê os juros à razão de 6% ao ano” (fl. 221).

A Corte de origem, contudo, ao se pronunciar sobre o pleito houve por bem rejeitar os embargos de declaração.

Diante dessas peculiaridades, vieram a lume recursos especial e extraordinários. O recurso de competência deste Sodalício está ancorado na violação aos seguintes artigos: 458, inciso II, e 535, inciso II, ambos do estatuto processual civil; 131 e 334, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil; 1.009 e 881, do Código Civil e 1ª da Lei n. 4.414/1964 c.c. o artigo 1.062 do Código Civil (fls. 232/254).

Apresentadas as contra-razões, ao depois a egrégia Vice-Presidência da Corte Regional admitiu tão-só o recurso especial.

É a síntese.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cumpre lembrar os aspectos fáticos que deram ensejo ao presente recurso.

Emerge dos autos que Pio Sodalício das Damas de Caridade de Caxias do Sul, entidade mantenedora do Hospital Pompéia ajuizou medida cautelar inominada e ação ordinária contra o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social — Inamps, substituído pela União Federal. Assentou que o referido Instituto havia decidido por descontar, da entidade, quantias reembolsadas aos segurados que estes haviam pago diretamente aos médicos anestesistas. Alegou o Hospital, na oportunidade, que o sobredito desconto não era devido, tendo em vista que o Inamps não pagava os honorários dos anestesistas, mas, somente os serviços que a entidade prestava por meio do convênio.

O Inamps, por sua vez, obtemperou que descontou o reembolso, aos segurados, a título de honorários de anestesistas, em virtude da disposição contida em contrato-padrão.

A pedido do referido Instituto foi realizada perícia contábil, uma vez que essa prova seria de suma importância para dirimir o objeto da controvérsia. Após a apresentação de quesitos tão-só pelo Hospital e apresentado o laudo pericial, pugnaram as partes pelo julgamento antecipado da lide.

Assim, pois, a r. sentença de 1ª instância, ancorada na prova pericial, julgou procedente, em parte, as ações cautelar e ordinária. Consignou que os Médicos Anestesistas não tinham qualquer vínculo de emprego com o Hospital, bem como não mais estavam credenciados no Inamps, razão por que cobravam dos segurados diretamente os valores que reputavam devidos. Dessa feita, não cabia ao Instituto emitir ordem de recebimento contra o Hospital se o montante era pago diretamente aos médicos anestesistas. O MM. Juízo afastou a possibilidade de repetição dos valores a serem descontados posteriormente, uma vez que somente é possível a restituição do que efetivamente foi recolhido. Ao final, diante da sucumbência recíproca, isentou as partes dos honorários, porém, condenou-os proporcionalmente nas custas.

Ao reexame necessário somaram-se os apelos das partes. A União Federal sustentou que o Hospital recebeu pelos serviços prestados, incluídos os honorários de anesthesiologistas, motivo pelo qual a r. sentença deveria ser reformada, em parte. De outra banda, o Hospital postulou a condenação da parte contrária em honorários advocatícios.

A Corte de origem, conforme já asseverado, negou provimento aos recursos oficial e voluntário da Fazenda Pública e proveu o do Hospital, para fixar em 12% o valor dos honorários advocatícios a serem suportados pela União Federal, em vista do decaimento mínimo.

A Fazenda Nacional, contudo, opôs embargos de declaração, partindo da premissa de que o acórdão da Corte de origem estava omisso somente na parte em que manteve o percentual dos juros fixados na r. sentença de 1ª grau.

A Corte Regional Federal rejeitou a pretensão recursal e pontificou que o modo de julgar não padecia de nenhuma pecha, ou, por outras palavras, manteve o **decisum** monocrático incólume no que toca à matéria dos juros.

De todo esse contexto fático brotou o presente recurso especial.

Por primeiro, cumpre examinar a aventada afronta aos artigos 458, inciso II, e 535, inciso II, ambos do diploma processual civil, diante da ausência de pronun-

ciamento do Tribunal Regional Federal sobre a questão dos juros de mora, uma vez que devem ser calculados nos termos do artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 c.c. o artigo 1.062 do Código Civil.

Registre-se que, por ocasião da oposição dos embargos de declaração, a União Federal mencionou, apenas, a regra contida no artigo 1.062 do diploma civil, sem se preocupar em ventilar a regra prevista no artigo 1º da Lei n. 4.414/1964. Seja como for, não merece guarida o inconformismo da Fazenda Pública quanto à alegada afronta aos preditos dispositivos processuais.

Em verdade, a Corte **a quo** se pronunciou nos limites da pretensão deduzida pela embargante, uma vez que o entendimento da Turma Julgadora estava em harmonia com a r. sentença. Dessa maneira, ficou mantido o percentual de 12 ao ano a contar do trânsito em julgado. A prestação jurisdicional, quanto a esse tema, foi dada no limite pleiteado.

De qualquer forma, se a única matéria ventilada nos embargos de declaração foi a relativa aos juros de mora e esse tema foi decidido nos limites da pretensão deduzida, não há falar em violação aos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, no que toca à suposta violação aos artigos 131 e 334, incisos I, II e III, todos do Código de Processo Civil; 1.009 e 881 do Código Civil, verifica-se, sem maiores esforços, que reclamam o necessário prequestionamento viabilizador do conhecimento do recurso especial.

Acerca do julgamento prévio pela Corte de origem, da norma legal indicada como violada, prevalece o entendimento segundo o qual “configura-se o prequestionamento quando a causa é decidida à luz da legislação federal indicada, e ocorre emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto” (cf. REsp n. 401.411/AM, Relatora Ministra Eliana Calmon, in DJ de 05.05.2003).

Assim, no caso em apreço, ausente o prequestionamento, de modo a incidir a Súmula n. 282 do Pretório excelso.

Com o fito de espancar eventual dúvida, é de rigor alertar que, na hipótese, não se cogita da incidência da Súmula n. 211 desta Corte Superior (“É inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”), uma vez que os mencionados embargos de declaração, repita-se, somente ventilaram a matéria relativa aos juros de mora.

Desse modo, também nessa parte, não merece sequer conhecimento o recurso especial.

Sobeja examinar a alegada violação, pela Corte de origem, do artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 c.c. o artigo 1.062 do Código Civil.

A par de o artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 não ter sido devidamente agitado na Instância Regional Federal, merece consignar que, a teor do que dispõe o artigo 1.062 do Código Civil de 1916, “a taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano”. Assim, pois, merece reparo o **decisum** atacado somente nessa parte.

Pelo que precede, conheço e dou provimento, em parte, ao recurso especial apresentado pela União Federal, tão-só para fixar os juros moratórios em 6% (seis por cento) ao ano.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 427.786 — RS (2002/0043014-5)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Supermercados Febernati S/A

Advogados: Luiz Carlos Buchain e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogada: Marcia Pinheiro Amantea

Recorrido: Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas — Sebrae

EMENTA

Recurso especial — alíneas **a** e **c** — Processo Civil — Ação de conhecimento — Exclusão de litisconsorte passivo — Indeferimento da inicial em relação a um dos réus — Extinção da ação e não do processo — Decisão interlocutória — Recurso cabível — Agravo de instrumento — Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em relação a um dos réus. Por essa razão, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não apelação (cf. REsp n. 164.729/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 1º.06.1998, REsp n. 219.132/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 1º.11.1999 e

REsp n. 14.878/SP, Rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16.03.1992, dentre outros).

Se inexistir dúvida objetiva acerca do recurso cabível, não se admite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

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, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto por Supermercados Febernati S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa guarda o seguinte teor:

“Processo Civil — Recurso — Não-conhecimento.

Da decisão que indefere a petição inicial somente em relação a um dos réus, determinando a citação em relação ao outro, importando com isso no prosseguimento da demanda, o recurso admissível é o agravo (art. 522, CPC).

Inaplicável à espécie o princípio da fungibilidade recursal em razão da verificação de erro grosseiro” (fl. 532).

Rejeitados os embargos de declaração, sobreveio o presente recurso, no qual aduz, em síntese, que restaram violados os comandos dos artigos 267, I, 296 e 513 do Código de Processo Civil. Afirma que o art. 296 é expresso ao afirmar que do indeferimento da petição inicial caberá apelação, regra ratificada pelos artigos 267, I e 513 do CPC. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial com precedente no qual restou consignado que embora a maior parte da jurisprudência entenda ser o agra-

vo de instrumento o recurso adequado, há opiniões respeitáveis no sentido de que a apelação também é adequada (fls. 554/559).

Sem contra-razões (fl. 565).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Oportuno realçar, inicialmente, que, embora não tenham sido expressamente apontados na decisão os dispositivos de lei federal mencionados pela recorrente, é de fácil inferência que a questão jurídica foi efetivamente examinada pela Corte de origem, pelo que se pode concluir que houve questionamento implícito dos dispositivos de lei federal tidos por malferidos.

Emerge dos autos que r. Juiz federal da 2ª Vara da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre, antes do cumprimento do despacho que ordenou a citação dos réus, INSS e Sebrae, em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, houve por bem indeferir a inicial com relação ao Sebrae, excluindo-o do pólo passivo da demanda.

Entendeu o douto magistrado que o Sebrae é entidade privada de utilidade pública, desvinculada da Administração Pública Federal e, por isso, não compete à Justiça Federal conhecer de ação proposta contra ela.

Dessa decisão a recorrente interpôs apelação, da qual a egrégia Corte de origem sequer conheceu por entender que o ato do juiz não pôs termo ao processo, razão por que o recurso cabível é o agravo de instrumento (fls. 513/514).

Incensurável o r. **decisum** profligado.

É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em relação a um dos réus. Por essa razão, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não apelação.

Preleciona o nobre **Nelson Nery Junior** que “a sentença é definida pelo CPC 162, § 1º, como o ato do juiz que, decidindo ou não o mérito, coloca fim ao processo. Se o magistrado colocar fim à ação, nem sempre estará proferindo sentença, já que ação não se confunde com processo. Somente haverá sentença se a extinção da ação coincidir com a extinção do processo. Assim, por exemplo, se o juiz indefere liminarmente a reconvenção, está extinguindo a ação reconvenicional, mas não o processo, que continua com o procedimento da ação principal: este ato é decisão interlocutória” (in “Código de Processo Civil Comentado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 854, comentário ao artigo 513).

Na mesma senda, anota **Theotônio Negrão**:

“Somente é apelável o ato judicial que extingue todo o processo (e não parte dele), sem ou com julgamento de mérito; se o processo continua, esse ato judicial comporta agravo” (**in** “CPC e Legislação Processual Civil em Vigor”, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 335, nota n. 2 ao art. 267).

E passa o autor a elencar diversas situações em que será cabível o agravo, tais como a decisão que rejeita **in limine** reconvenção ou declaratória incidental; a que põe termo à ação principal, mas determina o prosseguimento da execução ou da reconvenção; a que exclui co-autor ou co-réu, dentre outras (cf. op. cit., p. 267).

Dessas lições se infere que, mesmo na hipótese de exclusão de litisconsorte passivo, não proferiu sentença o magistrado, ainda que ponha termo à ação em relação a um dos litisconsortes. Ação e processo são conceitos que não se confundem e, se esse prosseguir, a decisão desafia agravo e não apelação.

Não é de se admitir, pois, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Sabem-no todos, ocioso rememorar, que a doutrina (cf. **Nelson Nery Junior**, **in** “Princípios Fundamentais — Teoria dos Recursos”, 5ª ed., Editora RT, pp. 119/144) e a jurisprudência (cf. RMS n. 5.663/ES, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, **in** DJ de 15.04.1996 e REsp n. 59.330/RJ, Relator Felix Fischer, **in** DJ de 15.12.1997) consagram o entendimento de que, para incidência do princípio supra-referido, há necessidade do preenchimento de três requisitos: 1) dúvida objetiva acerca de qual recurso cabível; 2) ausência de erro grosseiro e 3) prazo recursal.

O Código de Processo Civil, por sua vez, prevê, expressamente, as hipóteses de cabimento de apelação (arts. 513 e segs.) e agravo de instrumento (arts. 522 e segs.), razão por que fica afastada a hipótese de dúvida sobre o cabimento do recurso contra decisão que exclui co-réu da lide.

O reflexo lógico da ausência da dúvida objetiva acerca do recurso próprio para o inconformismo da parte, repercute diretamente na ocorrência de erro grosseiro. Pontifica **Nelson Nery Junior** que “configura erro grosseiro a interposição de recurso errado, quando o correto se encontra indicado expressamente no texto de lei” (cf. op. cit., p. 135).

No que toca à questão do prazo recursal, embora existam entendimentos no sentido de que o recurso ajuizado erroneamente deverá ter sido protocolizado dentro do prazo daquele que se almeja transformá-lo, não se deve esquecer que, se preenchidos os requisitos da ocorrência de dúvida objetiva e da falta de erro grosseiro, poder-se-ia admitir como irrelevante a questão do prazo.

Na hipótese, entretanto, inviável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que não foram observados os pressupostos necessários ao seu reconhecimento.

É certo que vigora no sistema processual brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas, cujo corolário, no que se refere aos recursos, é, indubitavelmente, o princípio da fungibilidade. Ocorre, porém, que o fato de ter um mesmo Tribunal a competência para o julgamento, tanto do recurso interposto erroneamente, como daquele que caberia na hipótese, é requisito óbvio, mas não único.

Esse entendimento prevaleceu em diversos julgados desta Corte, a exemplo do REsp n. 164.729/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 1^a.06.1998, cuja ementa guarda o seguinte teor:

“Processual Civil. Usucapião. Antigos aldeamentos indígenas. Falta de interesse da União. Ato jurisdicional que exclui litisconsortes. Prosseguimento do feito. Natureza jurídica do ato. Decisão interlocutória. Interposição de apelação equivocada. Fungibilidade recursal. Inadmissibilidade. Inexistência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência. Prazo do recurso adequado não observado. Necessidade de sua observância. Dissídio superado. Recurso desacolhido.

I - O ato pelo qual o juiz exclui litisconsorte em natureza jurídica de decisão interlocutória, sujeita, portanto, a interposição do recurso de agravo.

II - Não se admite o princípio da fungibilidade recursal se inexistente dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso na espécie. Inaplicável, ademais, referido princípio, em virtude do recurso inadequado não ter sido interposto no prazo próprio”.

A título de reforço, veja-se, também, os seguintes arestos deste Sodalício:

“Agravo de instrumento. Exclusão de partes.

Cabe agravo de instrumento, e não apelação, da decisão que exclui da lide um dos autores e vários réus, sem extinguir o processo. Precedentes.

Recurso conhecido e provido” (REsp n. 219.132/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1^a.11.1999).

(...)

“Exclusão do co-réu — Recurso cabível não se extinguindo o processo, cabível é o agravo de instrumento e não a apelação” (REsp n. 14.878/SP, Rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16.03.1992).

Vide também o AgRg no Ag n. 126.734/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo

Teixeira, DJ de 18.08.1997; REsp n. 78.041/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.03.1996 e o REsp n. 14.878/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16.03.1992, dentre outros.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 440.219 — PR (2002/0073151-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Protec Engenharia de Projetos S/C Ltda

Advogado: Alexandre Bleggi Araújo

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Prequestionamento. Sociedades prestadoras de serviço. Cofins. Isenção. Aplicação da Súmula n. 276/STJ. Compensação.

1. “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado” (Súmula n. 276/STJ).

2. Recurso especial provido para afastar a incidência do mencionado tributo e também para declarar o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

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, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

Publicado no DJ de 24.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por Protec Engenharia de Projetos S/C contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ementado nos seguintes termos:

“Tributário. Sociedades civis de profissões regulamentadas. Isenção. LC 70/1991, art. 6º, II. Lei n. 9.430/1996, art. 56. Revogação da isenção. Lei complementar. Exigência. Desnecessidade.

1. O art. 6º, II, da LC n. 70/1991 foi expressamente revogado pelo art. 56 da Lei n. 9.430/1996, sem que houvesse necessidade de lei complementar porquanto a matriz constitucional da Cofins está no art. 195-I da CF/1988. Precedentes do STF: ADC 1-1-DF e REsp n. 138.284/CE (RTJ 143/313).

2. Apelação improvida.”

Sustenta a recorrente violação à norma inscrita no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar n. 70/1991, bem como a existência de divergência jurisprudencial relativa à aplicação do referido dispositivo. Requer, ainda, declaração do direito à compensação dos valores já recolhidos a título de Cofins.

Apresentadas contra-razões pela Fazenda Nacional, subiram os autos por força do juízo positivo de admissibilidade realizado na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A questão envolvendo a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais encontra-se pacificada neste Sodalício desde a edição da Súmula n. 276, cujo verbete encontra-se assim redigido:

“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para afastar a incidência do mencionado tributo e também para declarar o direito à compensação dos valo-

res indevidamente recolhidos, observados os limites da inicial, bem como a legislação vigente aplicável à espécie.

Sem condenação em honorários em razão do disposto no Enunciado n. 105 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 471.107 — MG (2002/0124434-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: José Rodrigues dos Santos Filho

Advogado: Miguel Arcanjo da Silva

Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procuradores: Élcio Reis e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Responsabilidade do sócio-gerente. Artigo 135, III, do CTN. Precedentes.

1. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial interposto por José Rodrigues dos Santos Filho com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou provimento ao agravo com base no entendimento de que é possível o redirecionamento da execução contra os sócios-gerentes da empresa, mesmo nos casos em que o nome não constar da respectiva Certidão da Dívida Ativa.

O Recorrente sustenta violação dos arts. 134, 135 e 137 do CTN, 2º e 4º da Lei n. 6.830/1980 e 264 do Código de Processo Civil.

Fundamenta sua pretensão, ainda, em suposto dissídio jurisprudencial existente com julgados desta Corte Superior e de outros Tribunais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Desse modo, não há que se falar em responsabilidade objetiva. A propósito, confira-se o seguinte precedente:

“Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Responsabilidade de sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Precedentes.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/1976).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios

(diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados.”

(Primeira Seção, EREsp n. 174.352, Relator Ministro José Delgado, DJ de 20.08.2001. Confira-se ainda: Primeira Turma, AgRg no REsp n. 395.242, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 09.12.2002; Segunda Turma, REsp n. 436.802, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 25.11.2002).

Assim sendo, em face da ausência de comprovação nos autos dos pressupostos subjetivos necessários à caracterização das condutas descritas no dispositivo acima mencionado, *dou provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 514.675 — RS (2003/0051882-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrentes: Navegação Cais Muratta Ltda e outro

Advogados: Mauro José da Silva Jaeger e outro

Recorrido: Município do Rio Grande

Procuradores: José Eduardo Santos da Silva e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. ISS. Serviços de reboque de navios. Lei Complementar n. 56/1987. Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Item 87. Não incidência de ISS.

Os serviços de reboque de navios podem ser utilizados como serviços de apoio à navegação, para auxiliar tanto na atracação como na

desatracação dos navios feitas pela administração portuária, conduzir as embarcações por pontos do porto ou trazê-las para dentro e levá-las para fora deste.

A utilização de rebocadores para auxiliar a atracação do navio não significa, contudo, que os serviços de reboque de navios confundem-se com os de atracação, nem que integram esses serviços. Com efeito, não são sequer indispensáveis aos serviços de atracação, pois os navios podem ser atracados ou desatracados sem o auxílio dos rebocadores, que se pode restringir às manobras das embarcações.

“Os serviços de rebocagem marítima não se confundem com os serviços de atracação e desatracação dos navios, não incidindo ISS, por falta de previsão legal” (REsp n. 308.734/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Francisco Falcão, DJ de 1^a.07.2002).

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto por Navegação Cais Muratta Ltda e F. Andreis & Cia Ltda, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa restou redigida nos seguintes termos:

“Tributário. Imposto Sobre Serviços. Serviços de reboque e atracação de

embarcações. Incidência do ISS. Previsão expressa na lista de serviços, anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968.

Incontroverso que a Lista de Serviços anexa ao DL n. 406/1968, no todo, é taxativa, comportando interpretação restrita. Contudo, cada um de seus itens comporta interpretação ampla.

O serviço de rebocagem da embarcação faz parte da atracação, esta expressamente prevista no item 87, da Lista de Serviços, e, como tal, passível de tributação e incidência do ISS.

Apelação provida.

Reexame necessário prejudicado” (fl. 2.344).

Alegam as recorrentes, empresas que realizam condução e reboque de navios, que suas atividades não estão elencadas nos itens listados no Decreto-Lei n. 834/1969 pela Lei Complementar n. 56/1987. Sustentam que “os rebocadores não fazem a atracação (amarrar navios nos cais), mas limitam-se a auxiliar as manobras das embarcações” (fl. 2.363).

Apontam, ainda, divergência jurisprudencial com julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no sentido de que “os serviços auxiliares de reboque não se compreendem entre os serviços portuários, eis que atividade-meio destinada a auxiliar na atracação e desatracação dos navios nos portos” (fl. 2.371).

Por fim, afirmam que a Lei Complementar n. 59/1987 é inconstitucional, por ausência de **quorum** qualificado quando da sua aprovação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cinge-se a controvérsia à incidência de ISS sobre a atividade de reboque de navios.

A Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, conforme a redação determinada pela Lei Complementar n. 56/1987, ao prever a incidência do ISS, dispõe, no item 87:

“87. Serviços portuários e aeroportuários; utilização de porto ou aeroporto; atracação; capatazia; armazenagem interna, externa e especial; suprimento de água, serviços acessórios; movimentação de mercadorias fora do cais”.

A Corte de origem, ao examinar o referido item, entendeu que o serviço de reboque da embarcação faz parte da atracação, de forma a incidir o ISS.

O artigo 7^o do Decreto n. 24.508/1934 definia atracação como “a vantagem que usufruem os navios de utilizar-se dos cais, ou pontes de acostarem, nos portos organizados, para realizarem, directamente, de ou para a terra, suas operações de carregamento ou de descarga”.

Já os reboques eram definidos, no artigo 16 do mencionado decreto, como os serviços “que a administração do porto pode realizar, com seus rebocadores, para auxiliar os navios em sua atracação, ou desatracação, para conduzi-los de um ponto para outro no porto, ou ainda, para trazê-los para dentro, ou levá-los para fora deste”.

Sérgio Pinto Martins ensina que “a atracação envolve o ato de amarrar à terra ou fazer chegar a ela o barco ou navio, de aportar. O serviço de atracação depende de uma série de outros serviços, (...). Somente depois da verificação daquelas situações é que o navio é liberado; enquanto isso, aguarda ao largo sua liberação” (in “Manual do Imposto sobre Serviços”, 3^a ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2000, p. 160).

Rebocar, consoante definição do “Dicionário Aurélio”, significa “puxar com corda, cabo, corrente etc. (embarcação ou veículo), a fim de levá-lo a determinado destino, ou auxiliá-lo em manobra de atracação, desatracação etc.”.

Os serviços de reboque de navios podem ser utilizados como serviços de apoio à navegação, para auxiliar tanto na atracação como na desatracação dos navios feitas pela administração portuária, conduzir as embarcações por pontos do porto ou trazê-las para dentro e levá-las para fora deste.

A utilização de rebocadores para auxiliar a atracação do navio não significa, contudo, que os serviços de reboque de navios confundem-se com os de atracação, nem que integram esses serviços. Com efeito, não são sequer indispensáveis aos serviços de atracação, pois os navios podem ser atracados ou desatracados sem o auxílio dos rebocadores, que se pode restringir às manobras das embarcações.

A respeito do tema, cumpre transcrever trecho de voto proferido pelo ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do Recurso Especial n. 308.734/RJ:

“O tema que se discute é a consideração da chamada rebocagem como um componente da operação de atracação.

Tenho para mim, (...), que há situações em que o reboque nem sempre tem como escopo a atracação.

O tema faz-me lembrar o porto de Maceió, na época da safra. A muitos navios faltava espaço para atracação. Por isso, os barcos ficavam ancorados à espera das alvarengas, levadas por rebocadores à abordagem. (...). Lembro

essa cena para observar que naquele mister o rebocador funcionava como auxiliar de não-atracação.

Necessariamente, não é possível confundirem-se as duas operações. A rebocagem, às vezes, é auxiliar, mas, na maioria das vezes, é uma operação que atende um navio que não atracou”.

O referido julgado da egrégia Primeira Turma desta colenda Corte restou ementado nos seguintes termos:

“Tributário. ISS. Rebocagem marítima. Inexistência de previsão. Decreto-Lei n. 406/1968.

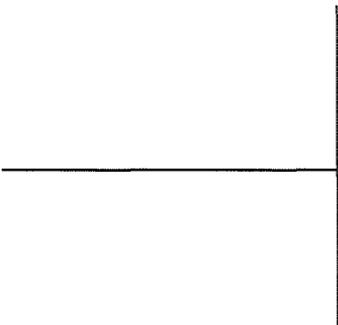
— Os serviços de rebocagem marítima não se confundem com os serviços de atracação e desatracação dos navios, não incidindo ISS, por falta de previsão legal.

— *Recurso especial provido*” (Rel. p/ o acórdão Min. Francisco Falcão, DJ de 1^a.07.2002).

Para finalizar, é de bom conselho observar que a situação presente é anterior à Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, cuja lista anexa prevê, no item 20.01, a incidência do ISS, entre outros casos, nos de atracação e desatracação nos portos.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.



Jurisprudência da Segunda Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 32.836 — MG (2001/0095258-5)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Relator p/o acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Autor: Gustavo Mata Machado Ferreira Pinto

Advogado: Luiz Agenor Pereira de Meira

Réu: Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria — Massa Falida

Advogado: Adolfo Eustáquio Martins Dornellas

Suscitante: Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte — MG

Suscitado: Juízo de Direito da Vara de Falência Concordata e Insolvência Civil de Goiânia — GO

Sustentação oral: Francisco Adalberto Nóbrega, Subprocurador-Geral da República

EMENTA

Conflito de competência. Falência. Processo trabalhista. Depósito recursal. Levantamento.

1. Compete ao Juízo Falimentar decidir pedido de levantamento de depósito recursal efetuado pela falida, empregadora, nos autos de processo trabalhista. Irrelevante o fato de o depósito ter sido efetuado antes da quebra. Decisão por maioria.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

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, após os votos dos Srs. Ministros Nancy Andrichi, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, e do voto do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, por unanimidade, conhecer do conflito, e, por maioria, declarar competente a Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia, a suscitada. Foram votos vencedores os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrichi, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Cesar Asfor Rocha. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Ari Pargendler e Antônio de Pádua Ribeiro. Esteve ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator p/ o acórdão

Publicado no DJ de 31.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Cuida-se de conflito positivo de competência entre o Juízo da 25ª Vara do trabalho de Belo Horizonte—MG, suscitante, e o Juízo de Direito da Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia—GO, suscitado, relativo à competência para determinar a liberação de depósito recursal que se encontrava em conta vinculada em nome do empregado e reclamante Gustavo Mata Machado Pinto, em razão de reclamationária proposta perante o juízo suscitante contra Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria, cuja falência se processa no Juízo suscitado.

O Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte—MG, para suscitar o presente conflito, alega que:

“A reclamada efetuou os depósitos recursais em 29.01.1996 e 1º.08.1996 (fls. 317 e 449).

Conforme certidão de fl. 475 e documentos de fls. 485/486, somente em 16.03.1999 foi declarada a falência da Encol S/A Engenharia, Indústria e Comércio, passando a figurar no pólo passivo a Massa Falida Encol S/A.

Liquidada a conta e expedida a certidão para a habilitação dos créditos do reclamante no Juízo da Falência, com a liberação dos depósitos recursais à reclamada (fl. 508), o autor requereu a liberação dos depósitos recursais à expedição de nova certidão de habilitação do crédito remanescente, ao mesmo tempo em que impetrou mandado de segurança, sendo deferida a liminar para suspender o ato que determinou a liberação dos aludidos valores à Massa Falida (fls. 515/517).

Deferido o requerimento do autor e revogados os despachos de fls. 508 e 511, foi determinada a liberação dos depósitos recursais em favor do exequente, a dedução da importância recebida e a expedição de nova certidão para habilitação do crédito junto ao Juízo da Falência (fl. 533).

Entretanto, conforme informações e documentos apresentados pela Caixa Econômica Federal às fls. 550/553, o MM. Juiz da Vara da Falência, Concordata e Insolvência Civil da Comarca de Goiânia — GO, em 15.05.2000, autorizou a empresa FC. Assessoria de Investimentos S/C Ltda. A efetuar o

levantamento de diversos depósitos recursais, inclusive aquele existente na conta vinculada do exequente, determinando sua remessa para a conta corrente judicial da Massa Falida (fls. 552/553).

Dessa forma, o r. Juízo da Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil da Comarca de Goiânia—GO entendeu que era competente para determinar o levantamento de depósito recursal que se encontrava em conta vinculada do FGTS, em nome do autor, mas à disposição deste Juízo.

Entretanto, este Juízo entende que o depósito recursal colocado a sua disposição antes da decretação da falência, como ocorre no caso concreto, deve ser aplicado na satisfação da execução, não se justificando, assim, a sua remessa ao Juízo da Falência.

Ademais, o § 1º do art. 899 da CLT, em sua última parte, autoriza ao Juiz do trabalho a liberação imediata do depósito recursal ao exequente, por mero despacho, tão logo transitada em julgado a decisão, portanto antes da própria liquidação” (fls. 554/555).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): O depósito recursal, requisito para o recurso trabalhista, far-se-á na conta vinculada do empregado e será liberado mediante simples despacho do Juiz, em favor da parte vencedora (art. 899 da CLT).

É uma garantia e, também, uma espécie de antecipação de pagamento sujeito à condição. Efetuada antes da quebra da empregadora, não me parece deva ser transferida à jurisdição do juízo universal da falência, e sim permanecer submetido ao Juiz trabalhista. Corresponde, **mutatis mutandis**, ao preço obtido com a arrematação já efetivada do tempo da declaração da falência, que também é um modo de solver dívida da empregadora; se aquele é destinado ao credor (art. 24, §1º, da LF), com mais razão deve ser liberado em favor do vencedor do recurso trabalhista o depósito recursal, e isso há de ser feito no juízo onde realizado o depósito.

Lembro o que consta da Instrução Normativa n. 3/1998, do egrégio TST:

“d) nos dissídios individuais singulares o depósito será efetivado pelo recorrente, mediante a utilização das guias correspondentes, na conta do empregado no FGTS — Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em conformidade com os parágrafos 4º e 5º, do art. 899 da CLT, ou fora dela, desde que feito na sede do juízo e permaneça à disposição deste, mediante guia de depósito judicial extraída pela Secretaria judiciária”.

Não me parece que possa ser arrecadada para a massa a importância que constitui verdadeira antecipação de pagamento parcial, já depositada na conta do empregado depois de vencidas todas as peripécias de uma reclamatória trabalhista, apenas dependendo do fato superveniente do julgamento do recurso.

Por isso, conheço do conflito e declaro a competência do juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte para decidir sobre o depósito recursal.

É o voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Sr. Ministro Ari Pargendler, nos termos do art. 24, § 1º, efetuada a arrematação, o saldo é que irá para a massa.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Ministro Ruy Rosado, apenas se admitirmos a analogia com a arrematação. Trata-se de um caso **sui generis**. Para o empregado é uma grande injustiça, porque seu dinheiro, que estava garantido, foi perdido com a quebra. Nossa jurisprudência é a de que, no caso das execuções, o Juiz do Trabalho não tem competência, a qual é transferida para o Juiz da Falência.

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Sr. Ministro Ari Pargendler, salvo quando a praça está marcada. Se há o produto, manda-se o saldo. Neste caso, há uma antecipação de pagamento, que é o depósito.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Ministro Ruy Rosado, a solução é atraente, porque meu ponto de vista sempre foi o da Súmula n. 44 do Tribunal Federal de Recursos, ou seja, se a penhora foi anterior à quebra, o numerário destacou-se juridicamente da massa falida, e a execução será processada na Justiça do Trabalho, o que, aliás, é muito mais simples. Sempre fui contra remeter para a Vara de Falência, onde há uma série de encargos, impedindo que os verdadeiros credores recebam. Nossa jurisprudência tem sido a de que, mesmo quando publicados os editais, faz-se o leilão, a praça, mas o resultado irá para a Vara de Falência. Meu ponto de vista vai além dela.

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Sr. Ministro Ari Pargendler, o crédito do reclamante, garantido na sentença trabalhista, está habilitado na falência; não está sendo cobrado o que lhe sobeja do crédito trabalhista, reconhecido na sentença, mas apenas o que foi depositado.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, vou mais longe; penso que deveríamos remeter para que a Justiça do Trabalho execute o que já penhorou antes da quebra.

Com essas observações, acompanho o voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, conhecendo do conflito e declarando competente o Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Em ação trabalhista movida contra a Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria, o reclamante, vencedor da demanda requereu autorização para levantamento de depósitos efetuados pela reclamada para os fins de recurso ordinário e de revista, e, ainda, “considerando haver sido decretada a falência da reclamada, conforme cópia da sentença da falência e da cópia do Termo de Compromisso do síndico **permissa venia**, se faz necessária a habilitação do crédito restante na referida massa falida bem como sua substituição processual pelo síndico, Dr. Sérgio Túlio Caetano, sito à Rodovia GO — 080, km 2, Goiânia 2 — CEP 74665-510 — Goiânia — GO, requerendo pois, seja efetuada sua intimação para pagar o montante devido”. Por despacho da Dra. Juíza *Cristina Adelaide Custódio*, da 25ª Vara do Trabalho de Minas Gerais, foi determinada a expedição de alvará para levantamento dos depósitos recursais (fls. 508 e 511). Pediu o reclamante, então, que os depósitos fossem liberados em seu favor, trazendo jurisprudência no sentido de que feito o depósito prévio para o recurso antes da decretação da falência, não será este remetido ao acervo da massa, mas liberado em benefício do exequente, nos termos do § 1º do art. 24 da Lei de Falências c.c. o § 1º do art. 899 da CLT. O pedido foi deferido, revogados os despachos anteriores, entendendo a ilustre Juíza que o “depósito colocado à disposição do Juízo antes da decretação da falência, como ocorre no caso em tela, deve ser aplicado na satisfação da execução, não se justificando, assim, a sua remessa ao Juízo Universal da Falência” (fl. 533). Todavia, não obteve êxito o reclamante porque os valores depositados foram sacados por ordem do Juiz da Falência (fl. 537). Diante da situação, a Juíza do Trabalho Substituta, Dra. *Cristina Adelaide Custódio*, instalou conflito positivo de competência.

O eminente Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, com o qual sempre muito aprendemos, conheceu do conflito e declarou competente a Justiça do Trabalho, desenvolvendo as razões que se seguem:

“O depósito recursal, requisito para o recurso trabalhista, far-se-á na conta vinculada do empregado e será liberado mediante simples despacho do juiz, em favor da parte vencedora (art. 899 da CLT).”

É uma garantia e, também, uma espécie de antecipação de pagamento sujeito a condição. Efetuado antes da quebra da empregadora, não me parece deva ser transferido à jurisdição do juízo universal da falência, e sim permanecer submetido ao Juiz trabalhista. Corresponde, **mutatis mutandis**, ao preço obtido com a arrematação já efetivada ao tempo da declaração da falência, que também é um modo de solver dívida da empregadora; se aquele é destinado ao credor (art 24, § 1º da LF), com mais razão deve ser liberado em favor do vencedor do recurso trabalhista o depósito recursal, e isso há de ser feito no juízo onde realizado o depósito.”

Preliminarmente, observo que não há nos autos a manifestação do Juiz suscitado nem a do Ministério Público (artigos 119 e 121 do Código de Processo Civil). Com relação ao Ministério Público, conveniente seria, se assim entendesse a Corte, fosse ouvido nesta sessão, como em outras ocasiões foi admitido.

No mérito, respeitando as ponderadas razões apresentadas pelo Senhor Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, vou pedir vênia para divergir.

Verifico que todos os precedentes da Corte têm sido na direção de atribuir ao Juízo da Falência, já decretada a quebra e arrecadados os bens da falida, a competência para a execução do crédito trabalhista. Mesmo quando aprazada a praça, uma vez realizada no Juízo trabalhista, a totalidade do preço deve ser transferida ao Juízo Falimentar, havendo precedente no sentido de que não aparecendo interessados na praça, feita a adjudicação pela reclamante, do bem penhorado em execução trabalhista, sendo posterior à decretação da quebra da empresa reclamada, o ato fica desfeito em face da competência universal do Juízo Falimentar, ao qual caberá processar o crédito da ex-empregada e o eventual rateio (Conflito de Competência n. 26.918/SP, Relator o Senhor Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJ de 03.04.2000; Conflito de Competência n. 19.468/SP, Relator o Senhor Ministro *Ari Pargendler*, DJ de 07.06.1999).

Por outro lado, no que concerne especificamente aos depósitos recursais, há decisões monocráticas no sentido de que a competência é do Juízo Falimentar, merecendo destacado trecho de despacho do Senhor Ministro *Barros Monteiro* nos termos que se seguem:

“Alega o suscitante que: a falência da empresa foi decretada em 20.10.1997; em 29.02.2000, nos autos da Reclamação Trabalhista n. 604/1994, que lhe move *Olivar Ladeira Meireles*, a Massa Falida requereu perante o MM. Juiz-Presidente da 13ª Vara do Trabalho de Belém — PA o levantamento e a transferência ao Juízo Falimentar do depósito recursal ali existente; tal pedido foi indeferido, “em face do superprivilégio do crédito trabalhista”; foi então suscitado o presente conflito de competência. Em despacho de 09 de maio último, determinei o sobrestamento do processo trabalhista, designando para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes o MM. Juízo da 2ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro e solicitei informações às autoridades judiciárias envolvidas.

2. A questão já se encontra pacificada nesta Corte. Com efeito, conforme acentuou o ilustre parecer do Ministério Público Federal, a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que “decretada a falência da devedora, os atos de execução já iniciados na Justiça do Trabalho prosseguirão no Juízo Falimentar,

salvo se já aprazada a alienação dos bens.” (CC n. 20.391/RS, por mim relatado). No mesmo sentido os CC ns. 22.293/RJ, Relator o em. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, e 19.468/SE, Relator o em. Min. *Ari Pargendler*, entre outros.

3. *Isto posto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do CPC, introduzido pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro — RJ.*” (Conflito de Competência n. 29.389/RJ, DJ de 30.08.2000; no mesmo sentido: os despachos nos seguintes feitos: Conflito de Competência n. 30.167/GO, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 10.08.2001; Conflito de Competência n. 32.464/RJ, Relator o Senhor Ministro Costa Leite, DJ de 09.08.2001)

No Conflito de Competência n. 30.711/GO, da minha relatoria (despacho publicado no DJ de 14.11.2000), conclui do mesmo modo:

“Competente, assim, o Juízo de Direito da Vara de Falências, para onde deverão ser transferidos todos os créditos e depósitos para a habilitação dos credores. Eventual desconstituição da liberação de depósito em favor do exequente, efetuado após a quebra da empresa, deverá ser analisada pelo Juízo Falimentar.”

Com essas razões, e diante dos precedentes da Corte, respeitosamente, voto no sentido de conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, com base no precedente da Seção, peço vênua ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar o voto divergente do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, conhecendo do conflito e declarando competente o Juízo de Direito da Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de conflito de competência entre o Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte — MG, suscitante, e o Juízo de Direito da Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia — GO, suscitado, objetivando definir a quem compete a ordem de liberação de depósito recursal efetuado para interposição de recurso ordinário e de revista na Justiça do Trabalho, em razão do julgamento parcial da reclamatória trabalhista proposta por Gustavo Mata Machado Pinto em face da Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria.

A polêmica adveio da superveniência, no curso da reclamatória da falência da reclamada em 16.03.1999, quando os depósitos recursais — que pela natureza jurídica não pertenceriam ao patrimônio da empresa — falida — foram recolhidos em 29.01 e 1^a.08.1996 (fls. 317 e 449).

Por despacho, o juízo suscitante determinou a expedição de alvará para levantamento dos depósitos recursais, ao que se seguiu o pedido do reclamante para que a referida liberação fosse feita em seu favor.

O pleito foi atendido nos seguintes termos:

“... o depósito recursal colocado a sua disposição antes da decretação da falência, como ocorre no caso concreto, deve ser aplicado na satisfação da execução, não se justificando, assim, a sua remessa ao Juízo da Falência.

Ademais, o § 1^o do art. 899 da CLT, em sua última parte, autoriza ao Juiz do Trabalho a liberação imediata do depósito recursal ao exequente, por mero despacho, tão logo transitada em julgado a decisão, portanto, antes da própria liquidação.” (Fls. 554/555)”

Não se efetivou, contudo, o comando proferido pela juíza trabalhista, visto que, os valores depositados na conta corrente do reclamante foram sacados por ordem do Juiz da Falência. Conseqüentemente, suscitou o juízo suscitante o presente conflito de competência.

Julgando-o, o em. Relator Min. Ruy Rosado decidiu que:

“O depósito recursal, requisito para o recurso trabalhista, far-se-á na conta vinculada do empregado e será liberado mediante simples despacho do juiz, em favor da parte vencedora (art. 899 da CLT).

É uma garantia e, também, uma espécie de antecipação de pagamento sujeito à condição. Efetuado antes da quebra da empregadora, não me parece deva ser transferida à jurisdição do juízo universal da falência, e sim permanecer submetido ao Juiz trabalhista. Corresponde, **mutatis mutandis**, ao preço obtido com a arrematação já efetivada ao tempo da declaração da falência, que também é um modo de solver dívida da empregadora; se aquele é; destinado ao credor (art. 24, § 1^o da LF), com mais razão deve ser liberado em favor do vencedor do recurso trabalhista o depósito recursal, e isso há de ser feito no juízo onde realizado o depósito.

Posto isso, conheço do conflito e declaro a competência do Juízo da 25^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte para decidir sobre o depósito recursal.”

Em seguida, pediu vista o em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ponderando que:

“... todos os precedentes da Corte têm sido na direção de atribuir ao Juízo da Falência, já decretada a quebra e arrecadados os bens da falida, a competência para a execução do crédito trabalhista. Mesmo quando aprazada a praça, uma vez realizada no Juízo trabalhista, a totalidade do preço deve ser transferida ao Juízo Falimentar, havendo precedente no sentido de que não aparecendo interessados na praça, feita a adjudicação pela reclamante, do bem penhorado em execução trabalhista, sendo posterior à decretação da quebra da empresa reclamada, o ato fica desfeito em face da competência universal do Juízo Falimentar, ao qual caberá processar o crédito da ex-empregada e o eventual rateio (Conflito de Competência n. 19.468/SP, Relator o Sr. Ministro Ari Pargendler, DJ de 07.06.1999).

Por outro lado, no que concerne especificamente aos depósitos recursais, há decisões monocráticas no sentido de que a competência é do Juízo Falimentar, merecendo destacado trecho de despacho do Senhor Ministro Barros Monteiro nos termos que se seguem:

“Alega o suscitante que: a falência da empresa foi decretada em 20.10.1997; em 29.02.2000, nos autos da Reclamação Trabalhista n. 604/1994, que lhe move Olivar Ladeira Meireles, a Massa Falida requereu perante o MM. Juiz Presidente da 13ª Vara do Trabalho de Belém — PA o levantamento e a transferência ao Juízo Falimentar do depósito recursal ali existente; tal pedido foi indeferido, ‘em face do superprivilégio do crédito trabalhista’; foi então suscitado o presente conflito de competência. Em despacho de 09 de maio último, determinei o sobrestamento do processo trabalhista, designando para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes o MM. Juízo da 2ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro e solicitei informações às autoridades judiciárias envolvidas. 2. A questão já se encontra pacificada nesta Corte. Com efeito, conforme acentuou o ilustre parecer do Ministério Público Federal, a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que ‘decretada a falência da devedora, os atos de execução já iniciados na Justiça do Trabalho prosseguirão no Juízo Falimentar, salvo se já aprazada a alienação dos bens.’ (CC n. 20.391/RS, por mim relatado). No mesmo sentido os CC ns. 22.293/RJ, Relator o em. Min. Ruy Rosado de Aguiar, e 19.468/SP, Relator o em. Min. Ari Pargendler, entre outros. 3. Isto posto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do CPC, introduzido pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro — RJ. (CC n. 29.389/RJ, DJ de 30.08.2000; no mesmo sentido: os

despachos nos seguintes feitos: CC n. 30.167/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 10.08.2001; CC n. 32.464/RJ, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 09.08.2001)”

No Conflito de Competência n. 30.711/GO, da minha relatoria (despacho publicado no DJ de 14.11.2000), conclui do mesmo modo:

“Competente, assim, o Juízo de Direito da Vara de Falências, para onde deverão ser transferidos todos os créditos e depósitos para a habilitação dos credores. Eventual desconstituição da liberação de depósito em favor do exeqüente, efetuado após a quebra da empresa, deverá ser analisada pelo Juízo Falimentar. “

Com essas razões, e diante dos precedentes da Corte, respeitosamente, voto no sentido de conhecer do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Falência, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia.”

Reprisada a questão, decido.

Uma vez declarada a falência, as ações e execuções individuais dos credores, inclusive dos particulares dos sócios solidários da sociedade falida, ficam suspensas. As ações de natureza trabalhista, porquanto submetidas à competência da Justiça especial, prosseguem, sendo o respectivo **quantum** habilitado no processo falimentar, segundo o valor estabelecido na sentença trabalhista.

A execução do mencionado crédito, todavia, por estar sujeito a rateio dentre os de igual natureza, submete-se à força atrativa do juízo universal da falência.

Esta regra só é excepcionada nas execuções movidas antes da declaração da falência, achando-se os bens em praça com dia definitivo para a arrematação, fixado em editais (publicados), quando então, far-se-á a arrematação, entrando o produto para a massa. Se, porém, os bens já houverem sido arrematados, pagar-se-á o exeqüente, entrando para a massa apenas o que sobejar.

Assim, se a superveniência da falência alcança a reclamatória trabalhista enquanto ainda não encerrada a sua prestação jurisdicional com a liquidação do crédito reclamado, tem prevalência o juízo de afetação da falência a ele devendo concorrer todos os bens arrecadáveis no interesse da composição da massa falida.

O depósito especificado no art. 8º da Lei n. 8.542/1992 — instituto de direito processual do trabalho — consiste no recolhimento judicial, em pecúnia, do valor da condenação, de modo progressivo, pela parte sucumbente, ao longo do processo, sujeitando-se, em consequência, à presunção de veracidade da sentença prolatada.

Ensina o douto Magistrado **Maurício Godinho Delgado**, Professor da UFMG, in “Sentido e Abrangência do Depósito ‘Recursal’ no Direito Brasileiro: as Inovações da Lei n. 8.542/1992” que:

“Embora haja divergência doutrinária a respeito da natureza do instituto jurídico parece claro que tem caráter de garantia progressiva do Juízo, face imediata presunção de veracidade da sentença prolatada. Por essa razão, quanto mais se reforça essa presunção, mais terá o depósito de se aproximar do valor exato da condenação, caso ainda insurgente, no processo, a parte vencida. Tal natureza jurídica do depósito torna equívoca a tradicional denominação que lhe é conferida: depósito gradativo da condenação (de ser valor pecuniário), a cada instante processual que a parte vencida pretenda se insurgir contra a presunção de veracidade da sentença prolatada. É gradativo e crescente, à medida que mais se reforça, no processo, essa presunção jurídica. Pode, obviamente, se esgotar em uma única parcela, caso seja o valor da condenação igual ou inferior à primeira parcela legalmente fixada para o depósito.

Uma vez que a insurgência contra a presunção sentença faz-se, basicamente (mas não exclusivamente, como se verá nos embargos à execução), através da figura do recurso, emerge o depósito gradativo da condenação como especial pressuposto recursal, traduzindo-se, como visto, em instrumento de garantia crescente do Juízo, à medida em que se reforça a presunção de veracidade da sentença.

A Lei n. 8.542/1992 firmou a precisa correspondência normativa com essa natureza jurídica característica à figura (garantia progressiva do Juízo), embora sem lhe adequar o **nomen iuris** (‘depósito gradativo da condenação’), mantendo a antiga e enviesada denominação de ‘depósito recursal’. É que, desde a vigência do novo diploma mencionado, o depósito da condenação emergiu como pressuposto não apenas de todos os recursos trabalhistas, a contar do recurso ordinário, como também pressuposto de uma figura jurídica não recursal, os embargos à execução. Claro, portanto, que o instituto não tem natureza jurídica de mero pressuposto de recursos”.

A natureza jurídica do depósito recursal na Justiça Trabalhista de garantia do juízo, cuja finalidade é assegurar a futura execução da sentença, não tem o condão de impedir a sua transferência para a massa falida.

Isso porque se a garantia da condenação se completa com a penhora e mesmo no caso desta ter sido efetuada pelo juízo trabalhista antes da decretação da falência a jurisprudência do STJ tem se orientado, reiteradamente, pelo entendimento de que a execução deva prosseguir no juízo falimentar, não se revela lógico que para o depósito recursal, em que há a mesma fundamentação, se aplique outra razão de decidir.

Há que se lembrar que a adoção de tal compreensão teve como escopo proteger numa dimensão alargada e em igualdade de condições todos os trabalhadores atingidos pela falência da empresa empregadora.

Assim, concluiu-se que o respeito à universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar propiciaria um maior controle dos créditos e da força patrimonial da massa, o que, em última análise, assegura o seu exaurimento **pro rata**, sem preferências ou prejuízos manifestos dentre de uma mesma classe de credores.

Assim, o depósito recursal, mesmo que efetuado antes da decretação da falência da empresa, deve ser colocado à disposição do Juízo Falimentar, não sendo justo liberá-lo a favor do reclamante, pois tal medida privilegiaria o empregado que ajuizou a reclamatória trabalhista em detrimento do **par conditio creditorum**, prejudicando os demais trabalhadores no rateio da massa falida.

Conseqüentemente, ao juízo falimentar caberá expedir os alvarás necessários para os saques dos valores correspondentes aos depósitos recursais postos à disposição da Justiça do Trabalho.

Forte nestas razões, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Falimentar, o suscitado.

VOTO-VENCIDO (Em Parte)

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito para ficar com a posição mais favorável ao empregado nesta hipótese.

Acompanho o voto de Sr. Ministro-Relator, conhecendo do conflito e declarando competente o Juízo da 25ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Recordo-me da discussão havida na sessão anterior, ocasião em que firmei meu entendimento.

Peço vênia ao Ministro-Relator para votar com a divergência iniciada pelo Ministro Menezes Direito.

Conheço do conflito e dou pela competência do Juízo de Direito da Vara de Falências, Concordata e Insolvência Civil de Goiânia.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Conheço do conflito e dou pela competência do Juízo de Direito da Vara de Falências, e Concordata e Insolvência Civil de Goiânia.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 38.734 — MS (2003/0053320-3)

Relator: Ministro Castro Filho

Autores: Elida Gomes da Cunha e outros

Advogados: Shirley Monterisi Ribeiro e outros

Ré: Fundação Habitacional do Exército

Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Corumbá — MS

Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara de Corumbá — SJ/MS

EMENTA

Competência. Conflito negativo. Justiça Federal. Justiça estadual. Fundação pública federal. CF, art. 109, I.

Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de cobrança de seguro de vida em grupo proposta contra a Fundação Habitacional do Exército — FHE, a qual, na condição de fundação pública federal, se equipara às autarquias federais, para os efeitos do artigo 109, I, da Constituição da República.

Conflito conhecido e declarada a competência do juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente a 1ª Vara Federal de Corumbá, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Corumbá — MS.

Originalmente, Elida Gomes da Cunha e outros propuseram ação de cobrança contra a Fundação Habitacional do Exército — FHE, em virtude do não-pagamento de seguro de vida em grupo, do qual são beneficiários.

O juízo estadual, à fl. 22, declinou da competência em favor da Justiça Federal, à consideração de ser a ré fundação pública federal equiparada às empresas públicas, para os efeitos do artigo 109, I, da Carta Constitucional.

Em contestação, a União, às fls. 45/47 argüiu sua ilegitimidade passiva, argumentando que “a Fundação Habitacional do Exército é um órgão da administração indireta da União com personalidade jurídica de direito privado e com patrimônio próprio, que responde por seus atos, em juízo e fora dele.”

Finalmente, aduziu que “face à existência de um órgão que presta serviço como ente da Administração Indireta da União, representando esta última, não tem porque a contestante figurar no pólo passivo da ação que tem por controversas as relações jurídicas advindas das prestações desses serviços.”

O Juízo Federal acolheu a preliminar de ilegitimidade, determinou a exclusão da União do pólo passivo e determinou a remessa dos autos à justiça estadual (fl. 79) que, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo de competência aduzindo que, “incluída no pólo passivo da presente ação está órgão da Administração Indireta Federal, qual seja, a Fundação Habitacional do Exército” e não obstante a exclusão da União, “remanesce no pólo passivo da presente ação” a referida fundação pública federal, “sendo certo que estas, como entidades de direito privado são equiparadas às empresas públicas, para os efeitos do art. 109, I, da Constituição da República, mostrando-se, pois, competente para julgar a presente ação a Justiça Federal (fls. 92/93).

A Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Francisco Adalberto da Nóbrega (fls. 99/101), opina pelo conhecimento do conflito para declarar a competência da Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Conforme se depreende dos autos, figura no pólo passivo da demanda a Fundação Habitacional do Exército — FHE, fundação pública federal instituída pelo Poder Executivo e gerida pelo Ministério da Defesa, recebendo recursos de dotações consignadas no orçamento da União e sujeitando-se à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União.

Ressalte-se que a própria Lei n. 6.885/1980 que a instituiu, em seu artigo 31 pontifica que “O patrimônio, a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da Fundação Habitacional do Exército — FHE, ou delas decorrentes, pela sua origem e natureza, gozam dos privilégios próprios da Fazenda Pública, quanto à imunidade tributária, prazos prescricionais, impenhorabilidade, foro, prazos e custas processuais”.

Nessas condições, diante do liame e subordinação ao Poder Executivo e, sobretudo, tendo em vista os aportes financeiros derivados dos cofres públicos, a entidade merece tratamento semelhante ao dispensado às autarquias, a despeito da sua personalidade jurídica de direito privado.

Nesse sentido, tem-se firmado a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“Conflito de competência. Fundação Habitacional do Exército. Cobrança de seguro de vida. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal.

1. *Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de cobrança de seguro proposta contra fundação pública federal, por aplicação do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.*

2. Não tendo a fundação ‘agência, sucursal ou regional em Goiânia — GO’, capital onde proposta a ação, e não estabelecendo o contrato o local onde a obrigação deve ser cumprida, deve a ação ser processada e julgada na Seção Judiciária do Distrito Federal, onde a pessoa jurídica tem sua sede, a teor da aplicação do art. 100, inciso IV, alíneas **a** e **d**, do Código de Processo Civil, esta última combinada com o art. 950, **caput**, do Código Civil.

3. *Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.” (Grifou-se)*

(CC n. 21.671/DF — Segunda Seção — Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito — j. 22.09.1999 — DJ de 29.11.1999, p. 117 — LEXSTJ 127/051).

“Constitucional. Competência. Fundação Habitacional do Exército.

1. Esta Corte já firmou entendimento no sentido da competência da Justiça Federal para processar e julgar ações em que as fundações públicas federais (Fundação Habitacional do Exército) figurem como partes (art. 109, I, CF).

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal”. (Grifou-se)

(CC n. 18.009/DF — Terceira Seção — Rel. Min. Fernando Gonçalves — j. 10.09.1997 — DJ de 06.10.1997, p. 49.872).

Feitas estas considerações, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Corumbá — SJ/MS, suscitado.

É como voto.

Jurisprudência da Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 124.014 — AM (1997/0018775-6)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Recorrente: Elson Rodrigues de Andrade

Advogado: Elson Rodrigues de Andrade (em causa própria)

Recorrido: Socilar Crédito Imobiliário S/A

Advogado: José Alfredo Ferreira de Andrade

EMENTA

SFH. Imóvel comercial. Financiamento. Quitação. Lei n. 8.004/1990.

I. - A quitação de financiamento de imóvel no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, prevista no art. 2º da Lei n. 8.004, de 24.03.1990, refere-se a imóvel residencial, e não comercial, como no caso.

II. - 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, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Elson Rodrigues de Andrade interpôs recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional contra acórdão que manteve a sentença que julgou improcedente ação de consignação em pagamento por ele movida contra a Socilar Crédito Imobiliário S/A.

Alega o recorrente violação ao disposto no art. 13 da Lei n. 8.088/1990 e 5º e 6º da Lei n. 8.004/1990.

Argumenta que o art. 13 da Lei n. 8.088/1990, c.c. os arts. 5º e 6º da Lei n. 8.004/1990, dá-lhe o direito de pagar, antecipadamente, em cruzados novos, o saldo devedor de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): O acórdão recorrido, mantendo a sentença, entendeu que o pedido do autor, ora recorrente, não poderia ser atendido, porque o art. 1º e parágrafo único e 2º da Lei n. 8.004/1990, referem-se a transferência de imóvel residencial, e não comercial, como no caso dos autos.

A Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990, que dispõe sobre transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, permitiu que o mutuário transferisse a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, estabelecendo em seu art. 2º, **verbis**:

“A transferência dar-se-á mediante simples substituição do devedor, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e encargos do contrato original, *desde que se trate do financiamento destinado à casa própria*, cujo valor original não ultrapasse os seguintes limites:”

Assim, a referida Lei fez clara a ressalva de que a transferência dar-se-ia mediante a substituição do devedor “desde que se trate de financiamento destinado à casa própria”, nas condições que especifica em seus incisos.

No caso dos autos, o próprio autor afirma, em sua petição inicial, ser o imóvel comercial e o contrato de compra e venda também o especifica como tal (fl. 06).

Ante o exposto, não havendo qualquer ofensa a dispositivos da lei federal, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 234.160 — SC (1999/0092300-6)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Relatora p/ o acórdão: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Balneário Conventos S/A

Advogados: Francisco Cláudio de Almeida Santos e outro

Recorridos: Rita Maria Chaves de Cordova e outros

Advogados: Lúcio Gaião Torreão Braz

Felisberto Odilon Cordova e outros e

Marcelo Jaime Ferreira

Sustentação oral: Claudio Santos, pelo Recorrente; Felisberto Odilon Córdova, pelos Recorridos

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Reexame fático-probatório. Embargos do devedor. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Ampliação da penhora. Vício formal superveniente.

— Para a comprovação do dissídio jurisprudencial é necessário demonstrar a similitude fática entre os casos confrontados.

— É inadmissível o reexame fático-probatório em sede de recurso especial.

— O julgador deve extinguir o processo sem julgamento de mérito, quando ausente qualquer das condições da ação, ainda que se pronuncie sobre questões de mérito.

— É cabível a oposição de novos embargos do devedor quando determinada a ampliação da penhora, desde que fundamentados em vícios formais supervenientes a tal ato.

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 maioria, não conhecer do recurso especial. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler. Votou vencido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora p/ o acórdão

Publicado no DJ de 31.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Balneário Conventos S/A interpele recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Execução — Embargos do devedor — Sentença concisa — Nulidade afastada — Penhora — Sociedade comercial — Embargos de terceiro — Ato atentatório à dignidade da justiça — Multa — Advertência — Honorários advocatícios — Litigância de má-fé — Lei n. 9.668/1998.

1. “O que gera a nulidade da sentença não é a escassez de sua fundamentação, mas a sua absoluta ausência. Assim, se, embora sucinta, a fundamentação existe, não é de se acolher a nulidade argüida” (Jurisprudência Mineira 105/144). Deficiência no relatório não conduz à nulidade da sentença se não resultar prejuízo à parte (CPC, art. 244).

2. É passível de penhora a participação do devedor no capital social de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Para livrá-la da constrição judicial, pode se valer dos embargos de terceiro (CPC, art. 1.046, § 2º; AI n. 97.002166-6; RTJ 81/608).

3. A prévia advertência do juiz ao executado (CPC, art. 599, II) não é pressuposto da sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, pois que ela “é uma faculdade que ao juiz se concede, para o melhor desfecho da execução, quando ele entenda necessário” (**Alcides de Mendonça Lima**; CPC, art. 601; Lei n. 8.953/1994).

4. A Lei n. 9.668/1998, que trata da multa por litigância de má-fé, é aplicável ainda que a sentença tenha sido proferida anteriormente à data da sua vigência.

5. Na execução fundada em título judicial, os embargos “só poderão vir fundamentados em uma das hipóteses taxativas do CPC 741. À falta de cumprimento dessa disposição legal, o juiz deve indeferir liminarmente os embargos, conforme dispõe o CPC 739 II” (**Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery**).

6. Se rejeitados liminarmente os embargos, não são devidos honorários advocatícios.” (Fls. 288/289)

Sustenta o recorrente contrariedade aos artigos 685, inciso II, 669, 738, 739, incisos I e II, e 741 do Código de Processo Civil, haja vista que a ampliação da penhora enseja a oposição de novos embargos do devedor. Esclarece, ainda, ter reunido as questões que poderiam ser suscitadas diretamente nos autos da execução com outras que demandam embargos do devedor, em consonância com a celeridade e a economia processuais, como facultado pela lei.

Aduz violação aos artigos 599, inciso II, 600 e 601 do Código de Processo Civil, uma vez que:

a) a sentença de 1º grau não indicou o dispositivo legal a embasar a penalidade imposta, não podendo a omissão ser suprida em instância recursal;

b) é imprescindível a advertência antes da condenação por ato atentatório à dignidade da Justiça, o que não se verificou no presente caso;

c) foi intimado para a interposição dos embargos do devedor, não podendo ser penalizado pela sua oposição;

d) não foi alegado ter agido com dolo ou culpa grave, devendo-se presumir sua boa-fé;

e) não restou comprovado prejuízo a terceiros com a interposição dos embargos.

Alega ofensa ao art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, porque a sentença de 1º grau e o acórdão recorrido extinguíram o processo sem julgamento do mérito, porém, abordando a questão de mérito dos embargos, “no que respeita à nulidade da decisão que determinou a ampliação da penhora, por falta de fundamentação e à questão da (im)penhorabilidade das quotas sociais” (fl. 316).

Aponta dissídio jurisprudencial com julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 348 a 359), o recurso especial foi admitido (fls. 361/362). É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A empresa recorrente ajuizou embargos pedindo seja a execução anulada e, sucessivamente, a declaração de nulidade do mandado de penhora em razão de não corresponder o valor nele inscrito ao valor da execução, a lavratura de novo auto de penhora, nomeando-se depositário o representante legal da executada, a exclusão da penhora do capital social ou das quotas de capital da empresa Conventos Comércio e Administração de Bens

Ltda e, não acolhido tal pedido, a redução da penhora a bens e valores suficientes para a execução, na forma do art. 685, I, do Código de Processo Civil. A sentença esclareceu que em “junho de 1995 foi lavrado auto de arresto de vários imóveis da devedora (fl. 458 do 1º volume). Posteriormente foi o arresto convertido em penhora (fl. 497 do 1º volume). O prazo fluiu sem interposição de *novos* embargos. Foram os bens avaliados, após o que os credores requereram a ampliação (fl. 02 do 2º volume). O devedor foi ouvido acerca do pedido de ampliação, preferindo o silêncio. O pleito de carga pelo tempo de 30 dias foi indeferido (fl. 605) mas posteriormente acolhido com a expressa aquiescência dos credores (fl. 616). E à fl. 616 o devedor indicou novo bem à penhora. Os credores concordaram com a indicação e requereram a penhora sobre outros bens que nominaram. Lavrou-se auto de penhora, certificando-se a recusa do devedor em firmar o compromisso de depositário. Daí a nomeação de fl. 760. Desta penhora foi o representante legal da devedora intimado (fl. 766)”. Depois de anotar que a empresa devedora vem criando obstáculos para o andamento do processo, com medidas protelatórias as mais diversas, a sentença aplicou o art. 739 do Código de Processo Civil e indeferiu a inicial (art. 267, I, do Código de Processo Civil). Impôs, ainda, a pena pela litigância de má-fé no valor equivalente a 10% do valor atualizado da execução. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina proveu, em parte, a apelação para reduzir a multa a 1%. Considerou o Tribunal local que não há nulidade na sentença, invocando precedente desta Corte no sentido de que a nulidade é gerada pela ausência de fundamentação, não por sua escassez, não havendo, no caso, nenhum prejuízo; que o Código de Processo Civil é omissivo em relação à impossibilidade de ser reaberto o prazo havendo ampliação da penhora, concluindo por afirmar que não sendo admissíveis embargos quando há, apenas, reforço da penhora, pode o Juiz rejeitá-los liminarmente, sendo incabível, em tal caso, ensejar a emenda da inicial. O acórdão recorrido afirmou, ainda, que o excesso de penhora não autoriza a interposição de embargos e que a penhora das quotas sociais é possível, sendo cabíveis os embargos de terceiro.

O primeiro ataque do especial está em torno da questão do cabimento dos embargos diante da realização de nova penhora, no caso, ampliação de penhora, limitados, é certo, aos aspectos formais. Há, de fato, precedentes da Corte no sentido de que havendo ampliação da penhora novos embargos são admissíveis, restritos aos aspectos formais: REsp n. 257.881/RJ, da minha relatoria, DJ de 18.06.2001; REsp n. 172.032/RS, Relator o Senhor Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ de 21.06.1999; REsp n. 109.327/GO, Relator o Senhor Ministro *Cesar Asfor Rocha*, DJ de 1º.02.1999. Há, ainda, precedente da relatoria do Senhor Ministro *Cesar Asfor Rocha*, admitindo novos embargos à execução, havendo reforço da penhora, para

questionar “que o novo bem não poderia sofrer constrição, em face do disposto no art. 1º da Lei n. 8.009/1990” (REsp n. 114.513/RS, DJ de 18.09.2000). No precedente de que foi Relator o Senhor Ministro *Eduardo Ribeiro* (REsp n. 164.930/RS, DJ de 19.04.1999), a ementa guarda a redação que se segue:

“Coisa julgada. Ofensa. Recurso provido.

Obrigação de trato sucessivo. Segunda penhora, visando à cobrança de débitos que se tornaram exigíveis posteriormente. Admissibilidade da apresentao de novos embargos, uma vez que perfeitamente possível que a pretensão de executar encontre óbice em alguma das causas previstas no artigo 741 do Código de Processo Civil, causas essas que anteriormente não existiam. Hipótese que não se confunde com a de segunda penhora, prevista no artigo 667 do CPC”

A sentença destacou que o devedor foi ouvido sobre o pedido de ampliao da penhora, permanecendo em silêncio, mas, posteriormente, indicou novo bem, concordando os credores, os quais requereram a penhora sobre outros bens que indicaram, sendo, então, lavrado o auto. O devedor se recusou a permanecer como depositário e, ainda, da penhora foi o representante legal da empresa devedora intimado. Por outro lado, o acórdão recorrido reafirmou que não são admitidos novos embargos quando há, apenas, reforço da penhora, dando ensanchas a que sejam liminarmente rejeitados. A posio adotada pelas instâncias ordinárias, neste ponto, na verdade, não está afinada com os precedentes desta Corte. A nova penhora autoriza a apresentao de novos embargos, embora restritos aos aspectos formais. Anote-se, ademais, que, no caso, a sentença indicou que a empresa foi intimada da penhora, com prazo para apresentao de embargos. Com isso, não caberia a rejeio liminar dos embargos.

Tenha-se presente que a inicial dos embargos indica a ausência de fundamentao da decisão que determinou a penhora, o fato de que bens que, comprovadamente, pertencem a terceiros foram considerados seus, a nulidade do mandado de penhora, dele não constando nem a sentença nem o valor certo, mas, apenas, um valor que o Tribunal de Justiça tornou sem efeito, sendo, ademais, nula a penhora pela duplicidade sobre os mesmos bens, dentre outros pontos que podem, se procedentes, manchar a penhora realizada.

O cenário apresentado na inicial dos embargos, com toda certeza, diante do que estabeleceu a jurisprudência da Corte, não autoriza o indeferimento da inicial ao argumento de não ser possível a reabertura de prazo para novos embargos.

Destarte, com apoio na jurisprudência da Corte, eu conheço do especial e lhe dou provimento para cassar a sentença e o acórdão recorrido e determinar o julga-

mento dos embargos, afastado o óbice de sua impossibilidade, diante da ampliação da penhora. Prejudicada a medida cautelar em apenso.

VOTO

A Sr. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por Balneário Conventos S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A recorrente interpôs embargos do devedor em execução promovida por Rita Maria Chaves de Cordova e outros. Alegava que foi determinada ampliação da penhora, nos autos da execução, que passou a abranger imóveis da devedora, além de quotas sociais das empresas Conventos Comércio e Administração de Bens Ltda e Pecuária Outro Preto S/A, pertencentes à devedora-recorrente. Alegava a ausência de fundamentação da decisão que determinou a ampliação da penhora, a nulidade do mandado de penhora, a irregularidade relativa à existência de dois mandados de penhora sobre o mesmo bem, a nulidade do depósito em nome de quem não era representante legal da empresa, a impenhorabilidade das quotas sociais, além do excesso de penhora. Requereu, assim:

“a) se digne a anular a execução desde a fl. 745, proferindo-se nova decisão, fundamentada (...).

b) em qualquer hipótese, mesmo não atendido o pedido da letra anterior, se digne declarar nulo o mandado de penhora da fl. 764, por estampar valor que não é o da execução e, além disso, estar desacompanhado da sentença;

c) mesmo não acolhido o pedido da letra anterior, em ordem sucessiva, se digne mandar lavrar novo auto de penhora, em virtude da nulidade decorrente da indevida duplicidade, nomeando-se depositário o representante legal da executada.

d) excluir da penhora o capital social ou as quotas de capital da Conventos Comércio e Administração de Bens Ltda;

e) sendo desacolhido o pedido da letra anterior, se digne, após a avaliação por perito, do valor dos bens penhorados, em especial das quotas sociais, reduzir a penhora a bens e valores suficientes que bastem à execução, na forma do artigo 685, I, do CPC.” (Fls. 27/28)

O juízo de 1ª grau indeferiu a inicial, com base no art. 267, I, do CPC, e aplicou multa por litigância de má-fé.

Contra a sentença, foi interposta apelação, a qual o Tribunal **a quo** negou provimento, aduzindo, quanto à rejeição liminar dos embargos do devedor que:

“A doutrina e a jurisprudência — (...) — interpretando sistematicamente o Código, concluíram que ‘a circunstância de outra penhora vir a ser feita, em substituição ou reforço da anteriormente procedida, não tem o condão de reabrir para os réus nova oportunidade de embargar a execução’ (...).

Se não são admissíveis embargos quando há apenas reforço da penhora, pode e deve o juiz rejeitá-los liminarmente;” (fl. 295).

No presente recurso especial, alega-se:

I - violação aos arts. 685, II, 669, 738, 741, 739, I e II, do CPC, e dissídio jurisprudencial, porque são admissíveis os embargos do devedor no caso de ampliação da penhora.

II - ofensa aos arts. 599, II, 600 e 601, do CPC, pois não houve litigância de má-fé.

III - contrariedade ao art. 267, VI, do CPC, porque o processo dos embargos foi extinto, sem julgamento de mérito, porém foram enfrentadas questões efetivamente de mérito.

O em. Relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, enfrentou o cerne da controvérsia e proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso especial para que os embargos do devedor fossem julgados, já que são cabíveis na hipótese.

Brevemente expostos os fatos, decide-se.

O dissídio jurisprudencial não ficou devidamente comprovado, pois faltou evidenciar a similitude fática entre os casos confrontados (art. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ).

A conclusão do Tribunal **a quo** sobre a litigância de má-fé — relativa à alegada ofensa aos arts. 599, II, 600 e 601 do CPC — não pode ser revista, por força da Súmula n. 7/STJ.

No tocante à violação ao art. 267, VI, tem-se que o simples fato de o juízo de 1º grau e da Corte de origem se pronunciarem sobre algumas questões de fundo, mas rejeitarem os embargos do devedor, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, não ofende o referido artigo e nem sequer causa prejuízo à recorrente, pois os fundamentos da sentença e do acórdão não fazem coisa julgada.

É assente nesta Corte o entendimento de que é cabível a oposição de novos embargos do devedor quando é ampliada a penhora. Assim denotam os precedentes mencionados pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, entre eles o REsp n. 172.032/RS, assim ementado:

“Processo Civil. Execução. Emitente e avalista. Segunda penhora (CPC, art. 667). Necessidade de intimação dos executados. Limites dos embargos. Recurso desacolhido.

I - Em havendo segunda (nova) penhora (CPC, art. 667), impõe-se a intimação de todos os executados (CPC, art. 669), salvo se ocorrer desistência (CPC, art. 569).

II - O oferecimento de novos embargos à execução, nessa hipótese, deverá restringir-se aos aspectos formais do novo ato construtivo.” (DJ de 21.06.1999; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Como se nota da referida ementa e de vários outros julgados desta Corte, a oposição dos embargos, nessas hipóteses, somente pode ser feita para arguição de uma questão formal superveniente à segunda penhora. Como bem explicitado na Conclusão n. 21 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte em junho de 1983 (sempre mencionado nos votos proferidos pelo em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), “Havendo segunda penhora, há possibilidade de novos embargos quanto a aspectos formais da mesma”.

No caso concreto, os embargos do devedor não foram opostos com o fito de aventar questões formais, surgidas somente com a ampliação da penhora.

Por este motivo, mostra-se correta a rejeição dos embargos, sem ofensa aos apontados arts. 685, II, 669, 738, 741, 739, I e II, do CPC.

Ressalte-se que os embargos do devedor, no caso, além de inadmissíveis, somente gerariam maior delonga na execução, já tão desacreditada pelos jurisdicionados, como instrumento jurídico.

Há motivos, ademais, para se acreditar que a recorrente age com intuito protelatório e de má-fé, conforme mencionou o acórdão recorrido, apoiado nos fundamentos da sentença:

“Em abril (há quase quatorze anos atrás) os ora embargados ajuizaram uma ação de evicção, a qual foi acolhida em 1ª grau, com a confirmação pelas instâncias superiores. De lá para cá vêm eles tentando receber os valores que, efetivamente, são devidos pela embargante. Têm esbarrado, contudo, em medidas protelatórias, as mais diversas. Os credores reclamam a imposição de multa pela litigância de má-fé, mas vinha resistindo diante do que poderia caracterizar uma simples discussão de teses jurídicas, sem extrapolação dos limites do tolerável. Agora, de uma vez por todas, fica demonstrado o comportamento malicioso do devedor. Perceba-se: as matérias alegadas em embargos poderiam ser perfeitamente submetidas no processo de execução, por simples petição. Mas, não. Optou-se pela interposição de embargos, pois somente assim poderia suspender a execução, fim último de todo e qualquer incidente provocado pelo devedor” (fl. 298).

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Sr. Presidente, trata-se de questão que envolve a possibilidade de oposição de embargos à execução diante da realização de nova penhora, ampliando a primeira.

Anotando obstáculos ao andamento do processo, a sentença aplicou o artigo 739 do Código de Processo Civil e indeferiu a inicial dos embargos, impondo, ainda, pena por litigância de má-fé, cujo percentual foi reduzido pelo tribunal.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina concluiu inexistir nulidade na sentença, não havendo prejuízo decorrente da deficiência na sua fundamentação, bem como serem inadmissíveis novos embargos quando há, tão-somente, reforço de penhora.

O recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta contrariedade aos artigos 267, VI, 599, II, 600, 601, 685, II, 669, 738, 739, I e II e 741 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

O ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, apoiando-se na jurisprudência desta egrégia Corte, que entende cabíveis embargos diante da realização de nova penhora, conquanto limitados aos seus aspectos formais, deu provimento ao recurso especial “para cassar a sentença e o acórdão recorrido e determinar o julgamento dos embargos, afastado o óbice de sua impossibilidade diante da ampliação da penhora”.

A ilustre Ministra Nancy Andrichi, pedindo vênias ao eminente Relator, entendeu que o cabimento de novos embargos do devedor, quando há ampliação da penhora, depende de uma questão formal *superveniente*, que não vislumbrou no caso concreto. Assim, não conheceu do recurso especial.

Em dúvida quanto ao tema, pedi vista dos autos.

A inicial dos embargos versa sobre:

- a) ausência de fundamentação da decisão que determinou a penhora;
- b) incidência da constrição sobre bens de terceiros;
- c) nulidade do mandado de penhora, por indicar errôneo valor da dívida;
- d) duplicidade da penhora sobre os mesmos bens;
- e) nulidade do depósito;
- f) impenhorabilidade do capital social e
- g) excesso de penhora.

Examinando os precedentes desta egrégia Corte, realmente encontrei vários admitindo serem admissíveis novos embargos à execução, restritos aos aspectos formais, se segunda penhora é realizada. Entre outros: REsp n. 257.881/RJ — Ter-

ceira Turma — Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito — j. 19.04.2001 — DJ de 18.06.2001; REsp n. 114.513/RS — Quarta Turma — Rel. Min. César Asfor Rocha — j. 29.06.2000 — DJ de 18.09.2000; REsp n. 172.032/RS — Quarta Turma — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — j. 06.05.1999 — DJ de 21.06.1999; REsp n. 5.210/SP — Quarta Turma — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — j. 05.03.1991 — DJ de 08.04.1991 — LEXSTJ 30/130 — RSTJ 27/322 — RT 676/191).

Todavia, afeiçou-me à tese esposada pela ilustre Ministra Nancy Andrighi. Não se pode perder de vista serem os embargos do devedor uma ação. Logo, proposta a ação, toda a matéria concernente à execução, inclusive no que tange à penhora, deve ser atacada. É imposição do princípio da eventualidade.

Para que o devedor possa opor embargos, é imprescindível a penhora de bens, tantos quantos bastem para garantia do crédito. Ora, se oferecidos os embargos, concluir-se pela insuficiência ou impropriedade dos bens penhorados e, em consequência, houver reforço ou nova penhora, caso não concorde o devedor, poderá ele, dependendo da situação **in concreto**, oferecer impugnação; e/ou, eventualmente, inconformado com a solução dada, poderá agravar; não, propor outra ação de embargos. Aliás, é de **Araken de Assis** a lição, haurida em autores do quilate de **José Frederico Marques, Celso Neves e Humberto Theodoro Júnior**, entre outros, já se haver a doutrina harmonizado quanto à diferença entre excesso de penhora e excesso de execução, pacificando-se que excesso de penhora não é alegável em sede de embargos. (“Manual do Processo de Execução”. Revista dos Tribunais, 5ª ed., p. 540).

Ao teor dessas considerações, com a máxima vênia, acompanho a divergência.
É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar o entendimento da Sra. Ministra Nancy Andrighi e do Sr. Ministro Castro Filho. Conforme se sabe, sigo essa linha de evitar qualquer burocratização do processo e no caso são matérias que podem ser solucionadas sem ser através de embargos, mediante simples petição. Então, admitir embargos em uma hipótese desta significa ensejar mais um processo paralelo a um processo de execução já tão moroso como é da sistemática do nosso Direito vigente.

Sabendo do grande zelo que tem o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em seguir a jurisprudência, peço vênia para adotar essa orientação.

Não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 242.168 — RJ (1999/0114577-5)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Condomínio do Edifício Lagoa Bella
Advogados: Gabriela Menezes Gulla e outro
Recorrido: Mário Sérgio Oliveira de Castro
Advogado: José Alberto Marinho Soares

EMENTA

Civil. Condomínio. Usufrutuário.

I - É o usufrutuário o responsável pelo pagamento das cotas de condomínio. Precedente.

II - Recurso especial conhecido e 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 provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial interposto pelo Condomínio do Edifício Lagoa Bella pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

“Ação de cobrança de cotas condominiais ajuizada contra o usufrutuário do imóvel.

Extinção do processo sem julgamento do mérito.

Tratando-se de obrigação **propter rem**, o pagamento das cotas condominiais em atraso deve ser reclamado do detentor do domínio, nu-proprietário, e não do usufrutuário.

O recurso adesivo é reservado ao vencido, autor ou réu, que poderá aderir ao recurso interposto pela outra parte. Sendo o recorrente a parte vencedora, não se conhece do recurso interposto.

Sentença confirmada.

Recurso adesivo não conhecido” (fl. 80).

Alegou o recorrente violação do disposto nos arts. 713 e 733 do Código Civil, bem como do art. 20, do CPC, além de divergência jurisprudencial.

Entende que o fato de a obrigação do pagamento de cotas condominiais ser **propter rem** não afasta a obrigação do usufrutuário.

Insurge-se contra a condenação na verba honorária porque a revelia do réu foi decretada, não tendo ele ou o seu patrono comparecido à audiência de conciliação. Entende, por isso, que “os efeitos da revelia que foi imposta ao apelado pelo seu não-comparecimento em juízo, devem prevalecer, não recaindo sobre o recorrente o dever de arcar com o pagamento de honorários advocatícios que, efetivamente, não são devidos, uma vez que sequer constava dos autos qualquer instrumento de mandado no momento de sua condenação” (fl. 102).

Sustenta que, se não havia advogado até a condenação, não pode haver o dever de pagar os honorários, até porque estes “são despesas devidas única e exclusivamente a advogados” (fl. 103).

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Duas são as razões de inconformismo do recorrente. A primeira refere-se à possibilidade de o usufrutuário ser o responsável pelas cotas de condomínio, e a segunda, em relação aos honorários advocatícios.

O Condomínio, ora recorrente, ajuizou ação contra o recorrido cobrando as taxas condominiais que, segundo alega, não foram pagos no período em que o imóvel ficou locado.

A sentença decretou a revelia do réu e, por não ser este mais proprietário do

imóvel, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, condenando o autor no pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa (fl. 20).

Apelou o vencido, insurgindo-se contra o mérito da sentença e quanto à condenação na verba honorária.

A sentença foi confirmada pelo acórdão recorrido, não tendo o Tribunal **quo** conhecido do recurso adesivo.

Daí a razão do presente recurso especial.

Conforme se verifica dos autos, o réu, ora recorrido, transferiu aos seus filhos Mário Henrique Vasconcelos de Castro e Daniela Vasconcelos de Castro, menores à época, a propriedade de imóvel cujas cotas condominiais ora se discute, ficando como usufrutuário vitalício (fl. 14).

A questão da responsabilidade do usufrutuário é discutida por vários doutrinadores, que entendem que a ele cabe o pagamento pelos encargos devidos.

O Professor **Caio Mário da Silva Pereira** afirma:

“Ao usufrutuário cabe *pagar os encargos* que pesam sobre a coisa usufruída, tais como impostos, taxas, foros, pensões, *despesas de condomínio*, prêmios de seguro” (grifos nossos)

(In “Instituições de Direito Civil”, vol. IV, 15ª ed., p. 189).

Também **Maria Helena Diniz**, em seu “Curso de Direito Civil Brasileiro”, cita como obrigação do usufrutuário:

“Pagar certas contribuições (CC, arts. 1.403, II, 1.407 e 1.408), ou melhor, prestações (foros, pensões, seguros, *despesas de condomínio*) e tributos (taxas, impostos) devidos pela posse ou rendimentos da coisa usufruída...” (grifei)

(Obra citada, 4ª vol., “Direito das Coisas”, 17ª ed., pp. 380/381).

Esse é precisamente o entendimento dominante neste Tribunal, como se colhe da seguinte ementa:

“Condomínio. Usufrutuário. Prescrição. Correção monetária. Precedentes da Corte.

1. O usufrutuário responde pelo pagamento das cotas de condomínio.

(...)

(REsp n. 202.618/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 27.03.2000).

No voto condutor desse acórdão assim afirmou o ilustre Relator:

“O primeiro ataque é sobre a ilegitimidade dos usufrutuários, réus, na qualidade de responsáveis pelas cotas condominiais. A meu sentir, está bem decidida a questão da responsabilidade do usufrutuário. Já o mestre **Caio Mário** ensina que ‘ao usufrutuário cabe pagar os encargos que pesam sobre a coisa usufruída, tais como impostos, taxas, foros, pensões, despesas de condomínio, prêmios de seguro’ (‘Instituições de Direito Civil’, Forense, 12^a ed., 1997, p. 206). Também **Washington de Barros Monteiro** assevera que ao usufrutuário cumpre ‘efetuar as despesas ordinárias e comuns, a fim de que ela se mantenha em perfeito estado de conservação, fazendo consertos, pequenas reparações, em suma todos os dispêndios, para evitar-lhe a deterioração ou remediar-lhe o desgaste’ (‘Curso de Direito Civil, Direito das Coisas’, 33^a ed., 1997, p. 297). **Nascimento Franco**, em monografia sobre o tema, mostra que ‘o vocábulo ‘condômino’ abrange também o usufrutuário, o nu-proprietário, o fiduciário, o compromissário comprador, o promitente cessionário de direito à compra, ou qualquer outro titular de direito à aquisição das unidades autônomas do edifício, conforme se infere do § 4^o do art. 12 da Lei n. 4.591’ (Condomínio, RT, 1997, p. 215)”.

Assim, o fato de ser o recorrido usufrutuário não lhe retira a obrigação de pagar as taxas do condomínio, uma vez que detém o uso e gozo do referido imóvel.

A divergência jurisprudencial ficou devidamente comprovada, estabelecendo o acórdão atacado dissidência inclusive com aresto desta Corte acima transcrito.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar o acórdão recorrido e, em consequência, julgar procedente a ação e condenar o réu ao pagamento das taxas de condomínio, corrigidas monetariamente, com juros de 0,5% ao mês.

Responderá, ainda, o vencido, pelas custas processuais e pelos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação.

RECURSO ESPECIAL N. 264.554 — MG (2000/0062709-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrentes: Paulo Henrique Gonçalves Pena e cônjuge

Advogados: Geraldo Luiz de Moura Tavares e outros

Recorridos: Isidoro Ferreira Batista e cônjuge

Advogados: Sérgio Monteiro de Andrade e outros

Sustentação oral: Alexandre Figueiredo Andrade Urbano, pelos Recorrentes

EMENTA

Execução de sentença. Ação reivindicatória rotulada de imissão de posse.

Sentença determinando a entrega do bem em trinta dias. Art. 621 do Código de Processo Civil.

1. Dúvida não há sobre a natureza petítória da ação de imissão de posse, já não mais agasalhada na disciplina positiva brasileira. Todavia, se a sentença transitada em julgado determinou a entrega do bem em trinta dias, ao largo do art. 621 do Código de Processo Civil, sem que tenha havido êxito a impugnação tempestiva, não é mais possível a sua aplicação.

2. Fica prejudicada a cautelar, em apenso, com o julgamento do especial.

3. 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, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por maioria, vencido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Paulo Henrique Gonçalves Pena e cônjuge interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, proferido em agravo de instrumento, assim ementado:

“Execução de sentença — Impossibilidade de análise de provimento jurisdicional adotado — Trânsito em julgado da decisão executada — Recurso improvido.

Não cabe em sede de agravo de instrumento retomar a discussão da natureza do provimento jurisdicional proposto, até mesmo por se tratar de decisão já confirmada por este Tribunal, que negou provimento ao recurso de apelação.” (Fl.171)

Sustentam os recorrentes contrariedade ao art. 621 do Código de Processo Civil, pois a presente ação tem natureza petitoria, devendo o prazo de 30 dias fixado para a entrega do imóvel começar a fluir após o trânsito em julgado da decisão que vier a dirimir os embargos à execução.

Apontam dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal.

Contra-arrazoado (fls. 217 a 219), o recurso especial foi admitido (fls. 221/222).

Foi deferida a liminar pleiteada na Medida Cautelar n. 2.268, em apenso, (fls. 259 a 261), a fim de se conferir efeito suspensivo ao recurso especial e obstar a execução de despacho do Juiz de 1º grau que, nos autos de imissão de posse, determinou a “intimação dos executados, para no prazo de 30 dias, entregar o imóvel, objeto da presente ação, sob pena de desocupação compulsória (fl. 191). Referida liminar foi referendada pela Terceira Turma (fls. 267 a 272).

Citados, os recorridos apresentaram petição, nos seguintes termos:

“Isidoro Ferreira Batista e Cléia Dalva Resende Batista, já qualificados, nos autos em epígrafe, referentes à medida cautelar requerida por Paulo Henrique Gonçalves Pena e Odete Fonseca Pena. Também já identificados, por intermédio de seu advogado, respeitosamente, comparecem à presença de V. Exa. “para dizer que, embora discordando doutrinariamente, aceitam que a execução do julgado se faça pelo rito do art. 621 do CPC, motivo pelo qual, visando à celeridade processual, não irão oferecer contestação no presente feito, rogando seja julgada sua extinção. Nos termos do art. 269, II do CPC.” (Fls. 281/282)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Os recorrentes agravaram de instrumento contra decisão que em execução de sentença determinou a intimação dos agravantes para entregar o imóvel, objeto da execução, em trinta dias. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais negou provimento ao recurso porque a decisão agravada está de acordo com o julgado exequendo, transitado em julgado, que determinou a entrega do imóvel no prazo de trinta dias, sendo, portanto, incabível a aplicação do art. 621 do Código de Processo Civil.

O especial argumenta que houve violação ao art. 621 do Código de Processo Civil porque a ação é petitoria, não prevalecendo a nomenclatura utilizada de imissão de posse, tratando-se, no caso, de ação reivindicatória. Sem dúvida, a ação de imissão de posse, que já não tem guarida específica na disciplina positiva brasileira, é petitoria, não possessória REsp n. 107.966/SP, da minha relatoria, DJ de 04.10.1999; REsp n. 32.143/PA, Relator o Senhor Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ de 16.09.1996).

O que se tem neste caso é que o acórdão original considerou a ação como reivindicatória. Todavia, o acórdão recorrido destacou o fato de ter sido feita a condenação, na parte dispositiva da sentença, para a entrega do imóvel no prazo de trinta dias, dando tratamento diverso daquele que seria cabível em se tratando de ação petitoria. Mas, o certo é que essa decisão não foi alterada, sendo incabível fazê-lo agora. Como já decidiu a Corte, se a execução para entrega da coisa certa deságua em execução nos termos do art. 627, § 2º, do Código de Processo Civil, diante de provimento judicial transitado em julgado, não há como fazer a conversão (REsp n. 79.659/GO, Relator o Senhor Ministro *Costa Leite*, DJ de 04.08.1997). Assim, sendo determinada a execução pela entrega do bem em trinta dias, não há falar mais em procedimento relativo ao art. 621 do Código de Processo Civil.

O dissídio não prospera diante da fundamentação do acórdão recorrido desqualificando a impugnação pelo fato de não ser possível alterar o que transitou em julgado.

A cautelar que se encontra em apenso, com liminar deferida, fica prejudicada com o julgamento do recurso especial, revogada a liminar deferida.

Em conclusão: eu não conheço do especial e julgo prejudicada a cautelar.

EMENTA

Processual Civil. Execução de sentença. Ação reivindicatória rotulada de imissão de posse. Sentença determinando a entrega do bem em trinta dias. CPC, art. 621. Aplicação.

I - A ação de imissão de posse, que já não tem guarida específica no direito positivo brasileiro, é petítória e não possessória. Precedentes.

II - A execução de sentença que julga procedente ação reivindicatória não se inicia com a expedição de mandado de imissão, mas sim com a citação do réu para dentro do prazo de 10 dias demitir-se da posse ou segurar o juízo com o depósito da coisa.

III - Recurso especial conhecido e provido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial, fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, em que se alega ofensa ao art. 621 do CPC e dissídio jurisprudencial.

O voto do ilustre Relator do acórdão recorrido assim resumiu a controvérsia (fls. 173-174):

“Conhece-se do recurso ante a presença dos requisitos indispensáveis à sua admissibilidade.

Trata-se de agravo interposto contra a decisão que, nos autos da execução de sentença determinou a intimação dos agravantes/executados para, no prazo de 30 (trinta) dias, entregar o imóvel, objeto da execução.

Argumentam, os agravantes, em síntese, que a decisão teria sido equivocada, vez que competia ao Juízo **a quo** manter a decisão anteriormente exarada (f. 132, TA), que determinava a citação dos agravantes/executados conforme o disposto no artigo 621 do CPC.

Entretanto, a decisão que originou este recurso é clara em seus termos:

‘Compulsando o processo, verifico que, por um lapso deste juízo, foi determinada a citação na forma do artigo 621 do CPC, o que é incabível ao caso.

Assim, determino a intimação dos executados, para, no prazo máximo de 30 dias, entregar o imóvel, objeto da presente execução, sob pena de desocupação compulsória.’

Não cabe neste momento processual retornar a discussão da natureza do provimento jurisdicional proposto, até mesmo por se tratar de decisão confirmada por este mesmo Tribunal (fls. 68/73, TA) que negou provimento ao recurso de apelação. Foi, também, inadmitido o recurso especial dos agravantes, por não se vislumbrar possibilidade de tal recurso em sede de divergência de interpretação de câmaras de um mesmo tribunal. (Fls. 126/130, TA).

E, ainda, negou-se provimento ao agravo de instrumento interposto junto ao Superior Tribunal de Justiça, contra o despacho que não admitiu o mencionado recurso especial (fl. 167, TA).

Tendo havido o trânsito em julgado da decisão monocrática proferida em 19.12.1997 (fl. 155, TA), com a publicação da decisão que inadmitiu o recurso especial (fl. 131, TA), não há que se analisar questões que envolvam o mérito da lide, devendo a solução do presente agravo se ater à execução da sentença.

Reconhecido o equívoco cometido pelo MM. Juiz de Direito singular, ao determinar a citação incabível ao caso, e retratada em nova decisão proferida em 23.7.1997, intimando os executados para, em 30 (trinta) dias, entregar o imóvel, objeto da presente execução; outro não deve ser o comando deste Tribunal.

Com tais razões, *nega-se o provimento ao agravo* para manter a decisão agravada, em seus termos.”

Na assentada anterior pedi vista dos autos, após o voto do ilustre Relator não conhecendo do recurso especial e julgando prejudicada a Medida Cautelar n. 2.268/MG, no que fui acompanhado pela Sra. Ministra Nancy Andrighi.

O voto do ilustre Relator está assim fundamentado:

“Os recorrentes agravaram de instrumento contra decisão que em execução de sentença determinou a intimação dos agravantes para entregar o imóvel, objeto da execução, em trinta dias. O Tribunal da Alçada de Minas Gerais negou provimento ao recurso porque a decisão agravada está de acordo com o julgado exequendo, transitado em julgado, que determinou a entrega do imóvel no prazo de trinta dias, sendo, portanto, incabível a aplicação do art. 621 do Código de Processo Civil.

O especial argumenta que houve violação ao art. 621 do Código de Processo Civil porque a ação é petítória, não prevalecendo a nomenclatura utilizada de imissão de posse, tratando-se, no caso, de ação reivindicatória. Sem dúvida, a ação de imissão de posse, que já não tem guarida específica na disciplina positiva brasileira, é petítória, não possessória (REsp n.107.966/SP da minha relatoria, DJ de 04.10.1999; REsp n. 32.143/PA, Relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 16.09.1996).

O que se tem neste caso é que o acórdão original considerou a ação como reivindicatória. Todavia, o acórdão recorrido destacou o fato de ter sido feita a condenação, na parte dispositiva da sentença, para a entrega do imóvel no prazo de trinta dias, dando tratamento diverso daquele que seria cabível em se tratando de ação petítória. Mas, o certo é que essa decisão não foi alterada, sendo incabível fazê-lo agora. Como já decidi a Corte se a execução por coisa certa deságua em execução nos termos do art. 627, § 2º, do Código

de Processo Civil, diante de provimento judicial transitado em julgado, não há como fazer a conversão (REsp n. 79.659/GO, Relator o Ministro Costa Leite, DJ de 04.08.1997). Assim, sendo determinada a execução pela entrega do bem em trinta dias, não há falar mais em procedimento relativo ao art. 621 do Código de Processo Civil.

O dissídio não prospera diante da fundamentação do acórdão recorrido desqualificando e impugnado pelo fato de não ser possível alterar o que transitou em julgado.

A cautelar que se encontra em apenso, com liminar deferida, fica prejudicada com o julgamento do recurso especial, revogada a liminar deferida.

Em conclusão: eu não conheço do especial e julgo prejudicada a cautelar.”

Consoante se depreende, trata-se de execução de ação petitoria, cujo julgado exequendo determinou a entrega do imóvel no prazo de trinta dias.

Entendem os votos, até aqui proferidos, que, para a execução do julgado, basta a intimação dos executados para, no prazo de 30 dias, entregar o imóvel sob pena de execução compulsória, não havendo lugar para o procedimento previsto no art. 621 do Código de Processo Civil.

Peço vênia para discordar. A meu ver, têm razão os recorrentes, quando sustentam com o apoio em precedente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que “a execução de sentença que julga procedente a ação reivindicatória não se inicia com a expedição de mandado de imissão mas sim com a citação do réu para dentro do prazo de 10 dias demitir-se da posse ou segurar o juízo com o depósito da coisa”.

Nesse sentido, **Theotônio Negrão** da sua conhecida obra “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor” cita precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com essa linha de entendimento (32ª edição, p. 701, nota 3d ao art. 621):

“A ação de imissão de posse é condenatória e não executória, com o que a sua execução se submete ao processo de execução para entrega da coisa certa, como ocorre com a reivindicatória” (RTJERGS 140/201).

Também há precedentes. Com esse entendimento, oriundo do citado Tribunal gaúcho, da relatoria do insigne processualista **Galeno Lacerda** com essa orientação (Apelação Civil n. 588.026.260, RTJERGS 136/185):

“Ação reivindicatória”.

É imprescritível, mas o possuidor do bem pode invocar usucapião como matéria de defesa. Como ele não se configura na espécie, impõe-se o acolhimento do pedido formulado na inicial. *A execução da sentença faz-se pela forma dos arts. 621 e segs. do CPC*, e não através de mandado de imissão de posse. Apelo provido em parte, para esse efeito” (grifei).

Penso que o precedente da relatoria do Ministro Costa Leite, colacionado pelo ilustre Relator consubstanciado no REsp n. 79.659/GO, refere-se à matéria diversa daquela em exame nos presentes autos, porquanto concerne a execução para entrega de coisa certa, em que foram opostos embargos à execução, que acabou por desaguar em procedimento liquidatório. Na espécie, não foram oferecidos embargos à execução, mesmo porque, até o momento, foi afastado o procedimento previsto no art. 621 do CPC.

Posto isso, em conclusão, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que seja observado o procedimento previsto nos arts. 621 e seguintes do CPC, aplicáveis à execução de sentença proferida nas ações petitorias, como no caso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos de execução de sentença, proposta por Isidoro Ferreira Batista contra o casal de Paulo Henrique Gonçalves Pena, o MM. Juiz de Direito ordenou a citação “na forma do art. 621 do CPC” (fl. 132), mas, depois, reconsiderou a decisão, nestes termos:

“Compulsando o processo, verifico que, por um lapso deste Juízo, foi determinada a citação na forma do art. 621 do CPC, o que é incabível ao caso.

Assim, determino a intimação dos executados, para, no prazo de 30 dias, entregar o imóvel, objeto da presente execução, sob pena de desocupação compulsória” (fl.144).

Seguiu-se agravo de instrumento, interposto pelo casal de Paulo Henrique Gonçalves Pena (fls.02/14), a que a egrégia Sétima Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Relator o Juiz Geraldo Augusto, negou provimento, em acórdão assim ementado:

“Execução de sentença. Impossibilidade de análise de provimento jurisdicional adotado. Trânsito em julgado da decisão executada. Recurso improvido. Não cabe em sede de agravo de instrumento retomar a discussão da natureza do provimento jurisdicional proposto, até mesmo por se tratar de decisão já confirmada por este Tribunal, que negou provimento ao recurso de apelação” (fl. 171).

O casal de Paulo Henrique Gonçalves Pena interpôs recurso especial, de que o Relator, Ministro Menezes Direito, não conheceu.

“... determinada a execução pela entrega do bem em trinta dias, não há falar mais em procedimento relativo ao art. 621 do Código de Processo Civil”.

A Ministra Nancy Andrichi seguiu esse entendimento, de que também comungo, não obstante o bem lançado voto do Ministro Pádua Ribeiro.

Não há a menor dúvida de que a execução da ação reivindicatória está sujeita ao procedimento do artigo 621 do Código de Processo Civil — circunstância afir-

mada pelo Ministro Menezes Direito, que valorizou, todavia, o fato enfatizado pelo Tribunal **a quo**, de que, no caso, há sentença, com trânsito em julgado, determinando a entrega do imóvel “no prazo de 30 (trinta dias)” (fl. 38).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 302.028 — MG (2001/0010000-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: SPA Engenharia Indústria e Comércio S/A

Advogados: Caio Soares Junqueira e outros

Recorrida: Caire Metalúrgica Ltda

Advogados: Sidnei de Souza Bastos e outros

EMENTA

Comercial. Recurso especial. Nulidade de duplicata. Cobrança de saldo da dívida original. Substituição da duplicata anterior. Inexistência de prejuízo.

— *É válida a duplicata emitida com base em relação de compra e venda mercantil, para a cobrança da diferença entre o valor da duplicata anteriormente emitida, que ficou, assim, substituída, e o pagamento parcial efetuado pelo devedor.*

— *Deve-se dar efetividade aos princípios da economia e celeridade processuais, principalmente, porque não se vislumbra prejuízo para qualquer das partes.*

— *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. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andriighi, Relatora

Publicado no DJ 07.04.2003

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por SPA Engenharia Indústria e Comércio S/A, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

A recorrente ajuizou ação cautelar de sustação de protesto seguida de ação declaratória de nulidade de título de crédito, em face de Cairé Metalúrgica Ltda, ora recorrida. Alegava que pactuara uma compra e venda mercantil com a ré, que deu origem à Fatura n. 2.549, no valor total de R\$ 41.000,00, que foi desdobrada em duas duplicatas, nos valores de R\$ 7.606,98 e R\$ 33.393,02, de ns. 2.549A e 2.549B. Narrava que fora surpreendida com o protesto da duplicata 2.549C, no valor de R\$ 18.393,02, que não está relacionada à compra e venda, então realizada. Requereu a declaração de nulidade do título e a sustação definitiva do protesto.

A ré-recorrida contestou alegando que ficou acertado, entre as partes, o pagamento das mercadorias adquiridas, em duas prestações, a primeira, de R\$ 7.606,98, foi paga no ato da compra, e a segunda vencia-se em 02.09.1998. Todavia, no dia do vencimento, a prestação, representada por duplicata, não foi paga e, após negociações, a autora-recorrente efetuou somente um pagamento parcial de R\$ 15.000,00, embora a recorrida insistisse em receber o restante. Dessa forma, a ré emitiu nova duplicata (2.549C), no valor de R\$ 18.393,02 (relativo ao saldo ainda devido), após ter comunicado isso à autora.

Julgado improcedente o pedido, apelou a ora recorrente ao Tribunal **a quo**. O recurso não foi provido, aplicando-se, ainda, multa por litigância de má-fé, porque a recorrente estaria se esquivando de cumprir sua obrigação. Colhe-se do acórdão recorrido a seguinte fundamentação:

“(…)

Também é verdade, por admissão da própria apelante, que entre as partes houve compra e venda mercantil, com expedição de duas duplicatas, uma delas com o valor de R\$ 33.393,02, da qual houve pagamento parcial, de R\$ 15.000,00, restando, portando um débito de R\$ 18.393,02. Reafirme-se: não há nenhuma impugnação da apelante a tais fatos.

A lei não fez previsão de expedição de nova duplicata por saldo decorrente de pagamento parcial, mas também não há proibição para tal. Por consequência lógica, se há emissão de duplicata e pagamento parcial, o título

pode ser apresentado e protestado pelo restante, o que importa em se aceitar a circunstância de que nenhum dano será causado ao devedor, se o credor, sem duplicidade, emitir novo título pelo saldo e usar das faculdades que a lei específica lhe confere.

A formalidade em matéria jurídica só tem sentido quando a forma serve de garantia do direito, nunca sendo fim em si mesma. Neste caso, se duplicata pode ser emitida, representando dívida de compra e venda mercantil; se, realmente, houve a compra e venda; se, em razão do pagamento parcial, a duplicata foi substituída por outra, pelo saldo, nenhum prejuízo há de ocorrer, pois a dívida existe, o protesto é justo e em nada será agravada a situação da apelante, mesmo porque nenhum dos títulos tivera aceitação formal.

(...)

Com a vênia máxima devida, apesar da bem elaborada petição e defesa da apelante, não se pode negar, em absoluto, tenha ela usado a Justiça com evidente propósito escuso, na tentativa de, pelo menos, mascarar obrigação que não negava. Neste caso, reconhecendo que a pretensão foi deduzida contra fato incontroverso; que houve alteração da verdade dos fatos, quando na inicial, não se informou expressamente sobre a realidade do saldo reclamado na duplicata; que, pretendendo simplesmente confundir a duplicata com o que devia, objetivou anistia do próprio débito, a apelante é considerada litigante de má-fé” (fls. 61/62).

Daí o presente recurso, no qual se aponta malferido o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 5.474/1968, porque entendeu-se válida a duplicata emitida sem correspondência com a operação descrita na fatura.

Em contra-razões alega-se correta a conclusão do aresto recorrido.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia diz respeito a saber se é válida a duplicata emitida, **in casu**, representativa do saldo remanescente, pelo adimplemento apenas parcial da dívida contida em outra duplicata.

Partindo-se do quadro fático estabelecido no acórdão recorrido, nota-se que são incontroversos: a) a existência de uma operação de compra e venda mercantil entre as partes; b) a respectiva entrega das mercadorias; c) o não-pagamento de parte da dívida, no valor de R\$ 18.393,02.

Assim, a despeito de originariamente terem sido emitidas somente duas duplicatas, ns. 2.549A e 2.549B (nos valores de 7.606,98 e R\$ 33.393,02), nota-se que a emissão da duplicata n. 2.549C não contém vício de invalidade, pois somente subs-

tituiu o título de n. 2.549B e ainda está relacionada à mesma operação de compra e venda e à mesma fatura (n. 2.549), além de representar quantia da qual a ora recorrente admite ser devedora.

Ademais, não se vislumbra aqui, qualquer prejuízo para a devedora-recorrente. De fato, a credora poderia apontar para protesto e, posteriormente, promover execução com base, ainda, na duplicata n. 2.549B, cobrando a parte não paga (nesse sentido, entre outros, REsp n. 83.930/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.).

Verifica-se, portanto, que a declaração de nulidade da duplicata n. 2549C apenas afrontaria os princípios da economia e celeridade processuais, sem que trazer, em contrapartida, benefício lícito à devedora.

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

É o voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhora Ministra *Nancy Andrighi*, foi feita uma operação de compra e venda e emitidas duas duplicatas correspondentes a parcelas em que a venda se desdobrou. A parte quitou a primeira duplicata e uma parte da segunda; ficou devendo a outra parte, e a empresa disse que estava zerando essa duplicata e emitindo uma outra duplicata relativa ao saldo desse preço.

Não há precedentes sobre esta matéria, porque, na realidade, estamos autorizando a empresa a emitir duplicata sem vinculação direta com a operação de compra e venda, com base no saldo do preço da duplicata. Acrescentaria, para evitar problema posterior, uma menção expressa de que a duplicata anterior está cancelada, porque senão ele vai querer ficar com o pagamento da duplicata nova que emitiu e cobrar o saldo da outra.

RECURSO ESPECIAL N. 334.394 — RS (2001/0090086-1)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Agropecuária Belvedere

Advogados: Athos Gusmão Carneiro e outros

Recorrida: Maria Helena da Silva Rodrigues

Advogados: Cláudio Augusto Jerke e outros

Sustentação oral: Voltaire Marensi, pelo recorrente e o Dr. José Ernesto Chaves, pelo recorrido.

EMENTA

Arrendamento rural. Notificação premonitória com indicação do preço em produto: validade. Art. 18 do Decreto n. 59.566/1966. Precedentes da Corte.

1. Precedentes das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado indicam que não tem validade a cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em produto ou seu equivalente, a teor do art. 18 do Decreto n. 59.566/1966.

2. A notificação premonitória que indica valor da proposta recebida de terceiro em desacordo com o art. 18 do Decreto n. 59.566/1966 não tem validade, gerando dificuldade ao arrendatário para oferecer contraproposta, tornado inviável a ação de despejo.

3. Recurso especial conhecido e 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, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

Publicado no DJ de 05-08-2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Maria Helena da Silva Rodrigues propôs ação de despejo cumulada com perdas e danos contra Agropecuária Belvedere Ltda. Julgada procedente a ação de despejo e parcialmente procedente a de perdas e danos, a ré interpôs apelação (fls. 663 a 680), tendo a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul proferido acórdão assim ementado:

“Arrendamento rural por prazo determinado. Proposta para renovação (Estatuto da Terra, art. 95, IV).

Se o valor do locativo deve ser necessariamente fixado em dinheiro, em face da regra impositiva do artigo 18 do Decreto n. 59.566/1966, não tem valia a notificação, feita ao arrendatário, da existência de proposta com melhor preço formulada sem a observância desse critério legal. Ineficaz a medida para efeito premonitório, considera-se prorrogado automaticamente o ajuste ao final do seu prazo.

Apelação provida por maioria.” (Fl. 729)

Opostos embargos infringentes (fls. 750 a 784), a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu acórdão com a seguinte ementa:

“Arrendamento rural. Renovação de contrato. Notificação eficaz. Proposta. Preço. Produto.

Mostra-se eficaz a notificação realizada pela arrendadora à arrendatária de que tem proposta para novo contrato, expressando o preço do arrendo em produto. Silêncio da locatária que, na ação de despejo, alega nulidade da proposta diante do artigo 18, do Decreto n. 59.566/1966. Rescisão do contrato e decreto de despejo, pois o preço do arrendamento fixado em produto há muito vem sendo utilizado como moeda pelos agricultores. Este fato social não pode ser desconhecido pelo Judiciário. Arrendatária que, por outro lado, não pode ser tida como hipossuficiente, por ser empresa de larga experiência na agricultura e formada por advogados e economistas habituados ao trato de questão desse jaez, presumindo pleno conhecimento do preço do produto no mercado, daí podendo avaliar corretamente a proposta e afastando a protetividade do Estatuto da Terra à parte mais fraca da relação jurídica.

Embargos infringentes acolhidos por maioria.” (Fl. 814)

Oposto embargos de declaração (fls. 830 a 836). Foram acolhidos, determinado-se o retorno dos autos à Câmara de origem para exame do mérito (fls. 840 a 843 e 941), em acórdão assim ementado:

“Embargos de declaração, omissão na parte dispositiva do acórdão. Tendo o grupo adotado a posição aduzida no voto vencido, ou seja, ultrapassando preliminar suscitada e admitindo o exame do mérito, mister faz-se o ordenar-se o retorno dos autos à Câmara, deixando de fazê-lo, a decisão é omissa. Embargos acolhidos, determinado o retorno dos autos ao órgão fracionário para que se proceda à análise da matéria nuclear.” (Fl. 840).

Contra o acórdão proferido na apelação, Maria Helena da Silva Rodrigues interpôs recurso especial (fls. 846 a 877).

Contra o acórdão proferido nos embargos infringentes, Agropecuária Belvedere interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional (fls. 880 a 901).

Suspensa a análise de admissão dos recursos especiais interpostos (fls. 941 e 958/959), o processo retornou à Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que proferiu acórdão, assim ementado:

“Arrendamento. Despejo. 1. Notificação. Proposta de terceiro. Direito de preferência do arrendatário. No caso em tela, a apelante foi notificada sobre a existência de proposta de terceiro e não efetuou contraproposta. Nos termos do art. 95, inciso IV, da Lei n. 4.504/1964. Tal omissão significa que optou por não fazer valer seu direito de preferência. 2. Indenização. Perdas e danos. Pedido já prejudicado, porque automaticamente afastado quando do julgamento de ação consignatória conexa, na qual fora deduzido em reconvenção. Provimento parcial do apelo, elidindo-se a condenação estipulada na sentença.” (Fl. 969)

Opostos embargos de declaração (fls. 989 a 999), foram rejeitados (fls. 1.001 a 1.007), em acórdão assim ementado:

“Embargos de declaração. Alegação de contradição e omissão no acórdão. Não se caracteriza como contradição a interpretação feita pela Câmara a respeito da extensão de julgado anterior de Grupo Cível, em embargos infringentes no mesmo feito, incorrente omissão apontada, pois a Câmara não poderia apreciar pontos já decididos anteriormente no grupo. Descabimento da via para fins de prequestionamento. Embargos desacolinados.” (Fl. 1.001)

Contra os últimos acórdãos proferidos na apelação cível e nos respectivos embargos de declaração, Agropecuária Belvedere Ltda interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional (fls. 1.012 a 1.026).

Em 07.12.2000, a Terceira Turma desta Corte referendou a liminar por mim concedida na MC n. 3.320/RS, conferindo efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela Agropecuária Belvedere Ltda, para o fim de impedir eventual despejo do imóvel rural por ele ocupado (fls. 1.061 a 1.065). Cautelar julgada procedente, por unanimidade, em 22.05.2001.

Dos três recursos especiais, apenas o de fls. 880 a 901 foi admitido (fls. 1.069 a 1.079), decisão contra a qual não foi interposto agravo de instrumento (fl. 1.084).

Neste especial, interposto por Agropecuária Belvedere Ltda, sustenta a recorrente ofensa ao artigo 18 do Decreto n. 59.566/1966, pois o preço do arrendamento deve ser fixado em dinheiro, não em quantidade de produtos agrícolas.

Para caracterizar a divergência jurisprudencial, colaciona julgados, também, do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

Houve contra-razões (fls. 931 a 937).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrida ajuizou ação de despejo alegando que arrendou à empresa ré uma área de terra para a lavoura de soja, com 500ha; o contrato findou em 03.02.1993, conforme previsto na cláusula quarta; não houve manifestação tempestiva da arrendatária para continuar o arrendamento, depois de notificada, nos seis meses anteriores ao termo final (art. 22 do Decreto n. 59.566/1966); a arrendatária, após notificada para concorrer com terceiro proponente, permaneceu em silêncio. Ingressou a arrendatária com ação de anulação da notificação mais de 120 dias após a notificação. A sentença julgou procedente o pedido de despejo e, em parte, o de indenização, condenando a ré “a pagar à autora a diferença entre o preço pago pelo arrendamento, a partir de 04 de fevereiro de 1993 e o preço que seria pago pelo novo arrendatário, conforme consta no contrato à fl. 83, sendo que os valores ali específicas deverão ser corrigidos monetariamente, assim como o preço já pago, para encontrar-se o saldo devido”. O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, por maioria, proveu a apelação considerando que o valor locativo deve ser necessariamente fixado em dinheiro, nos termos do art. 18 do Decreto n. 59.566/1966, com o que a notificação não tem valia se feita de outra forma a proposta. Os embargos infringentes foram, entretanto, acolhidos, reconhecendo o Tribunal ser eficaz a proposta feita com a expressão do preço em produto. Em embargos de declaração, o Tribunal entendeu que deveriam os autos retornar à Câmara de origem porque o acolhimento do voto vencido significou superar a preliminar, admitindo o exame do mérito. Do julgamento da apelação a autora interpôs especial: do julgamento dos embargos infringentes a ré interpôs especial. No novo julgamento, a Câmara proveu, em parte, a apelação da ré, por unanimidade, vencida a questão da validade da notificação por ausência de vício na estipulação do preço e na proposta efetuada por terceiro. Para este acórdão, de fato, a empresa ré não se manifestou para exercer o seu direito à preferência; quanto ao pedido de perdas e danos, porém, não viu razão de ser; afirmou que houve ação consignatória da empresa ré, em que a autora deduziu idêntico pedido, em reconvenção, sendo o mesmo rejeitado, não tendo importância o fato de haver sido a reconvenção julgada prejudicada; afirmou, também, que o valor pretendido a título de diferença nada mais é do que o valor pretendido pela arrendante e, tramitando a ação de despejo, não poderia a ré arrendatária deixar de contraprestar, sendo o valor aquele do contrato e não o fixado unilateralmente pela arrendante. Os embargos de declaração apresentados pela ré foram rejeitados.

Deste julgado a ré interpôs especial. Em medida cautelar ajuizada pela ré, foi deferida liminar para conferir efeito suspensivo aos especiais e, depois, julgada procedente a ação, publicado o acórdão no DJ de 13.08.2001. O despacho de admissibilidade rechaçou o especial interposto pela autora apoiado na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, admitiu o especial da ré desafiando a validade da notificação nos termos do art. 18 do Decreto n. 59.566/1966 e, finalmente, não admitiu o especial contra o acórdão da Câmara que enfrentou o mérito da demanda afastando as alegadas violações aos artigos 535 do Código de Processo Civil, 95, da Lei n. 4.504/1964 e 22, **caput** e § 1º do Decreto n. 59.566/1966.

O que se vai julgar nesta assentada é o especial interposto pela empresa ré sobre a validade da notificação, considerando que o preço do arrendamento deve ser fixado em dinheiro e não em produtos agrícolas.

Tem razão, a meu sentir, a empresa recorrida. Em precedente desta Turma (REsp n. 120.157/RS, DJ de 05.04.1999), Relator o Senhor Ministro *Waldemar Zveiter*, ficou decidido ser “inválida a cláusula que fixa o preço o arrendamento rural em produto ou seu equivalente, e não em quantia fixa de dinheiro (art. 18 e seu parágrafo único do Dec. 59.566/1966)”. No voto condutor o Senhor Ministro *Waldemar Zveiter* pôs a questão como se segue:

“Com razão o recorrente.

A jurisprudência da Corte também comunga com o entendimento acolhido pelo voto minoritário.

Assim é que no precedente REsp n. 128.542/SP, da relatoria do eminente Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*. Sumulou-se orientação de que é *inválida* cláusula que fixa o preço de arrendamento rural em produtos ou seu equivalente e não em quantia fixa em dinheiro (*art. 18 e seu parágrafo único do Decreto n. 59.566/1966*).

O eminente Ministro-Relator desse paradigma também traz como arrimo de sua conclusão aresto do STF, o qual, no mesmo sentido, faz a exegese do citado *Decreto n. 59.566/1966*, como abaixo:

“Contrato de arrendamento rural. Infringe o art. 18, e seu parágrafo único, do Decreto n. 59.566/1966, a cláusula onde se estabelece a obrigação de pagar aluguel estabelecido por equivalência ao valor de sacos de açúcar.

Recurso de que se conhece pela letra **a** do permissivo constitucional e se lhe dá provimento, para julgar procedentes os embargos à execução” (REsp n. 107.508/MG. Primeira Turma. Rel., em. Min. Octavio Gallotti. DJ de 29.08.1986; no mesmo sentido REsp n. 114.412/MG).”

“As partes não podem ajustar o preço do arrendamento em quantidade de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro (art. 18, parágrafo único do regulamento). A regra completa a anterior, que dispõe: “o preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro. A hipótese regulamentar é a seguinte: o contrato de arrendamento não pode fixar o aluguel em tantas unidades ou quantidades de produtos produzidos ou seu equivalente em dinheiro. Não vale a cláusula que estipular que o aluguel é de 100 sacas de arroz, trigo etc., e nem que será equivalente ao valor de 100 sacas de arroz, trigo etc., mas vale aquela que estipular que o aluguel fixado em dinheiro, no contrato, pode ser pago em frutos ou produtos, convertido o valor do aluguel em quantidade dos produtos ou frutos, tomando-se por base o preço corrente no mercado local e, quando houver preço mínimo para o produto, nunca poderá ser inferior ao preço mínimo oficial, à época da liquidação, ou seja, do pagamento do cânon ou mercê” (**Oswaldo e Silvia Optiz**, em “Contratos Agrários no Estatuto da Terra”, ob. cit. Ed. Saraiva, São Paulo, 1974, pp. 40 e 50) (fl. 119).

Forte, pois, nesses lineamentos, conheço do recurso e lhe dou provimento para, cassando o voto majoritário da apelação, manter o voto vencido, pelos seus próprios fundamentos.”

No presente caso, o que se discute é a validade da notificação premonitória feita com a indicação de proposta mais vantajosa apresentado o preço em quantidade de produtos. O acórdão dos embargos infringentes asseverou ser eficaz tal notificação, na linha da sentença, porque “o preço do arrendamento fixado em produto há muito vem sendo utilizado como moeda pelos agricultores. Este fato social não pode ser desconhecido pelo Judiciário”, admitindo, também, que a arrendatária, com larga experiência no mercado, tem condições de avaliar o preço do produto, não sendo hipossuficiente, podendo afastar-se a regra de proteção do Estatuto da Terra, argumentando: “o recebimento de uma proposta em produto, nenhuma surpresa poderia causar à arrendatária. Se não pela própria situação de próspera e forte empresa do ramo da agricultura, ou ainda pela reconhecida bagagem jurídica carregada pelos seus sócios, também pela moeda de troca que se reconhece no produto, em se tratando do meio agrícola. Além disso, em ocasião anterior, estas mesmas partes haviam optado pela moeda ‘produto’, conforme adendo de fl. 61. Não vigorava, é certo, quando do vencimento do contrato, nem demonstra o conhecimento da arrendatária da utilização de praxe existentes na região, conforme contratos que foram juntados aos autos”.

Todavia, o raciocínio do acórdão da apelação parece-me representar com melhor precisão a disciplina positiva em vigor, não sendo possível afastar-se o art. 18 do Decreto n. 59.566 que não admite a fixação do preço em quantidade de produto. A notificação que contém o preço em forma diversa não pode ser tida

como eficaz, porque a oferta apresentada não está de acordo com a lei vigente e, por isso, impossibilita que seja avaliada corretamente, não merecendo prestígio a presunção acolhida pelo acórdão dos embargos infringentes. A fundamentação do voto majoritário da apelação, a meu sentir, põe corretamente a matéria, como se segue:

“(…)

Data venia, não se pode alinhar com uma tal maneira de enfrentar a questão.

A lei é bastante clara no declarar *nulo* o ajuste do preço do arrendamento em quantidade fixa de fruto ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro (art. 18, parágrafo único, do Dec. n. 59.566/1966).

Não há nenhuma razão superior como **v.g.**, a ordem pública ou interesse de incapazes, que autorize o juiz a decidir, no caso concreto, abertamente **contra legem**, desconsiderando e afrontando a lei, substituindo-se ao legislador.

Em tese, não deve o juiz interferir no contrato em homenagem ao princípio de **pacta sunt servanda**, todavia, em matéria de Direito Agrário a legislação possui natureza cogente e de ordem pública, limitando sensivelmente a autonomia da vontade que informa o princípio.

Demais disso, é seu dever pronunciar a nulidade de cláusula contratual quando a encontrar provada, não lhe sendo permitido supri-la, ainda que a requerimento das partes (art. 146, parágrafo único, do Cód. Civil) além do que o arrendatário não pode renunciar aos direitos e vantagens que lhe são conferidos pelo Estatuto da Terra, conforme o art. 13, inciso I, do pré-falado Regulamento.

A melhor jurisprudência continua perfilhando o entendimento segundo o qual trata-se de cláusula nula de pleno direito e na doutrina reponta a lição de **Oswaldo Optz**, como se vê em “Contratos Agrários no Estatuto da Terra”, 1ª ed., Borsoi, 1969. p. 273).

É certo, ademais, que a nulidade da cláusula não induz a invalidade do contrato como um todo, e este mesmo órgão fracionário já assentou que “sendo nula a cláusula que fixa o preço do arrendamento em frutos ou produtos, conclui-se pela sua inexistência, devendo ser estabelecida por arbitramento.” Julgados do TARS. 70/363).

No caso concreto, porém, não há possibilidade de determinar a fixação do preço do arrendamento através de arbitramento, porque se está diante de ação de despejo amparada em notificação contendo proposta de arrendamento feita por estranho. Proposta esta onde a nulidade da cláusula que contém o preço — ineficaz. Por força de lei — impede mesmo o aforamento da ação.

Em síntese, a demanda está fadada ao insucesso, por inexistência de notificação válida da arrendatária.

Esta Corte já decidiu, com inteiro acerto a meu sentir, que “... é nula a dispo-

sição contratual que estabelece como forma de pagamento do aluguel um percentual sobre os produtos colhidos — daí decorrendo a inexistência de preço certo para o arrendamento, *torna-se inviável o despejo dependente de prévio arbitramento.*” Julgados do TARS. 34/134 — grifo do signatário).

De observar que, na hipótese de validar-se uma tal espécie de estipulação, assim ineficaz, o arrendatário resta sobremodo prejudicado, para não dizer obstado, de efetuar sua contraproposta, pois a oferta do terceiro não possui a menor liquidez e se o arrendatário efetivasse uma contraproposta também calcada em produtos, estaria incidindo na mesma nulidade da proposta em exame.

Ainda mais uma vez não se pode alinhar com a fundamentação da r. sentença. Quando afirma que a apelante não poderia alegar “...*que não havia condições de fornecer preços,*” porque “...*bastaria fazer a conversão para a moeda.*” (Fl. 658.v).

Tal conversão traduziria, se realizada, liquidação do preço por ato unilateral da parte, pois não há nenhum parâmetro para se apurar o **quantum**. É desconhecida a cotação da soja que deveria ser utilizada. Poderia ser o preço raticado pela Cooperativa de Passo Fundo, como poderia ser o da Cooperativa de Santa Rosa ou mesmo a cotação na Bolsa de Chicago.

Cumprе não esquecer que o preço, em dinheiro, integra e aperfeiçoa o contrato agrário que se denomina arrendamento rural, ou seja, é de sua essência que haja um preço e que esse preço esteja estipulado em valor monetário.”

Com tais razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer o primeiro acórdão da apelação (fls. 729 a 745).

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por Agropecuária Belvedere, com fundamento no art. 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em ação de despejo em que a ora recorrida pretende a desocupação de imóvel objeto de contrato de arrendamento rural e a indenização por perdas e danos.

O acórdão recorrido, proferido em sede de embargos infringentes, está assim ementado:

“Arrendamento rural. Renovação de contrato. Notificação eficaz. Proposta. Preço. Produto.

Mostra-se eficaz a notificação realizada pela arrendadora à arrendatária de que tem proposta para novo contrato, expressando o preço do arrendo

em produto. Silêncio da locatária que, na ação de despejo, alega nulidade da proposta diante do artigo 18, do Decreto n. 59.566/1966. Rescisão do contrato e decreto de despejo, pois o preço do arrendamento fixado em produto há muito vem sendo utilizado como moeda pelos agricultores. Este fato social não pode ser desconhecido pelo Judiciário. Arrendatária que, por outro lado, não pode ser tida como hipossuficiente, por ser empresa de larga experiência na agricultura e formada por advogados e economistas habituados ao trato de questões desse jaez, presumindo pleno conhecimento do preço do produto no mercado, daí podendo avaliar corretamente a proposta e afastando a protetividade do Estatuto da Terra à parte mais fraca da relação jurídica.”

Interpostos embargos de declaração, a estes se deu provimento nos seguintes termos:

“Embargos de declaração. Omissão na parte dispositiva do acórdão.

Tendo o grupo adotado a posição aduzida no voto vencido, ou seja, ultrapassando preliminar suscitada e admitindo o exame do mérito, mister faz-se o ordenar-se o retorno dos autos à Câmara, deixando de fazê-lo, a decisão é omissa. Embargos acolhidos, determinando o retorno dos autos ao órgão fracionário para que se proceda à análise da matéria nuclear.”

Sustenta o recorrente violação ao *art. 18, do Decreto n. 59.566/1966*, aduzindo o seguinte: *a)* “proibição de se fixar o preço em produtos ou no valor equivalente a estes, encontra a sua **ratio essendi** a proteção de ambas as partes contratantes”, porquanto “assim, não ficarão elas sujeita às oscilações por vezes catastróficas dos preços dos produtos agropecuários”, *b)* a recorrente “sabia que o preço não podia ser ajustado em produtos ou seu equivalente em dinheiro. Assim, não tinha como contrapor a uma proposta nula, pena de incidir, ela própria, na nulidade do seu contrato”.

Alega, ainda, a existência *de divergência jurisprudencial*.

O em. Min. Rel. Carlos Alberto Meneses Direito conheceu do recurso especial e lhe deu provimento para restabelecer o primeiro acórdão da apelação (fls. 729-745), por considerar que “a notificação premonitória feita com a indicação de proposta mais vantajosa apresentando o preço em quantidade de produtos” não pode ser tida como eficaz, porquanto “a oferta apresentada não está de acordo com a lei vigente [art.18, do Decreto n. 59.566/1966] e, por isso, não possibilita que seja avaliada corretamente a oferta”.

Repisados os fatos, decide-se.

I - Art. 18 do Decreto n. 59.566/1966

Com relação à alegada violação ao *art. 18, do Decreto n. 59.566/1966*, a questão cinge-se a verificar a validade da notificação premonitória por meio da qual a recorrida cientificou a recorrente de uma proposta de terceiro mais vantajosa, consubstanciada, **verbis**, em “preço para arrendamento correspondente em dinheiro a sete (7) sacas de soja por ano, preço de mercado do dia, por hectare de área aproveitável para agricultura ou pecuária. (...) O referido preço será pago antecipadamente ao ano agrícola (...) até o dia 30 de maio de cada ano, o correspondente a 2.300 (duas mil e trezentas) sacas de soja, preço de mercado do dia para saca de 60 kg, livre de qualquer desconto. Até o dia 30 de dezembro de cada ano, o correspondente em dinheiro a 850 (oitocentos e cinquenta) sacas de soja, preço de mercado do dia para saca de 60 kg, livre de qualquer desconto” (fls.19/20).

No contato firmado entre as partes, por sua vez, o preço foi ajustado em valor fixo em dinheiro (fl. 58). Dita notificação, contudo, apresenta uma proposta de preço de arrendamento fixado em equivalente em dinheiro às referidas quantidades de sacas de soja, no valor de mercado do dia do pagamento.

Em razão da natural variação do preço de mercado do produto em questão e da conseqüente impossibilidade de determinar, desde já, o seu valor em época futura (data do pagamento), impossibilita-se ao recorrente a apresentação de uma contraproposta em valor fixo em dinheiro.

Assim, ao se admitir a validade da proposta em questão, compeli-se-ia o recorrente a adotar idêntico parâmetro de fixação do preço, de forma a apresentar a sua proposta em quantidade de produto ou seu equivalente em dinheiro.

Ocorre que, nos termos do dispositivo tido por contrariado, “o preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa em dinheiro”, sendo vedado “ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro”.

Nesse mesmo sentido o entendimento assentado nesta colenda Corte de Justiça, destacando-se os seguintes julgados: REsp n. 128.542/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 09.12.1997; REsp n. 120.157/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 05.04.1999, este último assim ementado:

“Arrendamento rural. Preço. Produtos.

É inválida a cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em produto ou seu equivalente, e não em quantia fixa de dinheiro (art. 18 e seu parágrafo único do Dec. n. 59.566/1966).

Recurso conhecido e provido.

Evidencia-se, desta forma, a invalidade da dita notificação, porquanto noticia

uma proposta lastreada em critério de fixação de preço em desacordo com a lei de regência e que induz à adoção desse mesmo parâmetro na contraproposta e no respectivo ajuste a ser pactuado, tendo em vista a vinculação deste ao preço apresentado pela proposta vencedora.

Destaque-se entendimento prevalecente quando do julgamento da apelação:

“Nessas condições, sem permissivo legal e inexistente acordo de vontades para o estabelecimento do preço em quantidade de produtos, a proposta que foi submetida à apreciação da arrendatária não poderia ter sido deduzida dessa forma. Nos termos da lei a proposição, uma vez que o ocupante da terra se disponha a pagar o valor ofertado pelo terceiro interessado, balisa a renovação contratual, ganhando foros de definitividade. Admitir-se a validade da notificação tal como foi realizada equivaleria a abrigar o apelante a aceitar a mudança do critério de fixação do valor do arrendamento. E isso não pode ocorrer justamente porque, na ausência de consenso, o caminho a seguir é o da lei, ainda que se possa considerar desatualizada ou anacrônica.”

Vislumbra-se, em conclusão, a contrariedade ao *art. 18, do Decreto n. 59.566/1966*, pelo que se dá provimento ao recurso especial.

II - Divergência jurisprudencial

O *dissídio* encontra-se configurado, pelo que o recurso especial deve ser igualmente provido pela letra **c** do permissivo constitucional.

Forte em tais razões, acompanho o em. Ministro-Relator, e dou provimento ao recurso especial, julgando improcedente o pedido formulado na petição inicial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 343.917 — MA (2001/0105336-6)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Expresso Rodoviário 1001 Ltda

Advogados: Rita de Cássia Costa Choairy e outros

Recorrido: Dinares Gomes de Oliveira

Advogados: Cledilson Maia da Costa Santos e outros

EMENTA

Processual Civil. Liquidação de sentença penal condenatória. Responsável civil pelos danos. Ilegitimidade de parte. Carência da ação.

A sentença penal condenatória não constitui título executivo contra o responsável civil pelos danos decorrentes do ilícito, que não fez parte da relação jurídico-processual, podendo ser ajuizada contra ele ação, pelo processo de conhecimento, tendente à obtenção do título a ser executado.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

Publicado no DJ de 03.11.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de recurso especial interposto por Expresso Rodoviário 1001 Ltda, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que deu parcial provimento a sua apelação.

Cuida-se, originalmente, de liquidação de sentença penal condenatória, via arbitramento judicial, proposta por Dinares Gomes de Oliveira, buscando reparação por danos morais e materiais pela morte de sua filha menor, vítima de atropelamento provocado por empregado da ré. O pedido foi julgado procedente e arbitrada a indenização em 500 (quinhentos) salários mínimos, acrescida de juros, fixados os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Interposta apelação por ambas as partes, a Quarta Câmara Cível do Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso da ré, tão-somente para reduzir o **quantum** indenizatório para 300 (trezentos) salários mínimos, excluindo a incidência de correção monetária ou juros moratórios, tendo em vista a base de cálculo utilizada.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados.

Irresignada, interpõe a ré o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, apontando violação aos artigos 3º, 267, VI e § 3º, 301, X, § 4º, 606, 607 e 610 do Código de Processo Civil, 1.537 do Código Civil, além de dissídio relativo à jurisprudência de outros tribunais.

Alega que, em se tratando de liquidação de sentença, não há previsão legal de oferecimento de defesa, só podendo a matéria de mérito ser discutida em apelação, não sendo possível afirmar a existência de reconhecimento tácito da responsabilidade.

Diz ser parte ilegítima à liquidação da sentença penal condenatória de seu preposto, devendo a autora propor ação ordinária contra a empregadora, ainda que com fundamento em tal título, o qual apenas torna indiscutível a existência do fato e sua autoria.

Sustenta que a indenização deveria ter sido fixada com base no artigo 1.537 e não no artigo 1.553 do Código Civil, devendo ser reduzida para o equivalente a um salário mínimo para cada mês até a data em que a vítima completaria 21 ou 25 anos. Cita diversos precedentes em defesa de sua tese.

Afirma ainda que a verba honorária deve ser fixada conforme os ditames do § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, a fim de que o percentual incida tão-somente sobre as parcelas vencidas e doze das vincendas, e não sobre o valor global da condenação. Transcreve ementas de julgados deste Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Contra-arrazoado (fls. 225 a 229), o recurso foi admitido pelo presidente do tribunal **a quo**, tão-somente com relação à apontada ilegitimidade passiva da recorrente (fls. 237 a 240).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Merece exame, em primeiro lugar, porquanto prejudicial às demais, a questão da legitimidade passiva do responsável civil na liquidação da sentença penal condenatória de seu preposto.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão reconheceu a legitimidade **ad causam** da empresa empregadora, que é, nos termos do artigo 1.521 do Código Civil de 1916, responsável civilmente pelos danos causados a terceiros pelo seu empregado.

A recorrente, no entanto, afirma ser parte ilegítima, salientando que a sentença penal condenatória só pode ser liquidada e executada quando ajuizada a liquidação contra o réu ali condenado, devendo ser proposta ação ordinária contra o empregador.

Em elogiável estudo sobre a “Eficácia civil da sentença penal” (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 96), **Araken de Assis** assevera, **verbis**:

“No que concerne à legitimidade *passiva*, o horizonte legitimador se exaure por quem se encontra *condenado* na sentença penal.

Legitimado passivo na demanda executória é apenas ‘o devedor reconhecido como tal no título executivo’ (art. 568, I, do Cód. de Proc. Civil). Conseqüentemente, todas as pessoas que respondem, civilmente, pelo delito penal, de modo objetivo ou com base na culpa, não se submetem à eficácia anexa. Contra elas, o lesado precisará obter título executivo civil (art. 584, I, do Cód. de Proc. Civil), ou seja, deverá propor ação reparatória civil”.

No mesmo sentido, leciona o Desembargador **Carpene Amorim**, Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFRJ (“A reparação do dano decorrente do crime” — Editora Espaço Jurídico — p. 196):

“A decisão penal de condenação não só impede a rediscussão da materialidade do fato e sua autoria, no cível, como, também, tem força executória neste”, mas “a execução só pode ser dirigida contra quem figurou na ação penal ou seu sucessor, porquanto a ação criminal é pessoal e intransferível”.

Em artigo sobre a “Reparação do dano **ex delicto** no Brasil”, a Professora da Universidade Estadual de Maringá, **Maria das Graças P Prado** (RT 81/299 e ss.), citando **Fernando da Costa Tourinho Filho**, exemplifica a eficácia reflexa do julgado penal no cível com hipótese semelhante à dos autos, de um motorista insolvente condenado pelo juiz penal por ter praticado um homicídio culposo. Indagando quem irá reparar o dano, acena com o disposto no artigo 1.521, II, do Código Civil, segundo o qual o patrão será o responsável se o fato aconteceu no exercício do trabalho ou por ocasião dele. Mas, prosseguindo, acentua:

“Então, transitada em julgado a sentença penal condenatória, será ela exequível no cível, contra o patrão? Não, ‘ao invés da **actio iudicati** será intentada contra o patrão a **actio civiles**’. Porém, nesta, não se discutirá mais sobre a existência do fato e da respectiva autoria, bem como da sua ilicitude. A lei funciona aqui como meio inibidor de defesa para o patrão que experimenta as conseqüências da eficácia reflexa do julgado penal sobre o cível mesmo não tendo participado do ilícito que ocasionou o dano.”

Como lembra **Aguiar Dias**, não há falar, propriamente, em “coisa julgada” quando a reparação dos danos é pleiteada contra o responsável civil, distinto do infrator, autor material do delito. O efeito da sentença penal será, apenas, o de impedir, no juízo cível, qualquer discussão atinente à existência do fato e sua autoria.

Após elencar a doutrina de autores como **Liebman, Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Vicente Grego Filho e Fernando da Costa Tourinho Filho, Milton Paulo de Carvalho**, professor de Processo Civil na Universidade Mackenzie, em São Paulo, em artigo intitulado “Ação de reparação de dano resultante do crime. Influência da sentença penal condenatória.” (LEX JSTJ/TRF 60/09 e ss.) salienta que “a extensão ao responsável civil da eficácia direta da coisa julgada penal só sobre a existência e autoria do fato não lhe acarreta a perda do contraditório nem da ampla defesa, porque no procedimento cognitivo para a reparação poderá argüir tudo o que respeita à exclusão da sua responsabilidade” (p. 22).

E acrescenta:

“(...) o juiz do crime não se pronuncia sobre a ilicitude para efeito de responsabilidade do terceiro, ou melhor, pronuncia-se somente sobre a existência do fato principal e sua autoria e não sobre os danos (outros fatos) que a vítima possa alegar em ação civil, o que exige, evidentemente, cognição distinta daquela realizada no processo penal” (p. 24).

Assim:

“(...)”

b) quanto aos limites subjetivos da coisa julgada penal, no direito brasileiro o responsável civil não é legitimado passivo para a execução: as normas que cuidam da legitimação não o contemplam como tal, nem a liquidação civil da sentença penal oferece ensejo para a discussão das questões que se poderiam suscitar sobre a existência e a extensão dos danos civis;

c) já a condenação penal influi sobre a ação de conhecimento reparatória em face do responsável civil, tornando indiscutível, por este, a existência do fato e a sua autoria”.

A sentença penal condenatória, também segundo o que penso, não configura título executivo contra o responsável civil pelos danos decorrentes do ilícito, devendo ser ajuizada contra ele demanda de, em processo de conhecimento, tendente à obtenção do título a ser executado.

Feitas essas considerações, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para, reconhecendo a ilegitimidade passiva **ad causam** da ré-recorrente, extinguir o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Condeno a recorrida a pagar honorários de advogado, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 345.677 — SP (2001/0115499-1)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Recorrente: Jairo Berezin

Advogados: João Inácio Correia, Ana Paula Zatz e outros

Recorrido: Condomínio de Construção do Edifício Vanessa

Advogado: Salomão Bernardo Rubinstein

EMENTA

Direito Civil. Condomínio de construção. Lei n. 4.591/1964, art. 63. Leilão extrajudicial. Ausência de previsão contratual. Impossibilidade.

I - Não é possível a realização de leilão extrajudicial da quota-parte do condômino inadimplente se não há previsão contratual, conforme exegese do artigo 63 da Lei n. 4.591/1964.

II - Recurso especial conhecido e 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 provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Cuida-se de ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada por Jairo Berezin contra o Condomínio de Construção do Edifício Vanessa.

O autor, como integrante inadimplente do Condomínio réu, foi notificado a liquidar seu débito, sob pena de ser leiloada extrajudicialmente sua fração ideal do terreno e da parte construída a teor do artigo 63 da Lei n. 4.591/1964.

O objeto da ação é “a declaração judicial de impossibilidade de realização de leilão das quotas-partes do autor, quer porque descumpridas as formalidades legais e quer por inexistência de previsão contratual, condenando-se o réu, a não fazer qualquer leilão da propriedade do autor” (fl. 06).

O pedido de tutela antecipada não foi apreciado e às fls. 55/57 a r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando o autor nas custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da causa.

A Sétima Câmara de Direito Privado de Férias “Julho/2000” do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de apelação, em acórdão assim ementado (fl. 82):

“*Condomínio — Incorporação — Condômino inadimplente. Ausência de cumprimento de obrigações. Alienação de unidade condominial ou de fração ideal correspondente ao prédio em construção. Admissibilidade. Desnecessidade de previsão expressa em contrato a possibilitar a venda da unidade por parte da Comissão de Representante do condomínio em leilão público ante expressa previsão legal. Inteligência do disposto no artigo 63 da Lei n. 4.591/1964, exigindo apenas mencionado diploma legal para os contratos de construção observem os interessados a mora **ex persona**. Recurso desprovido.*”

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (fls. 94/96).

Inconformado, interpôs o autor recurso especial com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em que alega ofensa aos artigos 535 do Código de Processo Civil e 58, 59, 60, 61, 62 e 63, § 1º, da Lei n. 4.591/1964. Sustenta, em síntese, que é necessária expressa previsão contratual para realização de leilão extrajudicial e não reconhece os valores.

Em contra-razões (fl. 115), os recorridos pugnam pela manutenção do julgado e acenam para características procrastinatórias do recurso especial.

Tendo o Vice-Presidente do Tribunal de origem negado seguimento ao apelo extremo, manejou a ré agravo de instrumento visando seu processamento (fls. 117/121).

Em virtude do provimento do AgRg n. 375.779/SP, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Primeiramente, cumpre ressaltar que as alegações de nulidade do acórdão nos embargos declaratórios não merecem acolhida, pois todas as questões postas a julgamento foram efetivamente decididas, ainda que contrariamente aos interesses da ora recorrente, não havendo que se falar em omissão a justificar a oposição de recurso aclaratório.

Passando ao próximo ponto, verifico que a controvérsia gira em torno da interpretação do artigo 63, **caput** e § 1º, da Lei n. 5.491/1964, que diz o seguinte:

“É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de três prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída, adicionada na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

§ 1º Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.”

Como se pode verificar na transcrição supra, a Lei n. 4.591/1964, que rege os condomínios e incorporações imobiliárias, prevê esse sistema peculiar de penalização ao adquirente inadimplente com a possibilidade de promoção, pela Comissão de Representantes, de leilão extrajudicial da sua fração ideal do terreno e da parte construída, a fim de evitar solução de continuidade na obra. O motivo da inclusão deste dispositivo na Legislação é a proteção dos interesses dos demais adquirentes, que têm de arcar com todos os custos da construção para não vê-la parada ou em ritmo lento e, assim, acabam como os maiores prejudicados.

Na espécie, o autor encontra-se inadimplente, mesmo não reconhecendo os valores que lhe são cobrados, contudo, sustenta que não foi acordada a forma de leilão entre os condôminos.

As instâncias ordinárias acolheram a tese da Ré de que é possível a efetivação do leilão extrajudicial, mesmo se não houver previsão contratual nesse sentido.

Entretanto, esta não é a interpretação correta do texto legal.

A redação do texto legal é de clareza solar ao afirmar que é lícito estipular no contrato a técnica das vendas em leilão, por autoridade da Comissão de Representantes. Ou seja a Lei n. 4.591/1964 facultou às partes — construtor, incorporador e adquirentes — diante das características do acordo, a possibilidade de convencionar tal procedimento como meio eficaz de prevenir a mora ou punir o moroso.

O cuidado do legislador com a necessidade de convenção expressa tem a ver com a extrema restrição de direitos que sofrerá a parte inadimplente, pois, não liquidado o débito no prazo de 10 dias após a notificação pessoal, a Comissão de Representantes fica investida de poderes para efetivar “todas as fases de operação de venda, desde a fixação de preço até a transmissão de domínio ao arrematante, acrescentando que o mandato assim outorgado é irrevogável” (**Pereira, Caio Mário da Silva**, “Condomínio e Incorporações”; 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993).

Como se vê, a cautela é justificada, pois uma vez iniciado o processo a Comissão de Representantes terá total autonomia para alienar a quota-parte do inadimplente, tendo em vista somente os interesses dos demais adquirentes.

Assim, é razoável e justo que seja oportunizado às partes contratantes, tendo em vista as circunstâncias do ato volitivo, que escolham a forma de sanção a ser aplicada ao que não honrar com as obrigações assumidas. De vontade própria os contratantes assumirão os riscos, pois estarão cientes das graves conseqüências de sua eventual inadimplência.

O que não se pode admitir é a possibilidade de a Comissão de Representantes desenvolver atos restritivos desta natureza a **manu militare**, unilateralmente.

Aliás, o trecho citado pelo acórdão recorrido da obra ‘Condomínio e Incorporações’ de **Caio Mário da Silva Pereira** foi utilizado equivocadamente, pois versa apenas sobre os poderes especiais de que fica automaticamente investida a Comissão de Representantes para efetivação do leilão extrajudicial. O lapso se torna evidente com a leitura do parágrafo seguinte, **verbis** (p. 327):

“Cumpre, entretanto, salientar que o sistema instituído na Lei n. 4.591/1964, minudenciado acima, não funciona de pleno direito. Ao contrário, requer convenção expressa. É o que se infere do disposto no art. 63, que admite seja estipulada a resolução do contrato, mas faculta, por outro lado, fique expresso que, na falta de pagamento, pelo débito respondam os direitos à fração ideal

do terreno e à parte construída, na forma do que estabelecem os seus parágrafos, e vimos acima. Para se ter bem presente o princípio e ainda a natureza convencional da adoção do critério instituído nesta lei, convém ter à vista o texto respectivo”.

Desta forma, conclui-se que a irresignação do autor procede quanto à alienação extrajudicial de sua quota-parte.

Ademais, o autor argumenta que “da simples leitura do contrato firmado entre as partes, acostado à fl. 24 dos autos, nota-se que não existe nenhuma cláusula ajustando prestações, aprovação de orçamentos, forma de distribuição de despesas, penalidades por inadimplemento, nem possibilidade de leilão privado” (fl. 103).

Reforçando a tese de que seria temerário estender poderes de transferência de domínio à comissão de representantes sem previsão contratual, ensina oportunamente o mestre Caio Mário:

“Quanto à extensão, a cláusula resolutiva vincula-se assim às prestações originariamente estabelecidas, como àquelas resultantes de reajustamentos subseqüentes ou aditivos contratuais. Pela mesma razão que a inadimplência das prestações inicialmente estipuladas justifica a resolução do negócio jurídico, a falta de cumprimento, relativamente às geradas pelas revisões de preço, as fundadas no próprio contrato ou em alterações subseqüentes igualmente devem ter a mesma consequência.

Participam da mesma natureza das primitivas. O que descabe, no entanto, é atribuir efeito resolutivo a obrigações que sejam unilateralmente impostas, vale dizer: se o adquirente for intimado a pagar quantia que lhe exija o construtor, sem que se trate de prestações nascidas de cláusulas ajustadas, a mesma consequência não se lhe pode imputar, restando ao construtor a via judiciária, para obter o seu acerto e efetuar-lhe o recebimento.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento a fim de declarar a impossibilidade de realização de leilão extrajudicial da quota-parte do condômino inadimplente ante a ausência de previsão contratual e, em consequência, julgar a ação procedente, invertidos os ônus da sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 437.144 — RS (2002/0060024-7)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrente: Diva Sgarione Brolese
Advogados: Eduardo Ferreira Fischer e outro
Recorridos: Forjas Baldissera Ltda e outro
Advogado: Gilson José Lazzarotto

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Execução de sentença. Ação reparatória por ato ilícito. Acidente de trânsito. Pensão alimentícia. Onoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família.

O comando do artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/1990, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito — acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora —, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Sustentou oralmente o Dr. Eduardo Fischer, pelo recorrente.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por Forjas Baldissera Ltda e outro contra decisão proferida nos autos de execução de sentença condenatória de indenização por ato ilícito, acidente de trânsito, que lhes moveu Diva Sgarione Brolese, a qual, em juízo de retratação, autorizou a penhora sobre o imóvel de um dos executados, ao fundamento de se tratar de dívida de alimentos, sendo inoponível a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990.

O recurso foi provido pela Décima Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, restando o acórdão assim ementado:

“Processo de execução. Bem de família.

A ressalva contida no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990 somente se aplica ao credor de pensão alimentícia decorrente de laços de parentesco e não à decorrente de ato ilícito.”

Inconformada, a exeqüente interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando que a exceção prevista no artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/1990, não faz qualquer distinção quanto à proveniência do crédito. Desse modo, seja a pensão alimentícia decorrente de laços de parentesco ou de ato ilícito, estará o imóvel sujeito à constrição.

Admitido o recurso, na origem, ascenderam os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Originalmente, Diva Sgarione Brolese, ora recorrente, propôs execução de sentença em face de Léo Antônio Baldissera e Forjas Baldissera Ltda, ora recorridos, aduzindo ser credora dos executados da importância de R\$ 37.887,89 (trinta e sete mil, oitocentos e oitenta e sete reais e oitenta e nove centavos), em decorrência da condenação que lhes foi imposta em ação reparatória por danos causados em acidente de trânsito, onde veio a falecer o seu marido.

Citados, os executados ofereceram à penhora bem imóvel, que foi avaliado em R\$ 61.400,00 (sessenta e um mil e quatrocentos reais). Na seqüência, peticionou o primeiro executado, afirmando que o aludido imóvel servia de residência do casal, e, por força da Lei n. 8.009/1990, seria impenhorável.

Deferido o requerimento, ulteriormente, a magistrada **a quo** reconsiderou a decisão, ao fundamento de que, “efetivamente a dívida é de alimentos, sendo, portanto, inoponível a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990. Mantenho a penhora já realizada. Transitada em julgado, ao leilão.”

Contra esse entendimento, os executados interpuseram agravo de instrumento para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sustentando que a dívida não era de alimentos e sim decorrente de indenização por acidente de trânsito, não podendo o imóvel ser constrito, por se tratar de bem de família.

O recurso foi provido, à unanimidade, pela Décima Primeira Câmara Cível, à consideração de que “a pensão alimentícia a que se refere o art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990, diz respeito à pensão derivada de dívida genuinamente alimentar, proveniente de laços de parentesco e não à decorrente de ato ilícito.

(...)

Por isso, não pode incidir a penhora sobre o bem de família, onde reside o executado Léo Antônio Baldissera, pois inaplicável à espécie a ressalva constante do art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990.”

Com efeito, dispõe o artigo 1º da mencionada lei que “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.”

Por sua vez, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade, preconiza o artigo 3º que tais disposições não serão oponíveis, quando a ação for movida, entre outros casos:

“III - pelo credor de pensão alimentícia;”

Nas razões do especial, alega a recorrente que a exceção prevista no dispositivo retrotranscrito não faz qualquer distinção quanto à proveniência do crédito. Desse modo, afirma, seja a pensão alimentícia decorrente de laços de parentesco ou de ato ilícito, não poderá o imóvel ser afastado da constrição.

A questão posta à discussão é uma das que mais suscitam divergência no campo doutrinário e jurisprudencial, com argumentos respeitáveis num e noutro sentido, razão pela qual a solução da controvérsia não pode prescindir da interpretação sistemática e teleológica da aludida norma.

Nessa linha de raciocínio, comparando o dispositivo em comento com outro dentro do mesmo repositório legal, verifica-se que, no inciso VI, o legislador fez constar a inoponibilidade da lei aos casos de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento ou *indenização* (grifei).

Sem embargo de não se possa falar, na hipótese em exame, em execução de sentença penal condenatória, tenho que o princípio que orienta a exceção é o mesmo, pois, embora decorrente a obrigação de ilícito civil — acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da recorrente —, desse fato decorrem, também, repercussões na esfera penal, a justificar o pedido de penhora do imóvel.

Por outro prisma, não me parece razoável conceber que a intenção do legislador tenha sido a de proteger o bem de família mesmo quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado seja a própria vida do credor da obrigação, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência. Nessa medida, seria jurídico e eticamente inadequado o devedor inadimplente poder alegar a impenhorabilidade do bem de família, colocando o credor dos alimentos em situação muitas vezes de extrema necessidade.

Não é demais observar que, no momento histórico em que foi editada, a Lei n. 8.009/1990 teve por finalidade proteger parcela da população representada por infortunados devedores e suas famílias, em função de dívidas contraídas junto a agiotas e instituições financeiras, numa época de brutal processo inflacionário e considerável inadimplência. Daí a necessidade de ser preservado o único bem imóvel que servia à residência da família.

É bem verdade que, por se tratar de norma restritiva de direito, sua interpretação não poderá ser extensiva. Não obstante, ao excepcionar a oponibilidade do bem de família ao credor de pensão alimentícia, a lei não faz qualquer distinção quanto à origem da dívida, sendo de se observar que os alimentos, quanto à causa jurídica que lhes dá origem, não se limitam àqueles denominados legítimos, pautados na solidariedade familiar, por vínculo de parentesco ou matrimônio, e que integram o direito de família. Englobam ainda outras espécies, como ensina **Caio Mário da Silva Pereira**:

“Quanto ao aspecto causal, os alimentos se dizem legítimos (os que são devidos por força de lei), testamentários (instituídos por disposição de última vontade), convencionais (oriundos de estipulação negocial **inter vivos**), ressarcitórios (destinados a indenizar a vítima de ato ilícito).” (“Instituições de Direito Civil — Direito de Família”, Rio de Janeiro, 1991, 7ª ed., p. 264).

Por esse enfoque, pondera, ainda, **Yussef Said Cahali**:

“Em realidade, atento ao pressuposto da unicidade de destinação dos alimentos, não se pode pretender — apenas em função da diversidade das causas geradoras da obrigação alimentar — fragmentação do instituto em compartimentos estanques, informando-se cada uma das modalidades em princípios autônomos, com disciplina jurídica exclusiva e incommunicável.

(...)

Neste campo, mais do que qualquer outro, se não se reconhece a existência de uma disciplina unitária para as obrigações alimentares resultantes de diversas causas (o que, efetivamente, mostra-se inviável), admite-se, pelo menos, uma certa migração normativa entre os vários ramos do Direito, com fulcro na análise justificada pela unicidade na destinação do benefício.

(...)

Nada obsta, em princípio, à aproveitabilidade de certas regras inerentes aos alimentos legítimos no âmbito da obrigação alimentar que tenha como causa a atividade voluntária ou o ato ilícito.” (“Dos Alimentos”, São Paulo, 2002, 4ª ed., pp. 24/25).

A matéria não é virgem nesta Corte. Já foi objeto de apreciações também no REsp n. 374.332, ocasião em que o ilustre Relator, Ministro Menezes Direito, assim se pronunciou:

“No caso, os réus foram condenados a prestar alimentos ao autor da ação de indenização, ora recorrido, sendo determinada a constituição de capital para o cumprimento das obrigações alimentares, na forma do art. 602, § 1º, do Código de Processo Civil. Poder-se-ia argumentar que a ressalva não alcança as indenizações por atos ilícitos, ficando o dispositivo confinado aos outros casos de alimentos. Mas, tal não me parece diante do que dispõe o art. 602 do Código de Processo Civil, que, expressamente, determina a constituição de capital toda vez que a indenização por ato ilícito incluir a prestação de alimentos, como ocorre neste feito. Assim, a Lei n. 8.009/1990 incide em hipóteses de indenização por atos ilícitos que inclua a condenação à prestação de alimentos; sendo a vítima credora de alimentos, está a salvo da alegação de impenhorabilidade nos termos do inciso III do art. 3º da Lei n. 8.009/1990.”

Não poderia ser diferente. Na hipótese, retirar o caráter alimentar da obrigação, seria o mesmo que incentivar o seu descumprimento, no caso de vir a faltar outros bens penhoráveis do devedor. A regra da impenhorabilidade do bem de família, a meu sentir, não deve se prestar a esse fim.

Entender-se de outro modo, levaria a resultado injusto e contrário ao espírito que norteou a elaboração da lei, mormente na hipótese dos autos, em que se discute pensão indenizatória por morte do mantenedor do lar.

Feitas essas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a penhora sobre o imóvel.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 442.854 — SP (2002/0072726-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Maria Aparecida Fonseca Pereira de Souza Romero

Advogados: João Marques da Cunha e outro

Recorrida: Amesp Saúde Ltda

Advogados: Marilene Morelli Dario e outro

Recorrida: Diagnostika Unidade Diagnóstica em Patologia Cirúrgica e Citologia S/C Ltda

Advogados: Marcelo Minhoto Ferraz de Sampaio e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Contrato de prestação de serviços médicos. Responsabilidade. Interesse recursal. Ausência. Relação de consumo. Erro médico. Consumidor. Hipossuficiência. Inversão do ônus da prova. Prequestionamento. Ausência.

— Carece de interesse o recurso especial que objetiva declarar, com fulcro no art. 14, **caput**, do CDC, a responsabilidade objetiva das rés, se o acórdão recorrido limitou-se a apreciar, em sede de agravo de instrumento, o pedido de inversão do ônus da prova.

— Se o acórdão não afastou o pedido de inversão do ônus da prova com fulcro na ausência de hipossuficiência da autora, mas tão-somente asseverou que a inversão do ônus não poderia ser declarada nessa fase

processual, por ausência de elementos, carece de prequestionamento o recurso especial interposto com fundamento na existência de hipossuficiência autorizadora da inversão.

— Recurso especial a que não se conhece.

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. Os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

Publicado no DJ de 07.04.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial em ação de conhecimento sob o rito ordinário, interposto por Maria Aparecida Fonseca Pereira de Souza Romero com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

A recorrente propôs ação de conhecimento sob o rito ordinário em face de Amesp Saúde Ltda e de Diagnostika Unidade Diagnóstica em Patologia Cirúrgica e Citologia S/C Ltda, tendo por objeto a condenação das rés ao pagamento de danos morais e materiais causados por ato culposo (erro médico) praticado em contrato de prestação de serviços.

Sustenta a recorrente em sua petição inicial que solicitou os serviços médicos das recorridas após sentir fortes e constantes dores abdominais.

Aduz que o tratamento realizado não obteve êxito e que, após a multiplicação de dores, sintomas, vômitos e diagnósticos errados (dentre eles o de tuberculose), a ora recorrente requereu os serviços médicos de outro especialista, não vinculado às recorridas, o qual constatou que essas, em provável erro médico, perfuraram a parede intestinal da recorrente (“perfuração da alça ileal”), fato causador dos danos à sua saúde verificados entre 1997 e 2001.

Requereu a ora recorrente, nesses termos, a produção de prova pericial e a inversão do ônus da prova.

O MM. Juiz **a quo** (fls. 58/59) indeferiu, por ora, a análise do pedido de inversão do ônus da prova deduzido pela Recorrente, ao fundamento de que tal questão será apreciada quando da prolação da r. sentença.

Contra esta decisão a ora Recorrente interpôs agravo de instrumento perante o egrégio Tribunal **a quo**, sob os seguintes fundamentos: a) o CDC lhe confere o direito à inversão do ônus da prova, bem como prevê a responsabilidade objetiva das empresas prestadoras de serviços de planos de saúde, b) a sua condição de hipossuficiente, presumível em função de sua profissão (professora) e de sua posição na relação jurídica **sub judice** (consumidora), constitui evidente empecilho à produção das provas periciais, cujos custos são expressivamente vultosos.

O egrégio Tribunal **a quo** negou provimento ao agravo de instrumento, ao fundamento de que a responsabilidade, **in casu**, é subjetiva (CDC, art. 14, § 4º) e de que não logrou a ora recorrente, *por ora*, demonstrar a sua condição de hipossuficiência.

Em suas razões de recurso especial, alegou a ora recorrente que o v. acórdão recorrido:

I - ao considerar subjetiva a responsabilidade das entidades médicas prestadoras de serviço, afrontou o art. 14, **caput**, do CDC, bem como divergiu de precedentes jurisprudenciais; e

II - ao afastar a hipossuficiência da ora Recorrente e impedir a inversão do ônus da prova, afrontou o art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Houve contra-razões (fls. 225/231 e fls. 239/247).

Sobrestado pelo egrégio Tribunal **a quo** o processamento do recurso especial (fl. 192), foi concedido o pedido liminar deduzido pela ora Recorrente em medida cautelar (MC n. 4.779/SP em apenso, fls. 129/130), para se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial e determinar o seu imediato processamento.

O egrégio Tribunal **a quo** admitiu o recurso especial (fls. 249/250).

É o relatório.

VOTO

I - Da responsabilidade objetiva das entidades médicas prestadoras de serviço (violação ao art. 14, **caput**, do CDC e dissídio jurisprudencial)

A despeito de a jurisprudência deste colendo STJ admitir a incidência do CDC para fins de se reconhecer a responsabilidade objetiva das empresas prestadoras de serviços de planos de saúde (*REsp* n. 138.059, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira

Turma, DJ de 11.06.2001), deve-se observar que, **in casu**, o v. acórdão recorrido foi proferido em sede de agravo de instrumento tirado contra r. decisão do MM. Juiz **a quo** que, em instrução probatória, remeteu para a sentença a análise do pedido de inversão do ônus da prova (fl. 59 - v.1).

Nesses termos, a ora Recorrente carece de interesse recursal quanto à questão (violação ao art. 14 do CDC e dissídio jurisprudencial) da natureza da responsabilidade — se objetiva ou subjetiva — das Recorridas, posto que a r. decisão recorrida não põe termo à relação jurídica processual existente **in casu**.

II - Da condição de hipossuficiência e da inversão do ônus da prova
(violação ao art. 6º, inciso VIII, do CDC)

O egrégio Tribunal **a quo** afastou o pedido de inversão do ônus da prova *não* ao fundamento de possuir a ora recorrente condições de arcar com os custos da prova pericial requerida, mas ao afirmar que (fls. 131/132): “Não há elementos, aqui e agora, ao menos neste instrumento, para a pretendida declaração da inversão do ônus da prova, sendo discutível a alegada hipossuficiência da autora, condição impugnada no item 11 da contraminuta de fls. 74/83, com a juntada dos documentos de fls. 85/101.”

Ao assim se manifestar, não enfrentou o v. acórdão recorrido a questão relativa à hipossuficiência da ora recorrente. Apenas afirmou ser discutível, nesta fase processual, tal condição de hipossuficiência.

Conclui-se, assim, que carece de prequestionamento o recurso especial interposto por ofensa ao art. 6º, inciso VIII, do CPC, uma vez que a inversão do ônus da prova com fulcro em hipossuficiência constitui questão não julgada pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

É o voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sra. Ministra-Relatora, a hipossuficiência não é o único fundamento. Pode não ser hipossuficiente, mas, entender que a alegação é verossímil.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: E pode, mais tarde, chegar à conclusão de que é hipossuficiente. Então, digo que “nesses termos, ressalte-se, expressamente, que a hipossuficiência da ora recorrente e a inversão do ônus da prova não constituem, no caso, questões preclusas, e serão analisadas quando da prolação da sentença”.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: E quando a prova já foi produzida?

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: No presente caso, não foi produzida.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Senhores Ministros, “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz...” Não diz se é na sentença ou não. A critério do Juiz, pode ser na sentença, se a alegação for verossímil, se não houve prova a esse respeito.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: No caso concreto, a parte pediu uma prova pericial cara, a fim de verificar se os médicos que fizeram a pesquisa da sua doença estavam ou não corretos. Ao ser convidada a depositar a importância do perito, pediu a inversão do ônus da prova.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Tenho a sensação de que o inciso XIII só pode dizer isso no momento da dilação probatória. Se passa essa fase, não há como voltar para dizer que vai inverter o ônus da prova, o que é um processo. Não posso dizer, ao final do processo, na sentença, que vou inverter o ônus da prova.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Neste caso, a parte alega que não pode fazer a prova porque não tem condições de arcar com a perícia. Assim, ela não fará a prova.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Ele pode dizer que é hipossuficiente para outros efeitos, como, por exemplo, de honorários, mas para a inversão do ônus da prova, tem que decidir no momento da dilação probatória.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: O Juiz tem que avisar.

Senhor Ministro *Carlos Alberto Menezes de Direito*, no Recurso Especial n. 332.869, do qual Vossa Excelência foi Relator, diz: “A inversão, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada a critério do Juiz quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova, depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação das provas”.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O Senhor Ministro *Ari Pargendler* fez uma ponderação afirmando que pode dizer isso na sentença e inverter, mas acredito que não, que quando há a dilação probatória, deve decidir se tem, ou não, a inversão do ônus da prova.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: E, se for avisado antes, o advogado, por exemplo, da prestadora de serviço médico, será surpreendido. Poderia ter conduzido a prova de uma forma absolutamente diferente do que aquela, porque, na verdade, como disse Vossa Excelência, o art. 333, que fixa o dever do ônus da prova, será alterado. Assim, se se disser só na sentença, haverá uma surpresa.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Ele deve decidir se há, ou não, inversão no momento da dilação probatória.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Fiz um levantamento e a maioria, pelo menos, da doutrina afirma que o Juiz não tem obrigação de avisar que haverá a inversão.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Realmente, pelo ponto de vista lógico, a parte precisa ser avisada de que a prova é sua. Neste processo, uma das partes diz que não tem condições.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Diz que não tem condições, mas pede a inversão do ônus? Porque está vinculada a dois critérios: a hipossuficiência e a verossimilhança da alegação. Pode não ter um, e ter o outro.

Neste caso, a parte diz que quer a inversão por ser hipossuficiente. O Juiz diz que não, que a parte não é hipossuficiente, logo não inverterá o ônus da prova.

O Juiz não pode na sentença dizer que está invertido o ônus da prova, porque a parte é hipossuficiente. A hipossuficiência pode ser alegada a qualquer momento, mas não se pode decidir sobre a inversão do ônus da prova depois de passado o momento da prova, porque a parte tem o direito de saber se é ela que tem que provar ou não.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: O agravo de instrumento, interposto pela consumidora, foi com o fundamento de que o Código de Defesa do Consumidor confere-lhe o direito à inversão do ônus da prova, bem como prevê a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviços médicos. A sua condição de hipossuficiente, presumível em função da sua função (ela é professora) e de sua posição na relação jurídica, constitui evidente empecilho à produção de provas periciais, cujos custos são expressivamente vultosos.

O Tribunal negou provimento ao agravo, dizendo que, no caso, a responsabilidade da prestadora de serviço não é objetiva, mas subjetiva, e que não logrou a ora recorrente, por ora, demonstrar a condição de hipossuficiência, porque, ao invés de o Tribunal se centrar na posição de professora, olharam o aspecto de que o seu marido seria sócio de uma empresa, e pelo fato de ser sócio e casado com ela, a hipossuficiência não existe.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Para se resolver esse caso específico, surgindo a questão, o Juiz tem que resolvê-la.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: É exatamente o que estou dizendo. O Juiz não pode dizer: “agora não tem, mas na sentença direi se ele tem ou não.”

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O Juiz pode surpreender qualquer uma das partes.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A inversão do ônus da prova é objeto do momento da dilação probatória. Basta que a parte saiba se ela terá que provar ou não. Quem terá que provar?

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Podemos até dizer que se trata de um incidente em que a regra passa a ser outra.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Como posso superar esse incidente se o Tribunal dá uma resposta completamente diferente?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Ele não entrou pelo art. 535?

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Não, Senhor Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, ele alega violação ao art. 14, **caput**, do CDC.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Em sendo assim, ele não está entrando pela inversão do ônus da prova, e sim por outro caminho.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Ele disse que a responsabilidade é subjetiva.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Se ele não entrou pelo art. 6º, inciso VIII, não está discutindo mais a inversão.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Ele entrou com base no art. 6º, inciso VIII. O Tribunal não analisou a questão sob esse prisma, mas, sim, pelo art. 14.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Nesse caso, não há prequestionamento do art. 6º, inciso VIII.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Realmente, não há prequestionamento. Por ter ficado muito preocupada com esse aspecto, ressalvo, expressamente, em meu voto que o Juiz a qualquer momento poderá decidir sobre essa questão.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A minha impressão é a de que o Juiz não poderá fazê-lo.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Se o Juiz não pode decidir sobre a questão, tenho que tirar essa parte de meu voto. Para mim, não há prequestionamento.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Ouçam o que o Juiz disse — o acórdão transcreve no relatório:

“Cuida-se de agravo de instrumento...

(...)

(...) deve ser aplicada na sentença.”

Quer dizer, o Juiz disse que estava invertendo o ônus da prova.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: É justamente neste ponto que o Juiz está contrário à nossa posição. Entendemos que a inversão do ônus da prova não pode ser na sentença, mas, sim, quando se começa a colhê-la.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O Juiz disse que a regra pode ser aplicada na sentença.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sra. Ministra *Nancy Andrighi*, o Juiz está dizendo que na sentença aplicará a regra. Diz: “Na hipótese dos autos, a inversão do ônus da prova é regra que deve ser aplicada na sentença”.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Pergunto a Vossa Excelência: Quem dará o dinheiro para que a prova pericial seja feita?

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Que deve ser aplicado na sentença ou por ocasião da sentença. Não sei o que o Juiz quis dizer com isso.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Por isso, Senhor Presidente, a minha dificuldade.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Ministro *Ari Pargendler*, pode ser que eu esteja equivocado, mas a minha sensação é a de que a inversão do ônus da prova deve ser no momento em que começa a dilação probatória. Se não for assim, a parte não tem como saber a quem cabe provar a culpa. A inversão é a transmutação da prova da culpa. É, como Vossa Excelência disse, um incidente. O Juiz tem que dizer que determina e decreta a inversão do ônus da prova, aplicando todos os princípios da inversão do ônus da prova.

Neste caso, como a Sra. Ministra *Nancy Andrighi* está dizendo, o art. 6º, inciso VIII, não foi prequestionado pelo Tribunal **a quo**.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Está expresso no acórdão: “De outra parte, ao dispor que a inversão do ônus da prova é regra e deve ser aplicada na sentença”.

O Tribunal disse que a minha interpretação não é a certa, que o Juiz quis dizer que o momento é o da sentença. Assim interpretou o Tribunal, que disse: “Essa regra, que deve ser aplicada na sentença, não significa que o Juiz reconheceu a hipossuficiência da agravante ou a verossimilhança das suas alegações, requisitos previstos no art. 6º, VIII, no Código de Defesa do Consumidor.”

Portanto, está prequestionado.

Na verdade, com a expressão: “deve ser aplicada na sentença”, o Juiz apenas se referiu a um momento ideal ou oportunidade adequada para aferir, no caso concreto, se justificava a inversão do ônus da prova em favor da agravante. Depois: “Não há elementos, aqui e agora, nesse novo instrumento para a pretendida declaração da inversão do ônus da prova, sendo discutível a alegada hipossuficiência da autora”.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Se o Tribunal diz que não tem elementos para dar a inversão do ônus da prova, como conhecer do recurso?

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Se o Tribunal está dizendo que não há elementos para julgar o ônus da prova, ele não a julgou. Por isso, entendi que não houve prequestionamento.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Pquestionamento existe. Creio que o que ficou decidido foi no sentido de julgar prejudicado o pedido. O pedido foi indeferido.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: É o que a Sra. Ministra Nancy Andrichi está dizendo.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Por isso, Senhores Ministros, o meu receio em ter finalizado o meu voto da seguinte forma:

“Não há prequestionamento, mas, nesses termos, ressalvo, expressamente, que a hipossuficiência da ora Recorrente e a inversão do ônus da prova não constituem, no caso, questões preclusas no processo.”

Ou seja, receio estar deixando uma mensagem no sentido de dar um direcionamento a coisas que não posso fazer.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Realmente, a questão não é fácil. A minha preocupação é: como podemos deixar que o Juiz decida inversão do ônus da prova fora do momento da dilação probatória?

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Esse é o ponto que mais me preocupa. A não ser que acrescente uma frase no final de meu voto, dizendo que deve o ônus da prova...

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Creio que será melhor decidirmos dizendo que realmente não é caso de inversão — é matéria de fato saber se a parte é hipossuficiente ou não —, como a parte não entrou na questão relativa a ser a alegação verossímil ou não, não podemos entrar nesse aspecto. Essa parte não está prequestionada. No entanto, a questão relativa à hipossuficiência examinada, que é um dos aspectos do art. 6º, VIII, terá que ser provada com o dinheiro dela.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Por isso que, em princípio, disse que essa questão não está preclusa.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Está preclusa, sim, Senhora Ministra *Nancy Andrichi*. A parte não poderá mais voltar a discuti-la.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: E se a pessoa sofrer um empobrecimento violento e repentino, imprevisto?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O momento da prova já passou.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Na hora em que a parte estava discutindo essa questão, possuía condições de fazê-lo.

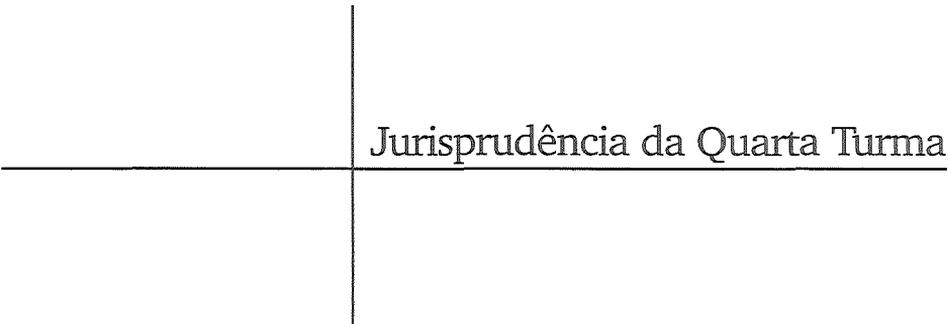
A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Se mudar a situação fática, ela não será atendida?

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Digo apenas, Senhora Ministra *Nancy Andrichi*, que essa solução que estamos encontrando aqui é melhor que a do acórdão. Não consigo entender como podemos deferir a inversão do ônus da prova depois do momento da dilação probatória. Quem provará o quê? Se se inverte o ônus da prova, posso ficar de braços cruzados, o outro é que terá que provar. Não é verdade?

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: E no caso concreto, como ficará a questão? Vamos imaginar que o Juiz chegando na sentença não inverta, ela que não teve dinheiro para depositar para o perito e fazer esses exames técnicos, como fica?

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Senhora Ministra *Nancy Andrichi*, o Tribunal decidiu pela inversão, dizendo que faltava um dos requisitos, a hipossuficiência, e não examinou o outro. Trata-se de questão de fato, não podemos examiná-la. O que podemos fazer é deixar como decidido pelo Tribunal, deixar para mais tarde.

Penso que devemos decidir pelo não-conhecimento do recurso, deixando claro que a inversão do ônus da prova supõe um desses dois motivos: um é de fato, e o outro não foi questionado sem adiantar o que pode ser feito.



Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 204.826 — RJ (1999/0016123-8)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrentes: Maria Cristina Cardoso da Silva Beleza e outro

Advogados: Antônio Carlos Dantas Ribeiro e outros

Recorrida: Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU/RJ

Advogados: Lindinalva da Silva e outros

Sustentação oral: José Calixto Uchôa Ribeiro, pelos Recorrentes

EMENTA

Responsabilidade civil. Carro que, atingido por pedrada, colide com poste. Morte do motorista e ferimentos graves nos passageiros autores da ação indenizatória. Ato de terceiro e estranho aos deveres da ferrovia.

O ato de terceiro que colhe uma pedra do leito da ferrovia e arremessa contra um carro causando acidente e danos graves é estranho aos riscos e deveres inerentes à atividade desenvolvida pela estrada de ferro.

Ausência de responsabilidade.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 03 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 19.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Vítimas em acidente de trânsito, quando o carro em que trafegavam, atingido por uma pedra colhida do leito da via férrea, desgovernou-se e colidiu com um poste, causando a morte do motorista e outros graves ferimentos, as autoras, ora recorrentes, ingressaram com ação indenizatória contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos — CBTU/RJ.

O pedido, acolhido na sentença, foi julgado improcedente pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O voto condutor do acórdão dos embargos infringentes consignou **in totum**:

“Examinando-se a controvérsia pelo ângulo da causalidade, penso que não se pode impor à embargada a obrigação de ressarcimento pleiteada.

Com efeito, as circunstâncias apontadas pelas embargantes (pequena altura do muro divisório e existência de pedras no leito da via férrea, bem como a falta de vigilância) não podem ser erigidas como causas adequadas do evento danoso, que se traduziu numa conseqüência extraordinária.

Conforme bem anota o acórdão hostilizado, ‘não é de se exigir que o dever de zelar pela integridade das pessoas seja levado ao ponto de reconhecer responsabilidade de uma ferrovia pelo fato de alguém apanhar uma pedra que estaria em seu leito e atirá-la em outrem ou em algum veículo, mesmo que tal seja admitido como realmente ocorrido’.

‘Seria o mesmo que pretender condenar o Estado a indenizar por todo fato delituoso que ocorresse em local público, partindo do princípio de que teria obrigação de dar proteção ao cidadão’.

A obrigação da ferrovia relaciona-se com a vigilância no sentido de proteção às pessoas, para prevenir conseqüências danosas ligadas às suas atividades normais.

No caso vertente, a excepcionalidade da conduta de um terceiro tem a inarredável força de excluir a responsabilidade da embargada.” (Fl. 407).

Rejeitados os declaratórios, foram interpostos recursos extraordinário e especial, este fundamentado nas alíneas **a** e **c**, por violação dos artigos 10, 63, 64 e 66, do Decreto n. 2.089/1963, do artigo 182 do Decreto n. 51.813/1963 e também do artigo 1.529 do Código Civil, além do dissídio com julgados desta Corte, sustentando a responsabilidade objetiva da recorrida, não a exonerando o caso fortuito freqüente e tolerado.

As recorrentes alegam não ser legítima a invocação pela ré de causa excludente de responsabilidade, pois o fato causador do dano era previsível, evitável e habitual, além de fruto da negligência no cumprimento do dever de segurança, fiscalização e de polícia. Tanto que a recorrida, após o acidente, teria cuidado de levantar a altura do muro divisório de sua propriedade no local e em toda a extensão da Av. 24 de Maio.

Para a demonstração do dissídio, o recurso traz três julgados responsabilizando a ferrovia. Um do colendo Supremo Tribunal Federal, no trato de lesão sofrida

por passageiro atingido por pedrada. Outro do egrégio Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por atropelamento de menor que atravessou a linha do trem. E o outro deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, no caso de passageiro morto em assalto dentro da composição ferroviária.

Aduzem que todos os fatos estariam previstos na legislação reguladora da recorrida, não havendo razão para entendimento diverso. A responsabilidade do proprietário, ademais, nos termos do artigo 1.529, CC, seria objetiva, não se exonerando ainda que demonstrada a ausência de culpa.

Por fim, trazem os artigos 3º, 17 e 22 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a fim de responsabilizar a ré por dano a terceiro na prestação de serviço.

A Recorrida, em suas contra-razões, afirma a ausência de prequestionamento e que a questão versa exclusivamente sobre caso fortuito.

O recurso extraordinário foi inadmitido na origem, do que foi interposto agravo de instrumento.

Admitido o especial, vieram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): As recorrentes aduzem que “restou pacificamente reconhecido que a pedra lançada contra o carro em que se encontravam foi retirada do leito da ferrovia; que o muro existente no local era baixo e de fácil transposição; que a pedra foi atirada de dentro das dependências da CBTU; e, finalmente, que tal fato era corriqueiro e habitual no local e não era inibido pela ação da polícia ferroviária”.

Ainda que incontroversos esses fatos, tenho que não assiste razão às Autoras/ Recorrentes.

O dano causado em via pública por um transeunte ao arremessar pedra colhida do leito ferroviário não se insere dentre aqueles atribuíveis à negligência da estrada de ferro no cumprimento de seus deveres.

Com efeito, não cabe à ré vigiar todas as pedras existentes em seu leito, nem a pedra constitui “propriedade” da ferrovia, a fim de que se pudesse invocar responsabilidade na guarda da coisa ou no lançamento de objetos.

Observe-se que não foi a pedra que causou o dano, mas sim a pessoa que a atirou, cuja identidade, desconhecida nos autos, é estranha aos quadros funcionais da ré. Daí, não se tratando sequer de funcionário da CBTU, não há como juridicamente responsabilizá-la pelo dano.

O ato de terceiro foi a causa exclusiva do evento que, ênfatizo, é absolutamente *alheio* à atividade da ré, bem como aos riscos e deveres inerentes ao serviço que ela presta.

O argumento de frequência e previsibilidade dos ataques na área contígua à ferrovia não é suficiente para atribuir-lhe responsabilidade. Cediço que a segurança pública dos cidadãos é matéria afeta à esfera de atuação estatal e, em casos tais, não se transfere ao prestador de serviço de transporte.

Nesse sentido, excluindo a responsabilidade do transportador no caso de assalto no interior de ônibus, posicionou-se recentemente a egrégia Segunda Seção no julgamento do REsp n. 435.865, Rel. eminente Ministro *Barros Monteiro*.

O fato de terceiro aqui se equipara ao caso fortuito e à força maior por ser causa totalmente *estranha* à conduta e aos deveres da ré.

Não é demais lembrar que até mesmo a responsabilidade objetiva das estradas de ferro, quando demonstrada a relação de causalidade entre a exploração da linha e o dano causado ao proprietário marginal, é afastada na ocorrência das causas excludentes, quais sejam a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro, como na hipótese dos autos.

Nenhuma, portanto, a violação dos dispositivos legais invocados, valendo consignar que os temas insertos nos artigos do Código de Defesa do Consumidor não foram prequestionados.

No pertinente ao dissídio, os acórdãos paradigmas cuidaram de situações outras e bem diferentes da que se apresenta nos autos, não se prestando à divergência jurisprudencial.

Posto isso, não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: O feito foi assim relatado pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, que dele não conheceu (leu).

Pedi vista dos autos para verificar o disposto nos artigos indicados pelos Recorrentes.

No art. 10 do Dec. n. 2.089/1963, há regra permitindo à companhia cercar e murar a margem da estrada, para a defesa do seu patrimônio. Nos arts. 63, 64 e 66, o decreto enumera regras de polícia sobre os recintos ocupados pela rede.

No art. 182 do Dec. n. 51.813/1963, são proibidas certas condutas a terceiros, nos veículos, comboios e recintos não franqueados.

Em todas essas disposições, não encontrei regra que servisse de fundamento ao pedido indenizatório formulado por quem, trafegando por rodovia, vem a ser atingido por ato de terceiro, delinqüente que retira pedra do leito da ferrovia para jogá-la contra veículos que trafegam na rodovia ao lado do leito da estrada de ferro. Não há como impor à companhia ferroviária zelar ao longo da extensão da sua linha para impedir que alguém retire paus ou pedras do leito da estrada e os jogue contra outrem. Se houvesse uma situação especial, com a criação de perigo próprio decorrente de ato da companhia, propiciando a prática do ato contra os transeuntes próximos à linha férrea, ainda poderia examinar a relação causal. Na hipótese dos autos, isso se mostra inviável.

De nenhum modo, salvo a construção da estrada e o emprego do material que lhe é próprio, a companhia concorreu para a prática do ato agressivo. A situação não se equipara à responsabilidade do dono do imóvel pelas coisas que forem lançadas ou caírem do prédio, porque o proprietário tem a responsabilidade pela segurança da casa, da qual não podem cair partes ou objetos, e pela conduta das pessoas que nela habitam, que não podem lançar coisas em lugar indevido (art. 1.529 do CC).

Também não se aplica aqui a teoria da responsabilidade alternativa, que se ajusta apenas aos casos em que não se sabe quem, do grupo de onde partiu a agressão, foi o autor material do ato, razão pela qual todos por ele respondem. Na hipótese, quem responde é quem praticou o ato material, não a companhia que construiu e explora a via férrea e não praticou nenhum ato contrário à lei, ou ao regulamento, ou por descuido, suficiente para ser o concorrente causal do evento.

Posto isso, acompanho o eminente Relator e não conheço.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 287.857 — AL (2000/0119453-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Maria das Graças de Oliveira Carvalho e outros

Recorrido: Murilo de Melo Lessa

Advogado: George Sarmento Lins

EMENTA

Econômico. Processual Civil. Banco depositário. Legitimidade passiva. Caderneta de poupança. Critério de atualização monetária. IPC de janeiro de 1989 e março de 1990. Contas abertas ou renovadas na primeira e na segunda quinzenas. Prescrição quinquenal. Inexistente.

I- Descabida a prescrição quinquenal da correção monetária com base no art. 178, § 10, inciso III, Código Civil.

II- O Superior Tribunal de Justiça já firmou, em definitivo, o entendimento de que no cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72% (Precedente: REsp n. 43.055-0/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.02.1995). Todavia, nas contas-poupança abertas ou renovadas em 16 de janeiro de 1989 em diante, incide a sistemática estabelecida pela Lei n. 7.730/1989 então em vigor.

III - com referência ao indexador de março de 1990 a Corte Especial ratificou a tese de que é o banco depositário parte ilegítima passiva **ad causam** para responder pedido de incidência do IPC de março de 1990 em diante, sobre os valores em cruzados novos bloqueados de cadernetas de poupanças, cujo período de abertura/renovação deu-se a partir de 16 de março de 1990, quando em vigor o Plano Collor (**caput** do art. 6º da MP n. 168/1990, convolada na Lei n. 8.024/1990). Contudo, respondem as instituições bancárias pela atualização monetária dos cruzados novos das poupanças com data-base até 15 de março de 1990 e antes da transferência do numerário bloqueado para o Bacen, ocorrido no fim do trintídio no mês de abril (EREsp n. 167.544/PE, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 09.04.2001).

IV- Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes a acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

Publicado no DJ de 04-02-2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: A Caixa Econômica Federal interpõe, com base no art. 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão prolatado pelo colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Tratam os autos de ação de rito ordinário ajuizada por Murilo de Melo Lessa contra a ora Recorrente, a União e o Banco Central do Brasil, em que pleiteou a atualização monetária de depósito em cadernetas de poupança, com aplicação do IPC de janeiro de 1989 (70,28%) e março de 1990 (84,32%) sobre os valores em cruzados novos posteriormente bloqueados em função do Plano Collor.

O juízo de 1ª grau julgou improcedente os pedidos.

O autor interpôs apelação.

A Terceira Turma do TRF da 5ª Região deu parcial provimento ao recurso. Declarou a prescrição quinquenal dos juros. Considerou parcialmente devida a atualização referente ao IPC de janeiro de 1989 (42,72%), e deferiu a indexação do montante em depósito em março de 1990 pelo IPC apurado (84,32%).

Os embargos declaratórios opostos pelo Bacen foram providos, para removê-lo do pólo passivo da lide, em face de sua ilegitimidade para a causa, em decisão irrecorrida (fls. 209/213)

A CEF interpôs recurso especial, em que alega violação ao art. 178, § 10, III, do Código Civil, e aos arts. 2º e 4º da Lei n. 4.595/1964, ao art. 17, I, da Lei n. 7.730/1989 e ao art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.024/1990, além de divergência jurisprudencial.

Assere, primeiramente, a prescrição quinquenal da ação.

Aponta a sua ilegitimidade passiva para a causa para responder pela correção monetária da poupança.

No mérito, aduz que não é devida a correção pleiteada, haja vista que no momento do crédito da correção monetária a legislação em vigor previa outros índices que não o IPC.

Sem contra-razões (cf. certidão de fl. 233).

Contra o despacho de admissibilidade do recurso no tribunal de origem, adveio o Ag n. 211.641/PE (em apenso), o qual foi provido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): A Caixa Econômica Federal interpõe, com base no art. 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que entendeu pela legitimidade passiva do banco depositário e União para responderem pela correção dos valores vinculados a cadernetas de poupança, no período de janeiro de 1989 (Plano Verão — 42,72%) e março de 1990 (Plano Collor — 84,32%).

Preenchidos os requisitos legais e constitucionais da espécie, passo ao exame do recurso.

I. PLANO VERÃO

I.I - Prescrição.

Não há que se falar em prescrição quinquenal da atualização monetária com base no disposto no art. 178, § 10, III, do Código Civil. É que o dispositivo invocado diz respeito a juros e outras prestações acessórias, e o fixado na decisão atacada refere-se a esta hipótese, no qual afastou-se somente os juros, compreendendo-se que à correção monetária, cujo objetivo é manter a integridade do capital, incide a regra geral da prescrição vintenária do art. 177 do CCB.

I.II – Legitimidade.

Afasto e assertiva de ilegitimidade passiva **ad causam**, pois as modificações legislativas federais sobre os critérios de correção monetária dos contratos de poupança, na implantação do Plano Verão (MP n. 32/1989, convolada na Lei n. 7.730/1989), não desfiguraram a relação creditícia entre os depositantes e as instituições financeiras depositárias.

Neste sentido:

“Direitos Econômico e Processual. Caderneta de poupança. “Plano Verão” (janeiro/1989). Legitimidade passiva **ad causam** do Banco captador da

poupança. Denúnciação da lide ao Banco Central. Impertinência. Impossibilidade de alteração do critério de reajuste. Compensação. Inocorrência. Índice aplicável. Recurso parcialmente acolhido.

I - Eventuais alterações na política econômica, decorrentes de planos governamentais, não afastam, por si, a legitimidade **ad causam** das partes envolvidas em contratos de direito privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como agentes captadores em torno de cadernetas de poupança.

II - Segundo a jurisprudência do Tribunal, o critério de remuneração estabelecido no art. 17, I, da MP n. 32/1989 (Lei n. 7.730/1989) não se aplica às cadernetas de poupança abertas ou renovadas antes de 16 de janeiro de 1989.

III - É da jurisprudência da Corte o descabimento da denúncia da lide à União e ao Bacen nas ações movidas pelos poupadores pleiteando diferenças no crédito de rendimentos de suas contas de poupança em virtude da aplicação das normas concernentes a planos econômicos.

IV - Creditando reajuste a menor, assiste ao poupador o direito de obter a diferença, correspondente à incidência do percentual sobre as importâncias investidas na primeira quinzena de janeiro de 1989, no percentual de 42,72% (REsp n. 43.055/SP).

V - Não há que se falar em compensação entre o percentual devido em janeiro/1989 e os valores pagos nos meses subseqüentes na relação contratual estabelecida entre o poupador e o banco mutuante, uma vez que o instituto do art. 1.009 do CC exige reciprocidade de dívidas, enquanto que, no caso, os valores pagos foram os contratualmente pactuados.” (REsp n. 186.395/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJ de 15.03.1999)

“Caderneta de poupança. Remuneração no mês de janeiro de 1989. Plano Verão. Legitimidade passiva da instituição financeira. Índice de 42,72%. Prequestionamento.

1. A instituição financeira é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de cobranças, na qual busca o autor receber diferenças não depositadas em caderneta de poupança no mês de janeiro de 1989.

2. Os critérios de remuneração estabelecidos no artigo 17, inciso I, da Lei n. 7.730/1989 não têm aplicação às cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15.01.1989.

3. Falta prequestionamento ao recurso especial no que se refere ao índice correto do IPC no mês de janeiro de 1989. Aplicação da Súmula n. 211/STJ.

4. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 182.433/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJ de 26.04.1999)

I.III- Mérito.

Com respeito ao indexador monetário das cadernetas de poupança, no mês de fevereiro de 1989, as contas abertas ou renovadas até o dia 15 de janeiro de 1989 devem ser corrigidas pela sistemática então vigente, ou seja, utilizando-se a OTN atualizada pelo IPC (Resolução n. 1.338/1987— Bacen c.c. art. 16 do Decreto-Lei n. 2.335/1987. A partir da vigência do denominado Plano Verão, com o advento do MP n. 32/1989 (Lei n. 7.730/1989), publicada no DOU de 16.01.1989, as contas abertas ou renovadas após tal data atualizam-se pela utilização dos novos padrões, considerando-se, inicialmente, a Letra Financeira do Tesouro (art. 17, I, da Lei n. 7.730/1989).

In casu, verifica-se a existência de quatro contas com os seguintes números e datas-base (fls. 10/24): 23.943-8 (db-09), 23.730-3 (db-01), 23.416-9 (db-14), 24.109-2 (db-16).

Quanto à exclusão de conta-poupança aberta ou renovada após o dia 15 de janeiro de 1989, quando vigorava a Lei n. 7.730/1989, realmente observa-se que a conta n. 24.109-2, como demonstrado pela recorrida em sua inicial (fls. 10/24), possui data-base no dia 16, após a primeira quinzena mensal.

Neste ponto, razão assiste ao Recorrente. A referida conta, em fevereiro de 1989, recebeu remuneração de acordo com o mencionado comando legal vigente à época da renovação. Assim têm entendido as Turmas integrantes da Segunda Seção:

“Recurso especial. Processual Civil. Ausência de prequestionamento. Divergência não configurada. Reexame de prova. Direito econômico. Caderneta de poupança. Mês de janeiro de 1989. Correção monetária. Contas com data-base a partir de 16 de janeiro de 1989. Incidência da Lei n. 7.730/1989.

Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. Verbete n. 211 da súmula do STJ. Divergência jurisprudencial não caracterizada, pois carente de demonstração analítica, com a transcrição dos trechos que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas.

‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.’ (Súmula n. 7/STJ).

As contas de caderneta de poupança com período mensal iniciado ou com renovação ocorrida a partir de 16 de janeiro devem atender ao regime de cálculo estabelecido pela Medida Provisória n. 32/1989, que foi convertida, posteriormente, na Lei n. 7.730/1989.

Recursos especiais não conhecidos.”

(Quarta Turma, REsp n. 202.822/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, unânime, DJ de 21.02.2000)

“Processual Civil — Caderneta de poupança — Diferença de correção monetária — Janeiro de 1989 — Legitimidade do banco depositário — Índice aplicável.

I - Na relação jurídica material (contrato de mútuo — poupança) são partes para figurarem nos póis da relação processual as mesmas que se constituíram com titulares no contrato, sendo, portanto, o banco (agente financeiro) parte legítima para responder às ações como a presente.

II - A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido de que o IPC divulgado para janeiro de 1989 tem percentual de 42,72%, eis que, segundo as normas regentes, tal índice efetivamente reflete o nível inflacionário que, num período de 51 (cinquenta e um) dias, acumulou montante de 70,28%. Não se consideram os fatos econômicos. Na aplicação de tais normas, dando-se aos princípios gerais de direito, qual seja, o que veda o enriquecimento sem causa (REsp. n. 43.055-0/SP — julgado em 25.08.1994).

III - Às contas-poupança com trintídio iniciado posteriormente a 16 de janeiro de 1989, aplica-se o disposto no art. 17, da Lei n. 7.730/1989.

IV - Inviável a análise de matéria constitucional em sede de recurso especial, porque previsto recurso próprio e adequado (art. 102, III, a, CF).

V - Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.”

(Terceira Turma, REsp n. 167.658/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, unânime, DJ de 14.02.2000).

Sobre o tema, assim tenho me manifestado:

“Econômico. Caderneta de poupança. Correção monetária. Critério. IPC de janeiro de 1989 (42,72%)

I - O Superior Tribunal de Justiça já firmou, em definitivo, o entendimento de que no cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72% (Precedente: REsp n. 43.055-0/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.02.1995). Todavia, nas contas-poupança abertas ou renovadas em 16 de janeiro de 1989 em diante, incide a sistemática estabelecida pela Lei n. 7.730/1989 então em vigor;

II - Recurso conhecido e parcialmente provido.”

(Quarta Turma, REsp n. 258.186/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJ de 25.09.2000).

II. PLANO COLLOR

II.I - Legitimidade.

Como visto acima, verifica-se a existência de quatro contas com os seguintes números e datas-base (fls. 10/24): 23.943-8 (db-09), 23.730-3 (db-01), 23.416-9 (db-14), 24.109-2 (db-16).

Com razão a Recorrente acerca da sua ilegitimidade passiva quanto à poupança com data-base após a primeira quinzena.

O critério de atualização monetária dos depósitos em poupança até 15 de março de 1990 era regido pela Lei n. 7.730/1989, com utilização do IPC, segundo o comando do art. 17, III, que assim dispunha:

“Art. 17. Os saldos das cadernetas de poupança serão atualizados:

(...)

III - a partir de maio de 1989, com base na variação do IPC verificada no mês anterior.”

O IPC, por sua vez, era apurado conforme a regra inscrita no art. 10 da referida norma. **In verbis**:

“Art. 10. O IPC, a partir de março de 1989, será calculado com base na média dos preços apurados entre o início da segunda quinzena do mês anterior e o término da primeira quinzena do mês de referência.”

Com o advento do denominado “Plano Collor” através da MP n. 168/1990, de 15 de março de 1990, publicada no DOU de 16.03.1990, alterou-se o regime até então vigente, como dессome-se do art. 6º, **caput**, e § 2º:

“Art. 6º. Os saldos das cadernetas de poupança serão convertidos em cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento ou a qualquer tempo, neste caso fazendo jus o valor sacado à atualização monetária pela variação do BTN Fiscal verificada entre a data do último crédito de rendimento até a data do saque, segundo a paridade estabelecida no § 2º do artigo 1º, observado o limite de NCz\$ 50.000.00 (cinquenta mil cruzados novos).

§ 1º As quantias que excederem o limite fixado no **caput** deste artigo serão convertidas em cruzeiros a partir de setembro de 1991, em 12 (doze) parcelas mensais iguais e sucessivas.

§ 2º As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN Fiscal, verificada entre a data do próximo crédito de rendimentos e a data da conversão, acrescidos de juros equivalentes a 6% (seis por cento) ao ano ou fração **pro rata**.”

Desde a implantação do plano econômico as importâncias tornadas indisponíveis, embora provenientes de caderneta de poupança, passaram à condição de

ativos bloqueados, ou retidos. Estes sofreriam a atualização monetária pela variação do BNTF a cargo do Bacen, a incidir a partir da conversão de cruzados novos para cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento sobre os saldos em conta (correção monetária e juros), até então sob responsabilidade da instituição financeira depositária, como descreve o texto supracitado e só posteriormente seriam transferidos para a autarquia federal. Dessa forma, as poupanças com datas-base de 1ª a 15 de março de 1990, cujo trintídio iniciou-se antes da vigência da MP n. 168/1990 (convolada na Lei n. 8.024/1990) e completou-se em abril deveriam ter sido contempladas com os rendimentos acrescidos pelos bancos depositários.

Neste sentido, a Corte Especial pronunciou-se através do EREsp n.167.544/PE, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 09.04.2001, e determinou que a definição do pólo passivo para as demandas envolvendo a atualização monetária das poupanças no mês de março de 1990, levaria em consideração o critério acima exposto, em que a data da transferência do numerário para o Banco Central seria o marco entre o fim da responsabilidade do banco depositário e o início da legitimação daquele. O acórdão restou ementado:

“Caderneta de poupança. Correção monetária. Março de 1990. Plano Collor.

Transferidos os recursos para o Banco Central, será ele o responsável pelo pagamento da correção monetária e não o banco depositário que perdeu a disponibilidade dos depósitos.

Essa responsabilidade terá em conta o momento em que exigível o pagamento, não importando que o critério para o respectivo cálculo considere período em que as importâncias se achavam sob a guarda da instituição financeira com quem contratara o poupador.

De acordo com o sistema legal então vigente, o cálculo da correção, relativa a março, se fez tendo em conta a inflação verificada entre 15 de janeiro e 15 de fevereiro.”

No mesmo diapasão e com base no precedente da egrégia Corte, a colenda Primeira Turma, assim tem se posicionado:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de omissão no acórdão. Correção monetária. Cruzados novos retidos pelo Banco Central do Brasil. Medida Provisória n. 168/1990 e Lei n. 8.024/1990. Legitimidade passiva.

1. Os Embargos de declaração somente são cabíveis quando ‘houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição’ ou ‘for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal’ (incisos I e II do art. 535, do CPC).

2. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos. Enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada.

3. O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide, destarte, não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim, com o seu livre convencimento (art.131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

4. No caso concreto, a decisão embargada, com relação à legitimidade passiva do Bacen, apoiou-se nos Embargos de Divergência n. 167.544/PE e com os termos deles se coadunou.

5. A questão das demandas como a presente é a incidência do IPC (e não do BTNF) nas contas de cadernetas de poupança a partir da instituição da MP n. 168/1990, ou seja, de 16 de março de 1990. O período anterior, é evidente, não se discute, porque a incidência da correção monetária era de competência da instituição bancária que detinha o numerário depositado. Dessa forma, a legitimidade passiva é do Bacen, responsável pelo bloqueio dos ativos financeiros a partir de 16.03.1990.

6. Embargos declaratórios rejeitados.”
(Primeira Turma, EDcl no REsp n. 265.444/RJ, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ de 27.11.2000)

Com isso, mantém-se a legitimidade passiva do banco depositário para a demanda atinente à aplicação ou não do IPC de março de 1990 às contas abertas ou renovadas na primeira quinzena e declara-se e carência de ação quanto à conta renovada na quinzena posterior.

II.II - Mérito.

Do exposto no tópico anterior, cabia ao banco depositário observar a sistemática de apuração do IPC estabelecida pela Lei n. 7.730/1989 para a atualização monetária dos depósitos em poupança até 15 de março de 1990, o qual alcançou 84,32%.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para:

a) Julgar improcedente o pedido de aplicação do IPC de janeiro de 1989 à caderneta de poupança n. 24.109-2.

b) Decretar a carência de ação quanto ao pleito referente à indexação pelo IPC de março de 1990 à conta referenciada, em face da ilegitimidade passiva **ad causam** (art. 267, VI, do CPC).

c) Custas recursais pelo recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 297.888 — RJ (2000/0144655-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrentes: Luiz André da Matta Jabota e outro

Advogado: Sílvia Maria P. Âncora da Luz – Defensor Público

Recorrido: Fumiko Ushioda

Advogados: Raimundo Blivino do Carmo Silva e outros

EMENTA

Civil ação de indenização. Atropelamento fatal, dano moral, filho imigrante mãe (autora) que reside no Japão. Situação de afastamento físico irrelevante, sofrimento e dor presumidos em face do estreito vínculo de parentesco. Condenação.

I. O estreito vínculo existente entre genitora e filho, aos olhos do senso comum, faz presumir, independentemente da distância física então existente entre os domicílios de ambos (Japão e Brasil), que o falecimento do segundo tenha causado dor, angústia e sofrimento à mãe autora, suscetíveis de amparar a condenação dos réus, a título de dano mora, pela morte decorrente de atropelamento em rodovia.

II. Possível, excepcionalmente, o desaparecimento dos laços afetivos, por desavenças familiares, inveja, ciúme, interesses materiais, falhas de caráter e de solidariedade, e outros mais, situações, porém, que exigem, elas sim, comprovação concreta e específica, não o oposto, como sufraga a tese divergente com base em mero afastamento físico da autora e o **de cujus**.

III. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como lei.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha Presidente

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

Publicado no DJ de 04.02.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Luiz André da Matta Jabota e outra interpõem, pela letra **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 201):

“Apelação cível. Veículo abalroado. Acidente letal. Culpa indiscutível condenação em seguro obrigatório, despesas e funeral, bem como em danos morais. Recurso improvido.

Em ocorrendo acidente automobilístico, o pagamento do seguro obrigatório, na forma da lei, se torna responsabilidade inafastável.

Trata-se de ocorrência em que não se discute a culpa, porque comprovada, pelo que a condenação, à luz do lastro probatório, para que demandados reembolsem despesas, entre elas a de funeral, bem como liquidem danos morais, em valor obediente à lógica da razoabilidade, se harmoniza com a lei.

Daí, o improvimento do recurso.”

Alegam os recorrentes que a decisão diverge da orientação do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sobre o incabimento do dano moral em face da ausência de prova de “verdadeiro vínculo afetivo” entre o **de cujus** e o postulante da reparação, o que independe da mera relação de parentesco.

Aduzem que essa presunção, no caso, fica afastada pela circunstância de que o extinto, conquanto filho da autora, residia no Brasil e esta no Japão, havendo aquele constituído família própria, de sorte que o vínculo afetivo com sua genitora se achava há muito esmaecido pela falta de convivência familiar.

Contra-razões às 227/232, discorrendo sobre a finalidade indenizatória, punitiva e educativa do dano moral, e que ela se acha presente na hipótese em face da dor e da aflição causadas à mão do falecido.

O recurso especial admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 234/235.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): A discussão presente no especial, aviado exclusivamente pela letra **c** do permissor constitucional, refere-se à necessidade da prova do dano moral na circunstância de que, em razão de afastamento físico, a convivência familiar deixou de existir e, supostamente, o vínculo afetivo, com reflexos na atenuação ou desaparecimento da dor ou sofrimento pela perda do ente.

Penso inexistir, na espécie, rigorosa divergência, porquanto a avaliação, em tais casos, somente poderia ser feita caso a caso, examinando-se, detidamente, as circunstâncias que envolviam a família, para que se possa chegar à conclusão de que o afastamento, tanto em uma, como em outra hipótese, foi da mesma intensidade.

De toda sorte, até para que se firme, de logo, a tese a respeito, tenho por pertinente o enfrentamento do mérito.

E, nesse passo, a razão está com o acórdão **a quo**.

Com efeito, de modo algum se pode imaginar, secamente, que pelo fato de a mão residir no Japão e o filho no Brasil, ambos japoneses, o segundo imigrante, o amor entre ambos desapareceu pela distância entre os domicílios, de sorte que autora nenhuma dor, angústia ou sofrimento moral sofreu em face do violento sinistro ocorrido.

Ao inverso, muitas das vezes a distância aumenta o sentimento de perda e a saudade pelo tempo não fruído entre mãe e filho, por circunstância da vida.

É claro que não se descarta a possibilidade de inexistir tal dor se o elo afetivo sumira, antes, por outras razões, como desavenças familiares, inveja, ciúme, interesses materiais, falhas de caráter e de solidariedade, e outros mais que comumente se notam inclusive em processo judiciais alusivos a sucessão, etc. mas, aí, a necessidade da prova é para a demonstração do oposto, qual seja, para afastar a natural presunção de que houve o sofrimento, porquanto os familiares eram inimigos, uma exceção à regra.

Em suma, a presunção do vínculo afetivo entre mãe e filho, independentemente do local ou país de domicílio, existe por força do senso comum. Excepcionalmente pode não haver, porém exige prova específica, e substancial. E nada apresentou a respeito a defesa do réu.

Observe-se, ainda, que o valor atribuído ao dano moral foi moderado (200 salários mínimos).

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 310.798 — RJ (2001/0030959-3)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro

Advogados: Lycurgo Leite Neto e outros

Recorrida: Zalfa Nassar

Advogado: Carlos José Andrade de Aguiar

EMENTA

Leiloeiro. Segunda praça não realizada por motivo que não lhe é imputável. Comissão fixada pela metade.

Ainda que não concluída a hasta pública, faz jus o leiloeiro ao recebimento da comissão, no caso, fixada pela metade, uma vez que o seu trabalho, de qualquer forma, foi executado. Inteligência e aplicação dos arts. 24 e 40 do Decreto n. 21.981, de 19.10.1997, e 188 do Código Comercial.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha e o voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, acompanhando o do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso; e os votos dos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira, na forma do relatório e notas

taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

Publicado no DJ de 17.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Zalfar Nassar, leiloeira pública, interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro que, nos autos da execução movida pelo “Portus — Instituto de Seguridade Social” contra a “Companhia Docas do Rio de Janeiro”, indeferiu pedido por ela formulado, visando ao recebimento de comissão equivalente a 2,5% sobre o valor da avaliação do imóvel levado a hasta pública, uma vez que a segunda praça fora sustada na véspera da data marcada para sua realização, por fato a que não deu causa.

A Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao agravo em acórdão assim ementado:

“Agravo de instrumento — Leiloeiro — Comissão — Realização de primeira praça — Inocorrência de culpa do profissional.

Tendo sido realizada a primeira praça — negativa — e sustada a segunda hasta pública em decorrência de petição firmada pelas partes, incorrendo culpa do profissional, merece ele receber metade de sua comissão, isto é, 1,5% sobre o valor da avaliação do bem.

Provimento parcial do recurso.” (Fl. 120)

Eis os fundamentos do acórdão:

“Versa o recurso sobre a comissão a que teria direito a leiloeira, no caso de realização da primeira praça de imóvel (negativa), tendo sido a segunda hasta pública sustada, um dia antes da data prevista, em decorrência de petição firmada pelos litigantes.

A legislação que rege a matéria (Decreto n. 21.981/1932, alterado pelo Decreto n. 22.427/1933), embora muito antiga, continua em vigor.

O artigo 24 estabelece a ‘taxa da comissão dos leiloeiros’, que será, inexistindo estipulação prévia, de 5% para bens móveis e 3% para bens imóveis.

Ademais, da leitura do artigo 40, se depreende que o contrato do qual faz parte o leiloeiro (e, **in casu**, a autoridade judiciária que o nomeou) é de comissão, em que não se pode, se irrealizado o leilão, sem culpa do profissional

dele encarregado, pagar-lhe menos de metade da comissão ordinária, aplicando-se o artigo 188 do Código Comercial.

Considerando-se que, no caso dos autos, a leiloeira chegou a realizar o primeiro leilão, que foi infrutífero, e que a sustação da praça não se deu em decorrência de ato seu, entendendo devida, realmente, metade da comissão a que teria direito, caso o bem houvesse sido arrematado, decorrendo daí o pagamento de 1,5% sobre o valor da avaliação (R\$ 21.187.888,37 — vinte e um milhões, cento e oitenta e sete mil, oitocentos e oitenta e oito reais e trinta e sete centavos — fl. 277).” (Fls. 121/122).

Os declaratórios foram rejeitados em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Embargos de declaração — Omissão — Inexistência — Prequestionamento.

A questão submetida à apreciação do Poder Judiciário não envolveu a determinação de quem seria responsável pelo pagamento da verba honorária concedida à agravante, devendo ser discutida a questão na ação executiva originária.

Tendo em vista que não houve comprador, e nem valor de arrematação ou de adjudicação, aceita-se o valor de avaliação do bem imóvel, para que sobre ele incida o percentual de comissionamento.

Conhecimento e rejeição dos embargos.” (Fl. 128)

Inconformada, a “Companhia Docas do Rio de Janeiro” manifestou este recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 24 do Decreto n. 21.981/1932 e 19 do Código de Processo Civil. Sustentou que a comissão de leiloeiro deve ser calculada sobre o valor da arrematação ou da adjudicação, não se havendo que falar em sua fixação quando não ocorreu o leilão. De outro lado, alegou competir exclusivamente à “Portus — Instituto de Seguridade Social” o pagamento da quantia pleiteada.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Em primeiro lugar, o acordo celebrado entre a exequente e a executada nos autos principais não torna prejudicado este REsp, eis que permanece pendente a questão relativa ao cabimento ou não, no caso, da comissão da leiloeira pública.

De outro lado, o depósito efetuado pela executada — ora recorrente — a título de comissão da leiloeira (fl. 171) teve a sua liberação condicionada à solução do presente recurso especial (fl. 170). Essa ressalva feita evidencia que a recorrente não praticou um ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503, parágrafo único, do CPC).

2. O que se acha prejudicado, sim, é o tópico da irrisignação recursal que sustenta ser a questionada comissão devida pela exequente e não pela executada. Tal assertiva, no entanto, caiu no vazio diante do estipulado na cláusula 5ª da transação efetuada entre as partes litigantes na execução, de conformidade com a qual a devedora se comprometeu a arcar com as custas processuais e quaisquer outros ônus que hajam sido estabelecidos pelo Juízo por onde tramita o feito.

3. A primeira praça designada frustrou-se pela ausência de lançadores. A segunda foi suspensa por determinação judicial, em face dos termos em que vazada a petição apresentada pelas partes da execução, noticiando a possibilidade do acordo que, ao final, se concretizou.

A controvérsia diz respeito a saber se, não concluída a hasta pública pelo motivo assinalado, é devida ou não a comissão do leiloeiro. Reformando a decisão de 1ª grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro houve por bem reconhecer à ora recorrida o direito de perceber a comissão de 1,5% sobre o montante da avaliação, metade da comissão ordinária, na conformidade com o disposto no art. 188 do Código Comercial.

Conjugando-se as preceituações dos arts. 24 e 40 do Dec. n. 21.981, de 19.10.1932, e do supra-aludido art. 188 do Código Comercial, tem-se como escoreita a decisão prolatada pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Rezam, com efeito, os citados dispositivos:

“Art. 24 — A taxa de comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender, eles estabelecerem com os comitentes. Em falta de estipulação prévia, regulará a taxa de 5% (cinco por cento), sobre móveis, mercadorias, jóias e outros efeitos e a de 3% (três por cento), sobre bens imóveis de qualquer natureza.”

“Art. 40 — O contrato que se estabelece entre o leiloeiro e a pessoa, ou autoridade judicial, que autorizar a sua intervenção ou efetuar a sua nomeação para realizar leilões, é de mandato ou comissão e dá ao leiloeiro o direito de cobrar judicialmente a sua comissão e as quantias que tiver desembolsado com anúncios, guarda e conservação do que lhe for entregue para vender, instruindo a ação com os documentos comprobatórios dos pagamentos que houver efetuado por conta dos comitentes e podendo reter em seu poder algum objeto, que pertença ao devedor, até o seu efetivo embolso”.

“Art. 188 — Quando, porém, o comitente retirar o mandato antes de concluído, sem causa justificada procedida de culpa do comissário, nunca poderá pagar-se menos de meia comissão, ainda que esta não seja a que exatamente corresponda aos trabalhos praticados”.

Consoante se pode verificar, o contrato que ocorre no caso é de “mandato” ou “comissão”, fazendo jus, por conseguinte, o leiloeiro a receber a comissão e as despesas que houver desembolsado. Acresce que, na espécie, nenhuma responsabilidade há de imputar-se ao comissário, razão por que se afigura lógica e razoável a fixação da comissão pela metade, nos termos do que enuncia o já citado art. 188 do Código de Comércio.

Segundo o escólio de **J. M. de Carvalho Santos**:

“13 — o comitente é obrigado a satisfazer à vista, salvo convenção em contrário, a importância de todas as despesas e desembolsos feitos no desempenho da comissão, com os juros pelo tempo que mediar entre o desembolso e o efetivo pagamento, e as comissões que fossem devidas.

As contas dadas pelo comissário ao comitente devem concordar com os seus livros e assentos mercantis, e no caso de não concordarem poderá ter lugar a ação criminal de furto (Cód. Com., art. 185).

14 — Não se presume gratuita a comissão, pelo qual o comissário tem o direito de exigir do comitente uma comissão pelo seu trabalho, a qual, em falta de convenção, será regulada pelo uso comercial do lugar onde se tiver executado o mandato (Cód. Com., art. 186).

A comissão é devida por inteiro apenas quando o negócio tiver sido ultimado. No caso de morte ou despedida do comissário, é devida unicamente a cota correspondente aos atos por este praticados (Cód. Com., art. 187).

No caso, porém, de o comitente retirar o mandato antes de concluído, sem causa justificada precedida de culpa do comissário, nunca poderá pagar-se menos de meia comissão, ainda que esta não seja a que exatamente corresponda aos trabalhos praticados (Cód. Com., art. 188).” (Comissão Mercantil, *in* “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, **J. M. de Carvalho Santos**, vol. X, p. 7).

Em seu trabalho, sob o título “Comissão do Leiloeiro nas Praças e Leilões”, **Francisco Fernandes de Araújo** indaga: “É devida a comissão se foi invalidada a praça ou o leilão?” A resposta, para ele, é afirmativa. “A propósito: ‘A comissão do leiloeiro é devida, independentemente da validade ou não da arrematação’ (RJTJSP n. 96/257). E é natural que assim seja, pois o trabalho foi executado” (*in* “Revista de Processo”, n. 56, outubro-dezembro de 1989, p. 247).

Nesses termos, não há falar tenha o acórdão recorrido malferido a norma do art. 24 do Decreto n. 21.981, de 1932.

4. Por derradeiro, não se qualifica a atuação da ora recorrente como litigante de má-fé, uma vez que se cingiu ela a defender um direito, como lhe assegura a ordem jurídica.

5. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Cuida-se de recurso especial interposto contra r. aresto assim ementado:

“Agravo de instrumento — Leiloeiro — Comissão — Realização de primeira praça — Inocorrência de culpa do profissional.

Tendo sido realizada a primeira praça — negativa — e sustada a segunda hasta pública em decorrência de petição firmada pelas partes, incorrendo culpa do profissional, merece ele receber metade de sua comissão, isto é, 1,5% sobre o valor da avaliação do bem.

Provimento parcial do recurso.” (Fl. 120)

A primeira praça designada frustrou-se pela ausência de lançadores. A segunda foi suspensa por determinação judicial em face dos termos em que vazada a petição apresentada pelas partes da execução, noticiando a possibilidade do acordo que, ao final, se concretizou.

A controvérsia que se põe é saber se, não concluída a hasta pública pelo motivo assinalado, é devida ou não a comissão do leiloeiro.

Pontificam os arts. 24 e 40 do Dec. n. 21.981, de 19.10.1932, e o art. 188 do Código Comercial, a saber:

“Art. 24 — A taxa de comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender, eles estabelecerem com os comitentes. Em falta de estipulação prévia, regulará a taxa de 5% (cinco por cento), sobre móveis, mercadorias, jóias e outros efeitos e a de 3% (três por cento), sobre bens imóveis de qualquer natureza.”

“Art. 40 — O contrato que se estabelece entre o leiloeiro e a pessoa, ou autoridade judicial, que autorizar a sua intervenção ou efetuar a sua nomeação para realizar leilões, é de mandato ou comissão e dá ao leiloeiro o direito de cobrar judicialmente a sua comissão e as quantias que tiver desembolsado

com anúncios, guarda e conservação do que lhe for entregue para vender, instruindo a ação com os documentos comprobatórios dos pagamentos que houver efetuado por conta dos comitentes e podendo reter em seu poder algum objeto, que pertença ao devedor, até o seu efetivo embolso”.

“Art. 188 — Quando, porém, o comitente retirar o mandato antes de concluído, sem causa justificada procedida de culpa do comissário, nunca poderá pagar-se menos de meia comissão, ainda que esta não seja a que exatamente corresponda aos trabalhos praticados”.

Acompanho o eminente Ministro *Barros Monteiro* pelas mesmas razões expostas por Vossa Excelência, em razão do que não conheço do recurso.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, peço vênias para divergir, por entender que a hipótese não é rigorosamente nem a de um dispositivo nem a de outro, porque o art. 188 do Código Comercial dispõe:

“Quando, porém, o comitente retirar o mandato antes de concluído, sem causa justificada procedida de culpa do comissário, nunca poderá pagar-se menos de meia comissão, ainda que esta não seja a que exatamente corresponda aos trabalhos praticados.”

Parece-me que, no caso, a causa está justificada pelo próprio acordo entre as partes. O que a Justiça deve prestigiar é exatamente a composição amigável. O Código de Processo Civil nas audiências determina uma etapa de conciliação entre os litigantes.

Na medida em que se determinar esse custo de 2,5% sem que tivesse havido um resultado prático desse trabalho, parece-me que seria oneroso e desestimulante.

Há um segundo aspecto que pondero, de que o leiloeiro público recebe e tem esse encargo, mas evidentemente auferir grandes vantagens pelo exercício dessa função. Portanto, fazem parte dessa função não só os bônus como os ônus. Ao meu ver é justo que tenha a restituição de todos aqueles valores que despendeu, sem dúvida alguma, não da comissão, se a alienação não se realizou.

Com essas considerações, vou divergir para conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Peça vênua para acompanhar o Ministro Aldir Passarinho Junior, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 316.035 — RJ (2001/0038702-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Charles Curt Mueller

Advogado: Mario Eduardo Del Peloso de Castro e outro

Recorrida: Combrascan Shopping Centers S/A

Advogados: Dauro Francisco Villela Schettino e outros

EMENTA

Processual. Contradição não configurada. Apelação. Discussão de tema preliminar e de mérito. Enfrentamento da prefacial, com rejeição. Acolhimento, em contrapartida, de agravo retido da parte adversa. Anulação do processo para julgamento dos aclaratórios em 1º grau. Reabertura de prazo para apelação. Reiteração do recurso anterior. Ausência de novo preparo. Prestação jurisdicional já dada quando do primeiro julgamento, ainda que sobre matéria preliminar impossibilidade de aproveitamentos do primeiro preparo. Deserção. CPC, arts. 511 e 560.

I - Não se configura a nulidade do acórdão se o mesmo enfrentou as questões suscitadas. Apenas que de forma contrária à pretensão da parte insatisfeita.

II - O preparo da apelação corresponde à verba paga pela parte em remuneração ao serviço público prestado como processamento e julgamento, pelo Tribunal **ad quem**, do recurso por ela interposto.

III - Destarte, se na apelação é debatido mais de um tópico, e algum deles chega a ser examinado e rejeitado no acórdão da Corte, que, a seguir, acolhe prejudicial do lado adverso e determina a anulação parcial do processo para que a instância monocrática aprecie embargos de declaração opostos contra a sentença, tem-se que a prestação jurisdicional correspondente àquele recurso foi dada, de sorte que, após proferida pelo juízo singular a decisão sobre os aclaratórios, e reaberto o prazo de apela-

ção, esta, uma vez novamente oferecida, demanda o correspondente pagamento das custas para ser conhecida, de vez que aquele primeiro preparo já foi consumado pela apreciação, ainda que parcial, do recurso original.

IV - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como Lei.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

Publicado no DJ de 04.02.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Charles Curt Mueller interpõe, pela letras **a** e **c**, do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 377):

“Responsabilidade civil. Alegado furto de automóvel em ‘shopping centers’. Processo que sobe ao Tribunal, em grau de apelação pela terceira vez. Acórdãos anteriores reformando e anulando, respectivamente, as sentenças proferidas. Terceiros recursos não preparados. Não podem os recorrentes utilizarem de custas destinadas ao preparo de anteriores recursos. Providências autônomas. Deserção tanto do recurso principal como do adesivo.

Não-conhecimento.”

Alega o recorrente que a decisão violou o art. 560, do CPC, eis que como no primeiro julgamento de sua apelação foram resolvidas apenas questões preliminares, e, nessa mesma ocasião, determinado à instância singular a apreciação dos aclaratórios opostos pela parte contrária, estava, de antemão, satisfeito o requisito do

preparo, eis que, reiterada a apelação, ela era aquela mesma anterior, cujo mérito deveria, agora, ser enfrentado, sem necessidade de novo recolhimento de custas. Aduz que estando regular o recurso, restou também contrariado o art. 511, do mesmo Código.

Diz, também que o aresto é nulo, posto que inobstante os dois embargos declaratórios apresentados pela parte recorrente, as contradições não foram sanadas.

Invoca paradigma para a comprovação do dissídio jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 432/434, pela Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A, denunciada à lide, alegando que, de fato, faltou o preparo e que o intuito recursal é procrastinatório.

Às fls. 442/447, impugna o especial Combrascan Shopping Centers S/A. ré da ação indenizatória, pugnando pela manutenção do **decisum**, destacando a não-configuração do dissídio.

O recurso especial foi admitido na origem pelo despacho presidencial de fls. 448/452.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c**, do autorizador constitucional, em que se discute sobre ausência de preparo de apelação interposta pelo recorrente contra sentença que julgou improcedente, por falta de provas, ação indenizatória em face de alegado furto de veículo ocorrido dentro de Shopping Center da Zona Sul do Rio de Janeiro — RJ.

O voto condutor da decisão estadual diz o seguinte (fl. 378):

“Não se conhece, por deserção, tanto da apelação como do adesivo.

Conforme se pode observar, o presente processo sobe pela terceira vez à apreciação deste Tribunal.

Pelo acórdão de fls. 229/230, a Câmara deu provimento ao primitivo recurso para afastar a prescrição e determinar que se prosseguisse com o julgamento do feito.

Pelo de fls. 335/336, negou-se provimento ao agravo retido de fl. 276, acolhendo-se o de fls. 290/296 para anular-se o processo a partir de fl. 288, determinando-se a apreciação dos embargos declaratórios e o prosseguimento do processo na forma da lei.

Como se vê, em ambas as oportunidades o Tribunal exerceu, plena e totalmente, as suas funções jurisdicionais, na apreciação dos recursos então interpostos.

Decididos os embargos de declaração (fl. 342), em 1º grau, foi determinada a reabertura do prazo recursal (fl. 344), o que foi cumprido às fls. 344 v. 345.

Houve então a interposição da apelação de fls. 346, solicitando fossem aceitas como razões recursais as oferecidas anteriormente (fls. 280/286).

Todavia tal recurso, que, enfatize-se, não se confunde com o anterior, não foi preparado, o mesmo acontecendo com o adesivo de fls. 351/361.

Por certo as inusitadas peripécias que este processo ensejou, levou os ilustres patronos a descuidarem do pagamento do preparo, ensejando, lamentavelmente, a deserção de ambos.

Por tais circunstâncias, o não-conhecimento dos dois recursos.”

Em primeiro, não identifiquei nulidade no aresto, bem assim nos que apreciaram os dois embargos de declaração opostos sucessivamente pelo autor, portanto a matéria litigiosa foi apreciada de modo suficiente e fundamentado, apenas que de modo desfavorável à pretensão da parte.

No tocante à deserção, a controvérsia está firmada em torno do aproveitamento ou não do preparo efetuado pelo apelante, por ocasião da subida, pela primeira vez, do recurso ao Tribunal de Justiça.

A sentença monocrática (fls. 271/275) julgou improcedente a ação. Houve embargos da ré, que, embora vitoriosa no mérito, pedia que também fosse examinada a alegação de ilegitimidade de parte (fls. 278/279). O autor apelou (fls. 280/286), com preliminares e mérito. Igualmente houve agravo retido da ré porque o novo juiz recusou-se a julgar os aclaratórios (fls. 288 e 290/296). Foi, também, protocolizado recurso adesivo pela Combrascan (fls. 301/304).

O Tribunal, então, negou provimento ao agravo retido e deu provimento à apelação da ré (Combrascan), anulando o processo para que o júízo singular julgasse os embargos de declaração da mesma (fl. 335).

Os autos voltam, então, para a instância monocrática, os aclaratórios são julgados por magistrado diverso, e, então, apreciadas as preliminares de ilegitimidade passiva e ativa suscitadas pela ré (fl. 342). A MMª. Juíza, na mesma decisão dos declaratórios, devolve o processo para o Tribunal apreciar o segundo argumento daquela peça, por ser alvo da apelação.

Recebidos os autos no Tribunal de Justiça — aí está um elemento importante para o deslinde da questão — o eminente Desembargador-Relator despacha nesses termos (fl. 344):

“O acórdão de fls. 335/337, ao que parece, não foi lido com a atenção devida.

O processo foi anulado a partir de fl. 288, inclusive, ficando, sem qualquer efeito, todos os atos processuais dali em diante.

Com o julgamento dos embargos declaratórios, o prazo recursal que estava interrompido, terá de ser reaberto para o devidos efeitos.

Assim retornem os autos à Vara de origem para o processamento, na forma da lei.”

Esclareço que à fl. 288 a que se refere o despacho do Relator é a decisão que recusara a apreciação dos aclaratórios.

Os autos desceram ao grau singelo e foi reaberto o prazo para interposição de recursos (fl. 344-v), sendo que o autor peticionou, reiterando as razões da apelação de fls. 280/286, com vista para contra-razões e nova interposição de adesivo.

Sobreveio, daí, o julgamento em questão, que aplicou a pena de deserção a ambos os recursos (apelação e adesivo).

Em princípio, com a anulação de todos os atos posteriores à fl. 288, inclusive, a apelação, o adesivo, as respectivas impugnações, desapareceram. Quanto ao preparo, tenho que é necessário distinguir-se as situações.

Se a apelação da parte trata de diversos temas, e um deles é examinado, em preliminar pelo Tribunal, a prestação jurisdicional alusiva àquele recurso está dada, independentemente da abordagem das demais questões, tanto de mérito como prefaciais. E, dada a prestação jurisdicional, o preparo cumpriu seu papel viabilizador do exame da apelação.

Creio que o mesmo não ocorre se, por exemplo, ao acatar uma questão de ordem ou preliminar posta pelo lado adverso, sequer chegar a haver o enfrentamento da apelação da parte. Nenhuma prestação jurisdicional foi dada a respeito, diretamente, de sorte que, até então, o pagamento do preparo se fez ainda em vão.

Como leciona **Humberto Theodoro Júnior**. “São custas as verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos cofres públicos, pela prática de ato processual conforme a tabela da lei ou regimento adequado. Pertencem ao gênero dos tributos, por representarem remuneração de serviço público” (“Curso de Direito Processual Civil”, 37^a ed., p. 79).

Em suma, se a matéria discutida na apelação foi enfrentada, ainda que não totalmente, houve a prestação jurisdicional correspondente ao preparo. Este não mais subsiste. Foi “gasto”. De outro lado, se por alguma razão o recurso não chegou a ser apreciado, sequer em relação ao próprio atendimento dos seus requisitos formais (tempestividade etc.), o preparo subsiste para eventuais efeitos futuros, sob pena de locupletamento do Estado em desfavor do cidadão que recolheu as custas e não recebeu qualquer prestação jurisdicional a elas correspondente.

No caso dos autos, na primeira apelação (fls. 280/286), o autor reiterou o agravo retido (fl. 267) interposto em audiência, para que fossem consignadas declarações da testemunha e transcritas as mesmas na sentença, de modo correto, quanto à cor do veículo furtado. E enfrentou o mérito, discutindo a prova, para postular a procedência da ação.

Quando do julgamento da referida apelação, o Tribunal de Justiça examinou o tema referente ao agravo retido, reiterado no recurso de fls. 280/286, desprovido-o ao argumento de que a imprecisão referentemente à cor do automóvel não tinha relevância, dado o tempo decorrido, e que até, por isso, seria um indicativo de veracidade, já que era natural alguma dúvida do depoente a respeito (cf. fl. 336).

Portanto, com a devida vênia, parte da matéria aduzida na apelação foi julgada pela Corte **a quo**. É certo que, com o acolhimento do outro agravo retido, o agravo retido da ré, o processo foi anulado, de sorte que o mérito da apelação não chegou a ser examinado. Mas, como antes referido, o preparo corresponde à apelação, não sendo necessário que ela seja julgada por inteiro. E a verdade é que houve prestação jurisdicional de 2ª grau em relação à questão preliminar. Anulado, mais tarde, todo o processo após a fl. 288, se uma nova apelação teve de ser interposta, evidentemente que um novo preparo deveria ser efetuado, não podendo ser, na espécie em comento, aproveitado o anterior, que correspondeu a uma outra prestação jurisdicional já dada pelo Tribunal.

Anoto que as circunstâncias do caso presente não se confundem com a do acórdão paradigmático, e, ademais, não houve o necessário confronto analítico, mas simples transcrição de trecho de voto, sem que dele se possa extrair, muito ao contrário, a rigorosa especificidade entre as espécies postas em oposição.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 382.875 — SC (2001/0151758-7)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrentes: Solismar Sampaio de Jesus e outro

Advogados: Antônio Manoel da Costa Santos e outros

Recorrida: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Rogério Ampessan Coser Bacchi e outros

EMENTA

Sistema Financeiro da Habitação. Nulidade de cláusula contratual que estabelece parâmetro de atualização do saldo devedor distinto daquele previsto para o reajuste dos encargos mensais. Objeto impossível. Inexistência. Contrato celebrado sob a égide da Lei n. 8.692, de 28.07.1993.

— Previsto em lei, o critério de reajuste do saldo devedor (pelos mesmos índices de atualização dos depósitos em cadernetas de poupança) é válido, independentemente do parâmetro utilizado para o reajustamento dos encargos mensais (Plano de Equivalência Salarial por Comprometimento de Renda).

Não estando preconizada a cobertura do eventual resíduo pelo FCVS (Fundo de Compensações de Variações Salariais), o que sobejar ao final do contrato é da responsabilidade do mutuário.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 21 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente.

Ministro Barros Monteiro, Relator

Publicado no DJ de 24.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Solismar Sampaio de Jesus e sua mulher, Eliane Medeiros de Jesus, titulares de financiamento imobiliário com garantia hipotecária, ajuizaram ação de nulidade de cláusula contratual e ação consignatória contra a Caixa Econômica Federal, objetivando a aplicação do Plano de Equivalência Salarial para reajuste das prestações, bem como do saldo devedor, e a quitação da parcela vencida em junho de 1999, além das vincendas.

O MM. Juiz de Direito, sob o fundamento de que os autores deverão pagar o empréstimo na forma pactuada, julgou improcedentes a ação ordinária e a ação consignatória.

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento ao apelo dos autores em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

“Processual Civil. Administrativo. Contrato de mútuo habitacional. Critério de reajuste das prestações e do saldo devedor. PES/CP. Falta de provas constitutivas do direito pleiteado. Regra contratual.

Não afastada a assertiva de descumprimento do PES por meio de prova inequívoca e capaz de amparar a pretensão, não há falar em violação das cláusulas contratuais pelo agente financeiro.

O critério de reajuste do saldo devedor em nada se altera face à regência do contrato pelo PES, ou não, valendo, exclusivamente, o pactuado pelas partes, não sendo caso de nulidade.” (Fl. 131)

Rejeitados os declaratórios, os autores manifestaram este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 5º e 10, § 1º, da Lei n. 4.380, de 21.08.1964; 9º do Decreto-Lei n. 2.164, de 19.09.1984, e 145, II, do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial com julgados desta Casa. Sustentaram que o reajuste do saldo devedor deve obedecer ao mesmo parâmetro estabelecido para a atualização das prestações.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): Segundo o acórdão recorrido, o reajustamento do saldo devedor deve obedecer à disposição contratual firmada (cláusula 9ª), ou seja, deve ser efetuado com base na variação dos mesmos índices aplicáveis às cadernetas de poupança, ficando reservado o critério da equivalência salarial tão-somente para a atualização das prestações mensais.

É contra esse descompasso que se insurgem os mutuários recorrentes. Para eles, não só por imperativo legal, mas também por questão de matemática financeira, o reajustamento do saldo devedor deve observar o mesmo critério previsto para o aumento das parcelas mensais (Plano de Equivalência Salarial), sob pena de, ao termo do prazo contratual, sobejar uma soma de resgate inviável.

Os autores celebraram com a ré, em 12.06.1997, contrato de mútuo vinculado ao SFH, objetivando alcançar recursos destinados à aquisição da casa própria.

Dentre as particularidades da avença destacam-se: a) a fonte dos recursos é o FGTS; b) é ela regida pelo PES/PCR — “Plano de Equivalência Salarial por Comprometimento de Renda”; c) não se estabeleceu a cobertura de eventuais resíduos pelo FCVS (Fundo de Compensações de Variações Salariais).

Àquela época, vigia a Lei n. 8.692, de 28.07.1993, sob cuja égide foi efetivado o contrato. Tal diploma legal definiu parâmetros de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores em contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

O art. 1º da referida lei criou o “Plano de Comprometimento da Renda” — PCR, segundo o qual é instituído o percentual de, no máximo, trinta por cento da renda bruta do mutuário para solução dos encargos mensais (art. 2º).

O seu art. 4º dispôs que 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; o que, em princípio, agasalharia as pretensões deduzidas pelo mutuário. Entretanto, a fim de que não se ultrapasse o percentual máximo de comprometimento da renda do mutuário, a instituição financeira deverá proceder à revisão das prestações para adequar a relação encargo mensal/renda (§ 1º). Já o § 2º reza que “as diferenças apuradas nas revisões dos encargos mensais serão atualizadas com base nos índices contratualmente definidos para reajuste do saldo devedor e compensados nos encargos mensais subseqüentes”. É possível, porém, não ser suficiente o valor dos encargos mensais para amortizar, mês a mês, o total do débito, daí por que o § 5º do mesmo cânone legal enuncia: “nos casos em que for verificada a insuficiência de amortização, aplica-se o estabelecido no art. 13 desta lei”.

Então, a possibilidade de descompasso entre o reajuste das parcelas mensais e o do saldo devedor acha-se prevista na citada Lei n. 8.692/1993, cujo art. 13 possui a seguinte redação, de particular interesse para o desfecho da controvérsia:

“Art. 13 — Nos contratos regidos por esta lei, a instituição credora manterá demonstrativo da evolução do saldo devedor do financiamento, discriminando o valor das quotas mensais de amortização, calculadas em valor suficiente à extinção da dívida em prazo originalmente contratado ou no novo prazo contratado, bem como as quotas mensais de amortização efetivamente pagas pelo mutuário.

§ 1º Eventuais diferenças entre o valor das quotas mensais de amortização referidas no **caput** deste artigo serão apuradas a cada doze meses, admitindo-se prazo menor para a primeira apuração, procedendo-se, se necessário, ao recálculo dos encargos mensais, observados os seguintes critérios e procedimentos:

a) verificada a insuficiência de amortização, o encargo mensal será recalculado com base no saldo devedor atualizado, mantida a taxa de juros e demais acessórios contratualmente estabelecidos e dilatando-se o prazo, se necessário, para adequar o encargo mensal ao percentual máximo estipulado no contrato, observado o prazo máximo aplicado ao contrato;

Vide Medida Provisória n. 2.223, de 04.09.2001) b) se após o recálculo a quota de amortização se mantiver em nível inferior para a necessária extinção da dívida, a diferença entre o montante necessário para a extinção da mesma e o montante efetivamente pago pelo mutuário a partir do primeiro mês do último recálculo, atualizada pelos mesmos índices aplicados ao saldo devedor e acrescida de juros contratuais, será paga, escalonadamente, até o final do contrato, alternativamente:

Vide Medida Provisória n. 2.223, de 04.09.2001) 1. por pagamento efetivado diretamente pelo mutuário;

Vide Medida Provisória n. 2.223, de 04.09.2001) 2. por seguro especialmente contratado pelo mutuário para este fim; ou

Vide Medida Provisória n. 2.223, de 04.09.2001) 3. por reservas constituídas pela contribuição voluntária de mutuários, administradas pela instituição financiadora, e relativas às respectivas operações de financiamento habitacional.

Vide Medida Provisória n. 2.223, de 04.09.2001) § 2º O prazo de doze meses referido no parágrafo anterior poderá, no curso do contrato, ser alterado por acordo entre as partes”.

Não constitui surpresa ou anormalidade, pois a circunstância de, no curso do contrato, advir a desarmonia entre o que vem solvendo o mutuário mensalmente e o saldo devedor do débito, que tenderá então a apresentar uma sobra.

O art. 15 da mesma Lei n. 8.692, de 1993, permite às expressas que o saldo devedor dos financiamentos seja reajustado pelo mesmo critério determinado para a atualização dos depósitos em caderneta de poupança (inciso II). E essa é precisamente a forma de reajuste preconizada pelo pacto ora em exame (Cláusula 9ª — fl. 22).

Ora, é facilmente perceptível que, num sistema em que haja dois critérios distintos para atualização, um para o saldo devedor e outro para a definição encargos mensais, sobejará afinal uma quantia em aberto.

Não se encontrando estipulada no ajuste a cobertura de eventual resíduo pelo FCVS, a diferença final restará a cargo do mutuário.

André Luiz Mendonça da Silva, em sua obra denominada “Questões do

Sistema Financeiro da Habitação — Prática, Doutrina e Jurisprudência”, anota a propósito: “como já afirmado anteriormente, ante o objetivo de minimizar um rombo que atualmente atinge os seis bilhões de dólares, a partir da Lei n. 8.692/1993 os contratos passaram a não mais conter cláusula com a cobertura do FCVS à quitação do saldo residual existente ao final do contrato. Assim, tal resíduo é de responsabilidade do mutuário.” (P 55, ed. 2000)

Segundo **Álcio Manoel de Sousa Figueiredo**, “os contratos firmados a partir da edição da Lei n. 8.692, de 28.07.1993, não contêm cláusulas de cobertura de resíduo dos saldos devedores pelo FCVS, respondendo os mutuários pelos saldos devedores existentes por ocasião do pagamento da última prestação” (“Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação”, p. 77, 7ª ed.).

Não há como, portanto, desconstituir-se a Cláusula 9ª do pacto para transferir o eventual resíduo ao agente financeiro, sob pena de inviabilização de todo o sistema financeiro da habitação.

Vale evocar ainda o decidido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando do julgamento da Apelação Cível n. 1.999.71.00.00777787-2/RS, de que foi Relator o Juiz Edgard Lippmann Jr., **in verbis**:

“No tocante ao saldo devedor do mútuo habitacional, inviável falar-se em aplicação do PES/CP como indexador de correção, porquanto, nos termos das disposições contratuais aplicáveis — acordadas pelos ora litigantes —, o critério para atualização do remanescente do montante financiado é distinto beneficiar o mutuário, impedindo que haja repercussão financeira imediata do custo do empréstimo efetuado nas prestações a serem por ele saldadas, inviabilizando o adimplemento, sendo aplicada exclusivamente para esse fim, jamais teve como objetivo desonerar o contratante do ônus de saldar o total real e corrigido de sua dívida”.

A situação jurídica, acima exposta, não se modificou com a edição da Medida Provisória n. 2.223, de 04.09.2001, cujo art. 17 manteve as disposições até então vigentes em relação aos contratos já firmados.

Em conclusão, inexistente a alegada ofensa aos arts. 5º e 10, § 1º, da Lei n. 4.380, de 21.08.1964, e 9º do Decreto-Lei n. 2.164, de 19.09.1984, uma vez que inaplicáveis à espécie. O contrato de financiamento no caso regula-se pelas normas insertas na mencionada Lei n. 8.692, de 28.07.1993, a quem o contrato de financiamento em tela se amolda inteiramente. Do mesmo modo, não há falar em nulidade da cláusula por impossibilidade do objeto. **J. M. de Carvalho Santos** leciona que “juridicamente impossível deve ser considerado o objeto do ato jurídico quando versa sobre um fato que a lei condena e somente realizável se houver mudança na

legislação” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III, p. 237, 3ª ed.). Consoante o insigne **Clóvis Beviláqua**, “o objeto impossível revela falta de seriedade ou perturbação mental” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado”, p. 411, 5ª tiragem). Bem de ver que não pode ser tida como nula por impossibilidade do objeto uma cláusula que se ajusta aos precisos termos da lei.

Por derradeiro, a dissonância interpretativa não é suscetível de aperfeiçoar-se na hipótese **sub judice**, não só porque os recorrentes deixaram de cumprir o estatuído nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ, mas também porque, de todo modo, os paradigmas selecionados não enfocam os aspectos particulares desta causa.

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

Faço, porém, uma ressalva. Contrato de longa duração, como o feito para a aquisição de casa própria, celebrado com pessoa de pouca renda, como no caso dos autos (com financiamento de R\$ 15.000,00 e prestação de R\$ 150,00), se ficar desvinculado da efetiva remuneração do mutuário, mas atrelado às comissões e reajustamentos bancários — que neste país não têm limites e chegam aos resultados absurdos que diariamente vemos nos processos que vêm a este Tribunal — esse contrato está destinado ao fracasso. Certamente esse mutuário não terá condições de pagar o saldo devedor corrigido ao talante do banco, saldo que ao término do contrato muito provavelmente será superior ao valor do imóvel, apesar do pagamento das prestações por dez ou mais anos, só por si suficientes para pagar o financiamento.

Constatado isso, quero desde logo ressaltar o direito do mutuário de propor a revisão do contrato.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, na prestação que a pessoa pagava e, também, com o subsídio do governo, criou-se o Fundo de Compensações de Variações Salariais, que visava a resguardar o mutuário em caso de inflação elevada. A pessoa pagava as prestações e um pequeno percentual era des-

tinado ao FCVS, junto com o recurso alocado pelo governo. Ao final do prazo, amarrada a prestação ao Plano de Equivalência Salarial, se houvesse saldo devedor esse Fundo quitava. Com o tempo, a situação ficou insustentável, resultando no término do próprio BNH, na extinção do Fundo e na falência do Sistema Financeiro da Habitação. Houve toda aquela discussão que presenciamos nos contratos assinados nas décadas de 1970 e 1980.

A partir de então, com a extinção do FCVS, existe a amarração da prestação, mas não do saldo devedor. O dinheiro que foi emprestado está sendo corrigido pelas taxas normais. Há uma defasagem que o mutuário sabe que existe, porque não há mais o Fundo para cobrir. A lei não prevê mais essa cobertura, senão vamos reinventar algo que deixou de existir exatamente por não ter dado certo. O que acontece agora é que a pessoa tem cinco anos para renegociar aquele valor do contrato, aumentando a prestação para amortizar o saldo devedor.

Há outro aspecto que gostaria de ressaltar. Primeiro, o presente contrato é de 1997. De modo que não havia inflação galopante. Segundo, há sempre uma proporção atuarial entre o valor da prestação e o valor do saldo. Na medida em que se deixa a prestação ínfima, evidentemente que o saldo devedor aumenta, mas se se tiver uma prestação compatível com o que a pessoa pagava inicialmente, não cresce o saldo devedor.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Também acompanho o voto do Ministro-Relator, mas quero deixar consignada a perplexidade ensejada pelo caso concreto, em face de planos econômicos.

Não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 416.217 — MA (2002/0019757-6)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Sematel Raposo Serviços de Vigilância Ltda

Advogados: Alfredo Salim Duailibe Neto e outros

Recorrida: Severa Costa Oliveira

Advogado: Júlio César de Jesus

EMENTA

Processual Civil. Artigos 277 e 241, II, CPC. Procedimento sumário. Prazo para audiência. Mínimo de dez dias após a juntada aos autos do mandado de citação. Inobservância. Nulidade.

O prazo não inferior a dez dias para a realização da audiência no rito sumário conta-se da data de juntada aos autos do mandado citatório/intimatório cumprido.

Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros *Ruy Rosado de Aguiar*, *Aldir Passarinho Júnior*, *Sálvio de Figueiredo Teixeira* e *Barros Monteiro*.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 12.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão não conheceu do apelo contra sentença que, em audiência, julgou procedente ação indenizatória por morte decorrente de acidente de trabalho, ajuizada pela esposa da vítima e processada pelo rito sumário.

O v. acórdão recebeu a seguinte ementa:

“Processual Civil. Apelação cível. Ação de indenização simples. Preclusão de matérias não suscitadas no juízo da província. Possibilidade. Apelação que trata de matéria diversa à da sentença insurgida. Não-conhecimento. Inteligência do art. 514, inciso II, do CPC.

Não pode o apelante, em sede de apelação, valer-se de matérias não apreciadas no juízo **a quo**. Opera-se a preclusão do direito de suscitar tais matérias ante a decretação da revelia. Não se conhece do recurso de apelação que versa sobre matéria distinta da que constitui o objeto do pedido da inicial. Apelo não conhecido.” (Fl. 129)

Rejeitados os declaratórios, a ré ingressou com o recurso especial alegando negativa de vigência aos artigos 275 e 535 do Código de Processo Civil, por entender que o acórdão foi omissivo quanto à obrigatoriedade da adoção do rito ordinário na espécie. Afirmou, também, a violação do artigo 277, § 2º, do mesmo diploma legal, porquanto, ainda que admitido o rito sumário, o mandado de citação foi juntado aos autos somente cinco dias antes da audiência de conciliação e julgamento, quando a lei prevê o prazo mínimo de dez dias, sem que nele constasse a advertência relativa aos efeitos da revelia.

Respondido, o recurso foi admitido na origem.

Cumprindo a Lei n. 10.173/2001, vez que, conforme petição de fl. 180, a recorrida possui mais de 65 anos, dei ao feito a requerida prioridade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O egrégio Tribunal de origem, mesmo rejeitando os declaratórios, consignou que:

“Consoante se pode verificar do mandado de citação e intimação de fls. 42 a 43, a Embargante foi citada, inclusive com as advertências de lei (arts. 285 e 930 do CPC) e intimada, em 18 de outubro de 2000 para comparecer à Audiência de Conciliação previamente designada para o dia 30 de outubro de 2000” (fl. 149).

Ainda que impreciso o mandado ao mencionar artigo relativo ao procedimento ordinário, e não ao sumário, entendo que o defeito pode ser relevado, porque idêntico o conteúdo das normas, além de alcançada a finalidade.

Todavia, não é da data do cumprimento do mandado que se conta o prazo previsto no artigo 277 do CPC que assim dispõe:

“Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta (30) dias, citando-se o réu com antecedência mínima de dez (10) dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes.”

A contagem do prazo opera-se de acordo com a regra geral do artigo 241, CPC:

“Art. 241. Começa a correr o prazo:

(...)

II — quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de *juntada* aos autos do mandado cumprido”.

O mandado foi juntado aos autos apenas em 25.10.2000 (fl. 41 verso), cinco dias antes da audiência, o que, portanto, não observou as exigências contidas nos referidos dispositivos legais.

A interpretação, cabe notar, é fruto das alterações advindas da Lei n. 9.245/1995, consoante lição do em. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, no REsp n. 32.855/SP, “além da mudança do art. 241, corrigindo-lhe deficiências através da referida Lei n. 8.710/1993, o legislador, ao substituir o modelo do ‘sumaríssimo’ pelo ‘sumário’ (Lei n. 9.245, de 26.12.1995), deu nova sistemática ao tema. Assim, além de transportar a citação para o art. 277, suprimiu a expressão ‘dias contados da citação’, fazendo o prazo incidir, em consequência, na regra geral do referido art. 241.”

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta egrégia Turma:

“Procedimento sumário. Audiência. Antecedência mínima de dez dias. Contagem.

— Após a vigência da Lei n. 9.245, de 26.12.1995, o prazo não inferior a dez dias para a realização da audiência conta-se da juntada aos autos do mandado citatório (art. 241, II, do CPC).

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 324.131/DF, DJ de 14.10.2002, Relator Min. Barros Monteiro).

“I - A Lei n. 9.245/1995, ao adotar o modelo atual de procedimento ‘sumário’, alterou profundamente o sistema anterior, inclusive em relação ao prazo para comparecimento à audiência.

II - A partir da Lei n. 9.245/1995, no sumário é de aplicar-se a regra geral do art. 241, CPC.” (REsp n. 32.855/SP, DJ de 24.06.1996, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Anoto também que a contestação, no sumário, deve ser apresentada na própria audiência (art. 278, CPC), donde a imperiosidade, em favor dos princípios do contraditório e ampla defesa, do respeito ao prazo mínimo de dez dias, visto ser esse o prazo para o réu preparar a sua defesa que, na hipótese, não foi apresentada, daí incontestado o prejuízo do recorrente.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento, a fim de anular o processo a partir da audiência de fls. 46/47, inclusive devendo outra ser designada com observância das formalidades legais.

RECURSO ESPECIAL N. 440.160 — MS (2002/0059252-1)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Banco Bamerindus do Brasil S/A — em liquidação extrajudicial

Advogados: José Walter de Sousa Filho e outros

Recorridos: Montercil Comércio e Representações Ltda e outro

Advogados: Sebastião Calado da Silva e outro

EMENTA

Execução. Instrumento de confissão e composição de dívida. Assertiva de exigência de juros abusivos ou ilegais em contrato anterior. Comprovação pelo credor quanto a desconto de duplicata havida precedentemente. Desnecessidade no caso de exibição de extratos bancários. Iliquidez da dívida afastada. Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

— Evidenciado nos autos, **quantum satis**, que o contrato anterior celebrado pelas partes consistiu em desconto de duplicatas, desnecessária é a apresentação pelo banco de extratos bancários para a verificação da eventual cobrança de juros abusivos ou ilegais. Inexistência de preclusão a respeito. Iliquidez da dívida afastada.

— A imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, condiciona-se a que o Tribunal indique os motivos pelos quais reputa procrastinatórios os embargos. Inexistência no caso. Hipótese em que, ademais, o banco credor não possui interesse em retardar o desfecho da causa.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: “Montersil Comércio e Representações Ltda” e Eva de Lourdes Ritter opuseram embargos à execução fundada em “instrumento particular de confissão, composição de dívida, forma de pagamento e outras avenças”, movida pelo “Banco Bamerindus do Brasil S/A”, alegando, em síntese: a) inexigibilidade do título por motivo de força maior; b) excesso de execução, uma vez que a origem da dívida se prende a desconto de duplicata junto ao banco, com juros a taxas superiores a 12% a.a.; c) juros ilegais, à taxa acima de 12% ao ano e capitalizados.

O MM. Juiz de Direito proferiu a sentença de fls. 61/64, acolhendo parcialmente os embargos para determinar que os devedores paguem o **quantum** de R\$ 24.235,00 (vinte e quatro mil, duzentos e trinta e cinco reais), acrescido de correção monetária pelo IGPM, juros remuneratórios (até o ajuizamento da execução) ou moratórios (após o aforamento da execução) não capitalizados, de 12% ao ano, mais multa contratual de 10% (fl. 71).

Contra essa decisão apelaram os embargantes. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, à maioria de votos, acolheu a preliminar de cerceamento de defesa, a fim de que se proceda à instrução probatória, “inclusive com requisição de todos os extratos bancários relacionados às operações que ensejaram confissão da dívida exequenda” (fl. 114). No voto condutor acentuou-se: “não tendo sido caracterizada a novação, as invocadas abusividades ou ilegalidades do contrato anterior ao título exequendo devem ser analisadas, de forma que, caso sejam constatadas no contrato originário, haverá reflexos na dívida atual, daí por que deve ser feita a análise dos contratos anteriores, e por conseguinte a instrução probatória é medida que se impõe” (fl. 114).

Com base no pronunciamento minoritário que rejeitava a preliminar, o banco embargado tirou embargos infringentes, os quais, também por maioria de votos, foram rejeitados.

Os autos retornaram à 1ª instância, onde a instituição financeira embargada informou não ter condições de apresentar os documentos requisitados (extratos bancários), uma vez que já não mais os possuía. O Magistrado, entendendo que ao banco cabia manter os registros necessários até a questão ser solucionada e que, por sua culpa, não foram exibidos os documentos solicitados, julgou procedentes os embargos opostos “para o fim de declarar inconsistente o título executivo apresentado com a petição inicial da execução por sua falta de liquidez e certeza e, conseqüentemente, declarar a insubsistência da execução” (fl. 178).

Os embargos de declaração oferecidos pelo banco, com a juntada de documentos (fls. 187/188), foram rejeitados pelo MM. Juiz de Direito.

A Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul negou provimento à apelação interposta pelo embargado, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“Embargos — Novação — Não-ocorrência — Prorrogação da mesma dívida — Comprovação — Determinação para que o banco credor apresente extratos — Matéria preclusa — Não-atendimento — Impossibilidade de aferição da certeza e exigibilidade do contrato — Extinção da execução.

Prorrogações do prazo para pagamento de empréstimo com a confecção de novos títulos, amortizados os valores pagos, não implica novação, podendo a legalidade daqueles títulos substituídos ser discutida a todo tempo. Se a apresentação de extratos bancários é imprescindível para a solução do litígio, e a determinação judicial para tanto não é atendida, a instituição financeira destinatária do comando deve suportar o ônus da configuração da iliquidez e incerteza do título exequendo” (fl. 247).

O órgão julgador relegou a preliminar de nulidade da sentença para exame conjunto com o mérito e, quanto a este, aduziu o voto condutor:

“Não é porque há nos autos cópias das duplicatas objeto do referido desconto que teriam dado azo à confissão exequenda que estaria comprovada a origem da dívida, tornando dispensável a juntada dos documentos. Além de a juntada desses documentos, os extratos bancários, se constituir uma ordem sobre a qual inclui a preclusão, como já salientado, é indubitável que o próprio desconto pode ser feito para prorrogar dívidas anteriores, e não raro o é nas operações bancárias.

Os extratos demonstrariam então se o crédito oriundo do desconto foi lançado em conta corrente, por exemplo, para cobertura de saldo devedor relativo a cheque especial, o que também não é incomum” (fl. 245).

Rejeitados os declaratórios, o embargado manifestou este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando ofensa aos arts. 2º, 128, 333, I, 458, II, 460, 463, II, 535, I e II, 538, parágrafo único, e 585, II, do CPC; 5º, LIV e LV, da CF, além de dissenso com a Súmula n. 27 desta Corte. Arguiu, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido por não haver suprido a omissão, contradição e obscuridade invocadas. Alegou, outrossim, nulidade da sentença em virtude de não haver o Magistrado singular esclarecido os pontos abordados em sede de aclaratórios, relativos à dispensabilidade de juntada dos extratos bancários. Asseverou, em seguida, que o débito exequendo consta do próprio título

— instrumento particular de confissão e composição de dívida — cuja origem é o desconto de duplicatas efetuado junto ao banco pela devedora principal, sendo assim desnecessária a exibição dos extratos bancários para a demonstração da liquidez do débito. Acrescentou que, assim não fosse, permanece também como título executivo extrajudicial a nota promissória emitida em garantia. Por derradeiro, sustentou que os embargos declaratórios opostos ao julgado recorrido não tiveram finalidade protelatória.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. O apelo excepcional interposto mostra-se inadmissível em relação a alguns tópicos nele aventados.

Primeiro, em sede de recurso especial não se aprecia asserção concernente à afronta de texto constitucional. Segundo, a decisão recorrida, em momento algum, cogitou da incidência no caso dos arts. 2º, 128, 333, I, e 460 do Código de Processo Civil. Ausente aí o requisito do prequestionamento (Súmula n. 282/STF). Terceiro, a nota promissória dada em garantia do débito contraído pelos ora recorridos não está a embasar a execução aforada em apenso, a qual, conforme se pode verificar, assenta apenas no instrumento de confissão e composição de dívida. Inocorrente, pois, a pretendida dissonância interpretativa em face do enunciado na Súmula n. 27 desta Corte.

2. De outro lado, o julgado combatido não incorreu em falta de fundamentação, tampouco em omissão quanto aos itens ventilados nos embargos de declaração. Na verdade, decidiu ele o ponto nodal da controvérsia, relacionado com a não-exibição, pela instituição financeira, dos extratos bancários exigidos. Em sede de aclaratórios, reiterou o Tribunal estadual o seu entendimento de que a preliminar de nulidade de sentença se entrosava com o merecimento da causa, visto envolver a prescindibilidade ou não da apresentação dos indigitados extratos.

3. Dúvida não paira, na espécie, de que a confissão de dívida avençada entre as partes resultou de um contrato de desconto de duplicata. Esse aspecto, de substancial relevo para o deslinde da pendência, acha-se consignado no próprio instrumento particular de confissão e composição de dívida, que serve de suporte à execução (fl. 5 do apenso; fls. 187 e 218 destes autos). O detalhe pode ter ficado despercebido diante da dobradura da folha correspondente. Certo é que, porém, os próprios recursantes declararam em seus embargos ser o instrumento de confissão de dívida originário de desconto de duplicata (fl. 9 destes autos).

O acórdão recorrido apega-se ao fundamento de que, tocante à exibição dos extratos bancários, teria ocorrido no caso a preclusão. Entretanto, sabendo-se que a avença primitiva entre as partes se vinculava a contrato de desconto de duplicata, a dilação probatória ordenada pelo Tribunal de Justiça **a quo** não necessitava recair compulsória e exclusivamente no oferecimento dos referidos extratos. O que o primeiro acórdão prolatado neste feito exigiu, sim, foi a abertura da fase probatória, a fim de que se pudessem analisar os reflexos na dívida atual resultante dos contratos anteriores (fl. 114). Nesses termos, o dispositivo daquele aresto, ao mencionar a requisição dos extratos, deu-se de maneira meramente enunciativa.

Pois bem. Tais extratos bancários não puderam vir aos autos, simplesmente porque inexistiam. Essa circunstância deu ensejo a que o doutor Juiz de Direito, na segunda sentença, concluísse pela iliquidez e incerteza do débito. Foi o julgador instado, em sede de aclaratórios, pelo banco embargado, que então não só trouxe ao feito o esclarecimento efetivo de que o contrato anterior era de “desconto bancário”, como ainda também evidenciou, através dos documentos de fl. 187, que as duplicatas descontadas pelos devedores, junto à instituição financeira, houveram sido sacadas contra Jaime Basso, nos valores, respectivamente, de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais).

Acha-se aí — sem nenhuma dúvida — o contrato anterior exigido pelo primeiro acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Basta considerar a documentação oferecida pelo Banco para ter-se como atendida a ordem feita por aquele sodalício estadual, sem que fosse imprescindível — repita-se — a juntada de extratos bancários, mesmo porque, ao reverso do que dito no **decisum** ora recorrido, não se cuida aqui, no caso, de lançamento algum em conta corrente, para cobertura de saldo devedor relativo a cheque especial. A origem da dívida encontra-se apenas no desconto das duas duplicatas aludidas.

Com a exibição de tais documentos, permitir-se-á ao Julgador de 1ª instância verificar se, na primitiva avença (desconto de duplicatas), houve realmente ou não a exigência de juros ilegais. Deixa de prevalecer, assim, a alegada iliquidez ou incerteza do débito reclamado.

Tenho, nesses termos, que, sob tal aspecto, tanto a sentença como o v. acórdão recorrido malferiram a norma do art. 585, II, da lei processual civil, segundo a qual constitui título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. É o caso dos autos. Se porventura tiver havido a cobrança de juros abusivos ou ilegais anteriormente à formalização da “confissão e composição da dívida”, isso será facilmente aferível pelo julgador de 1ª grau ou pelo órgão de 2ª instância, oportunamente.

4. Assiste razão ainda ao ora recorrente no tocante à aplicação da multa cominada no art. 538, parágrafo único, do diploma processual civil.

É da jurisprudência desta Casa a orientação de que, para a incidência da referida penalidade, deve o Tribunal indicar os motivos pelos quais reputou procrastinatórios os embargos de declaração. Na espécie, o acórdão objurgado cingiu-se a asserir que o embargante pretendia rediscutir matéria já debatida, o que não constitui — **ex vi legis** — razão suficiente para a aplicação da pena. Acresce que, no caso, o banco é o credor e, assim, procura receber o que lhe é de direito; não se podendo, pois, cogitar de sua eventual intenção de retardar a solução da causa.

5. Do quanto foi exposto, conheço, em parte, do recurso pela alínea **a** do admissivo constitucional e, nessa parte, dou-lhe provimento para: a) afastar a iliquidez e incerteza do débito e, conseqüentemente, determinar o retorno dos autos ao 1º grau de jurisdição, a fim de que o MM. Juiz de Direito julgue o mérito dos embargos à execução como entender de direito; b) cancelar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 450.631 — RJ (2002/0077897-1)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Paulo César dos Santos Prata

Advogados: Marcus Alexandre Siqueira Melo e outro

Recorrido: Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A

Advogados: Kelly Christina Teixeira da Silva e outro

EMENTA

Valor da causa. Ação de revisão de contrato bancário.

O valor da ação de revisão de contrato que conteria cláusulas abusivas deve corresponder à diferença que o autor pretende abater do total exigido pelo credor.

Recurso conhecido e provido, para afastar como valor da causa a quantia que o banco apurou como sendo o valor do débito.

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 e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

Publicado no DJ de 10.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Paulo César dos Santos Prata agravou da decisão que, nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais (contrato de cheque especial) cumulada com repetição de indébito que move contra o Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A, acolheu a impugnação ao valor da causa, fixando-o em R\$ 24.647,00, que corresponderia ao débito do agravante junto ao agravado.

O agravante alegou que o valor da causa deve ser de R\$ 1.500,00, correspondentes ao original da garantia do seu cheque especial, porque o mais decorreria de cláusulas contratuais nulas.

A egrégia Décima Sexta Câmara Cível do TJRJ negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Valor da causa. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito. Pretendendo, o autor, a nulidade de cláusulas contratuais que estabelecem regras de natureza financeira, bem como a repetição do que entende que lhe foi cobrado a maior, o valor da causa deve corresponder ao **quantum** atual do débito, que reconhece. Não justifica-se o valor meramente simbólico, pois que existem dois pedidos: o declaratório e o condenatório, daí a incidência da regra do inciso II, do art. 259, do CPC, no sentido de que havendo cumulação de pedidos o valor da causa deve corresponder à soma de todos eles. Agravo improvido” (fl. 75).

Inconformado, o agravante interpôs recurso especial (art. 105, III, a, da CF), no qual alega negativa de vigência aos arts. 259 e 260 do CPC e cita julgados.

Afirma não pretender a anulação de todo o contrato de abertura de crédito em

conta corrente, mas tão-somente da cláusula que autoriza a cobrança de juros abusivos e da que autoriza a capitalização diária do saldo negativo. Quanto ao ponto, cita os arts. 6º, V, e 51, IV, e § 1º, do CDC e 173, § 4º, da CF.

Argumenta que “não podia o v. acórdão fixar como valor da causa o valor calculado unilateralmente pelo banco, mas sim, de forma coerente, determinar fosse adotado o valor da última negociação feita entre as partes, no valor de R\$ 12.837,52”. Ressalta que, ao contrário do afirmado no r. acórdão, a cópia da inicial foi juntada pelo ora recorrente. Além disso, o próprio TJRJ já teria decidido pela adoção do valor estimado, em causas nas quais se buscava revisar apenas parte do contrato.

Requer a reforma do acórdão, “permanecendo o valor do contrato discutido na inicial, ou seja, o contrato primitivo de cheque especial no valor de R\$ 1.500,00” ou, “alternativamente, em razão da teoria da imprevisão... reformar-se parcialmente a decisão recorrida, para que seja atribuída à causa o valor da última renegociação feita entre as partes, ou seja, R\$ 12.837,52, e não valor apenas ventilado pelas partes nos autos, como gatilho da querela”.

Inadmitido o recurso, com as contra-razões, dei provimento ao Ag n. 435.226/RJ e determinei a subida do especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): A questão se resume em decidir sobre o valor que deve ser dado à ação de revisão de cláusulas de contrato bancário tidas por abusivas.

Em primeiro lugar, fica esclarecido que tal valor não corresponderá necessariamente ao total do débito cobrado pelo banco, porquanto a dívida não é objeto de questionamento, apenas uma parte do valor final apurado. Em princípio, portanto, o valor da causa não pode ser superior à diferença que o autor pretende reduzir do débito cobrado.

Em segundo, também não se pode admitir que tal valor corresponda ao valor nominal da dívida originariamente pactuada no contrato de cheque especial, como pretende o autor, uma vez que não é sobre tal quantia que as partes contendem.

Em terceiro, o valor total indicado pelo banco não pode ser aceito, por incluir um possível excesso que se pretende evitar com a ação. Se tal quantia for considerada para o valor da causa, haverá duplo dano ao devedor, que, além de instado a pagar mais do que seria o permitido, ainda tem sua defesa dificultada, com despesas judiciárias acrescidas.

Nestes termos, tenho que o valor da causa deve ser fixado em R\$ 12.873,00, que foi objeto de negociação entabulada entre as partes, conforme reconhecido no r. acórdão.

Posto isso, conheço do recurso pelas duas alíneas e dou-lhe provimento, para atribuir à causa o valor acima indicado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 467.184 — SP (2002/0106811-7)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Jerônimo José da Rocha

Advogado: Evandro Lúcio Pereira de Souza

Recorrida: Maria Fernandes Rocha

Advogado: Paulo Renato Rocha Leão

Sustentação oral: Cláudia Sampaio Marques, representante do Ministério Público Federal

EMENTA

Separação. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação.

Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes.

Recurso conhecido e provido em parte.

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 e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Proferiu parecer oral a digna representante do Ministério Público Federal, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Maria Fernandes Rocha propôs ação de separação judicial contra Jerônimo José da Rocha, imputando ao réu o descumprimento de deveres inerentes ao casamento.

O réu contestou e apresentou reconvenção, atribuindo à mulher conduta que tornou insuportável a vida conjugal.

Julgadas improcedentes a ação e a reconvenção, apelou o réu-reconvinte.

A egrégia Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso:

“Separação judicial. Litigiosa. Provas insatisfatórias quanto ao descumprimento de dever conjugal e de prática de conduta desonrosa. Improcedência da ação e da reconvenção. Recurso do réu-reconvinte não provido” (fl. 289).

Inconformado, Jerônimo José da Rocha interpôs recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF), por violação ao art. 5º, **caput**, da Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio) e por ter o acórdão divergido da jurisprudência de outros tribunais. O v. aresto entendeu que as provas foram insatisfatórias quanto ao descumprimento de dever conjugal e quanto à prática de conduta desonrosa. Ocorre que ambas as partes pretendem a separação, e se não foi proposta ação de separação consensual, não se pode exigir escolham esse caminho. Se ambas optaram pela separação judicial, têm direito ao acolhimento do seu pedido pelo Judiciário, pois não se pode manter forçadamente uma relação conjugal que na realidade não mais existe. Pede a reforma do v. acórdão recorrido, para que seja julgada procedente a reconvenção, decretando-se a separação do casal por culpa da recorrida, ante a violação de deveres matrimoniais, bem como a partilha dos bens na forma requerida na reconvenção.

Admitido o recurso pela alínea **c**, sem as contra-razões, vieram-me os autos.

Solicito parecer oral do douto MPF.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. O recurso pode ser conhecido pela divergência, que ficou bem demonstrada.

No caso dos autos, os dois cônjuges manifestaram o desejo de separar-se judicialmente. A mulher tomou a iniciativa e ingressou com a ação de separação, dizendo que o marido a trata de modo agressivo, criando ambiente incompatível

com a vida em comum (fl. 3). O marido, além de contestar, ofereceu reconvenção, atribuindo à mulher, depois de um certo tempo, comportamento estranho, com abandono do leito conjugal e das tarefas caseiras.

As instâncias ordinárias entenderam que as duas pretensões não estavam suficientemente provadas e por isso julgaram improcedentes a ação e a reconvenção.

O marido insiste em obter o decreto de separação, com acolhimento do seu pedido.

2. Manifestando os cônjuges o propósito de obter do Juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram, mas configurada a insuportabilidade da vida conjugal, parece que a melhor solução é decretar-se a separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5^a da Lei n. 6.515, de 26.12.1977, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio.

A solução tem sido admitida em precedentes dos nossos tribunais, assim como informado por **Yussef Said Cahali** no seu excelente “Divórcio e Separação”, 10^a ed., p. 602 (TJSP, Primeira Câmara; Sétima Câmara TJRS). Também foi a adotada no paradigma, do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, e está contemplada no Código Civil de 2002, cujo art. 1.573, parágrafo único, permite a separação quando o juiz verificar a presença de outros fatos (além da conduta reprovável do cônjuge, enumerados nos incisos do artigo) que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Por isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento em parte, para decretar a separação do casal, com a oportuna partilha dos bens comuns. Custas por metade, com exigibilidade suspensa em favor da mulher, que litiga com a assistência, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/1950, compensados os honorários.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 467.878 — RJ (2002/0127403-7)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro

Advogados: Sérgio Brum de Barros e outros

Recorrida: Maria Joana de Santana Vieira

Advogados: Sandra Regina Maria de Alcântara e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado.

A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.

Recurso 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. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

Publicado no DJ de 10.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Maria Joana de Santana Vieira ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e o Dr. Paulo José Pereira, em razão de erro médico por ocasião de intervenção cirúrgica na qual teve sua visão irremediavelmente comprometida. Afirmou que em momento algum fora informada de que a cirurgia apresentava risco de perda total da visão.

Julgada parcialmente procedente a ação, foram condenados os réus ao pagamento de indenização por danos materiais, sob a forma de pensionamento vitalício, em prestações mensais fixas de um salário mínimo, a contar do evento, e pelo dano moral, com indenização no valor equivalente a 300 salários mínimos.

A primeira ré apelou e disse que a apelada sempre teve, antes, durante e depois da operação, acompanhamento médico dedicado. O sacrifício do nervo ótico provavelmente deveu-se à demora na realização da cirurgia. Ponderou que não houve qualquer erro na condução do ato cirúrgico, não tendo havido imperícia,

imprudência ou negligência, conforme comprovou o laudo pericial. Esclareceu que a autora, na qualidade de portadora de tumor na hipófise, que comprimia o nervo ótico, após relutar em realizar a cirurgia e quando o quadro já estava agravado, a caminho de perder completamente a visão, só então propôs-se à intervenção cirúrgica. Logo, afastada a culpa com relação ao ato cirúrgico, somente haveria responsabilidade dos réus se comprovado erro no atendimento pré ou pós-operatório que tivesse contribuído para o resultado danoso o que, no entender da apelante, não ocorreu. Sustentou que todos os esclarecimentos sobre o risco da cirurgia foram prestados, inclusive quanto à urgência da intervenção a fim de impedir o crescimento do tumor que, comprimindo o nervo ótico, provocaria a perda total da visão, fato que acabou acontecendo, apesar das diligências dos profissionais que realizaram a cirurgia. Por fim, entendeu excessiva a verba indenizatória arbitrada.

A egrégia Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Direito do consumidor. Fato do serviço. Direito Civil. Fato de terceiro. Erro médico. Indenização.

1) A relação jurídica existente entre as partes é de consumo e, portanto, regida pela Lei n. 8.078/1990. 1.1) A Apelada, antes de submeter-se à intervenção cirúrgica, tinha o direito à informação adequada, clara e precisa de todas as circunstâncias que envolviam o ato cirúrgico, inclusive, aos riscos da operação (consentimento esclarecido). Assim não agindo os Réus, caracterizado está o fato de o serviço, na forma da parte final do artigo 14, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 1.2) A pessoa jurídica Apelante responde, objetivamente, nos termos do prefalado artigo 14. 2) **Ad argumentandum tantum**, ainda que se pretendesse fazer incidir à espécie o Código Civil, inafastável seria a aplicação do artigo 1.521, III, eis que, provada a culpa do médico, solidariamente responde a Apelante. 3) O erro médico não consiste, apenas, na falha do profissional no que respeita ao ato cirúrgico em si mas, certamente, pode ocorrer tanto na fase pré-operatória, quanto na do pós-operatório. No caso, houve violação do dever de conselho, bem assim da regra que assegura ao paciente o direito à informação completa, adequada, clara e precisa sobre o serviço contratado, questão já coberta pelo manto da coisa julgada, à falta de recurso do profissional. 4) Presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, nítido exsurge o dever de indenizar, sendo que a indenização arbitrada pelo Juízo monocrático encontra-se prudente e adequadamente arbitrada, respeitando o princípio da razoabilidade. Recurso da primeira Ré não provido” (fls. 75/76).

Rejeitados os embargos de declaração, a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro interpôs recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF). Alega ter o r. acórdão violado os arts. 3º e 14 do CDC, ao estender sua incidência ao atendimento filantrópico prestado pela Santa Casa à recorrida, visto não se poder igualar a instituição, cuja atividade de auxílio médico à população se dá gratuitamente, com aquelas que prestam serviços médicos de forma empresarial, visando lucro, estas sim, sujeitas aos rigores do CDC. Teria sido contrariado o art. 509 do CPC, pois entende que o seu recurso também beneficia o co-réu, que não recorreu, pelo que não poderia ser reconhecida a responsabilidade solidária da Santa Casa apenas por falta de recurso judicial do médico, condenado em primeiro grau. Na verdade, não existe coisa julgada no que tange à existência de culpa do profissional, fundamento alternativo usado para, com base no art. 1.521, III, do CC, condenar a Santa Casa. Por fim, teria havido negativa de vigência ao art. 535, I, do CPC, uma vez que foram interpostos os embargos declaratórios cabíveis versando exatamente sobre ambos os pontos destacados, mas não supridos. Aponta dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem. Dei provimento ao Ag n. 446.620/RJ, para que se processasse nestes autos o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): O recurso especial não pode ser conhecido:

a) o fundamento pelo qual foi responsabilizada a ora recorrente está em ser ela a fornecedora dos serviços médico-hospitalares em razão dos quais aconteceu o dano. Somente como argumento de reforço foi dito que tal responsabilidade também decorria da aceitação da culpa do médico, co-réu que não recorreu. Ainda que tal argumento pudesse ser rejeitado, por incidência do art. 509 do CPC, persiste o outro fundamento: a ré responde por ser a fornecedora do serviço;

b) o fato de ser a Santa Casa uma entidade filantrópica não a isenta da responsabilidade de atender ao dever de informação, e de responsabilizar-se pela falta cometida pelo seu médico, que deixa de informar à paciente de cirurgia de risco sobre as possíveis conseqüências da intervenção. A obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado. Segundos as instâncias ordinárias, esse dever não foi cumprido;

c) a ofensa ao art. 535 do CPC não pode ser reconhecida porquanto a egrégia Câmara enfrentou os temas que lhe foram propostos, logo, não é por falta de questionamento que não se conhece do recurso da ré;

d) a alegada divergência a respeito do art. 535 do CPC não se configura porque os precedentes indicados são genéricos, não se referindo à situação específica dos autos, nos quais o julgamento da apelação esgotou suficientemente a matéria.

Posto isso, não conheço.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 475.081 — RS (2002/0150326-4)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: João Burtet — Espólio

Advogados: Roner Guerra Fabris e outros

Representado por: Diva Maria Corsetti Burtet — Inventariante

Recorridos: Paulo Celso Dihl Feijó e outros

Advogados: Flávio Sarmento Leite do Couto e Silva e outro

EMENTA

Execução de sentença. Cálculos. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Inclusão. Coisa julgada. Inexistência.

Se, no processo de conhecimento, não houve discussão acerca do cômputo ou não dos expurgos inflacionários na correção monetária determinada, a inserção deles na conta de liquidação da sentença não fere a coisa julgada.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros

Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Na ação de cobrança movida pelo ora Recorrente, o egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, reformando a sentença que havia fixado a correção monetária pelo IGPM, considerou que, “tendo sido acordado que seria aplicado o índice referente à Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) como indexador, deve tal índice ser respeitado, seguindo-se, em ordem sucessiva, o BTN, a IPCr, e o INPC, já que, segundo entendimento deste Órgão Colegiado, estes são os índices oficiais de correção monetária e que menor onerosidade causam ao devedor.”

O acórdão transitou em julgado e os autos foram ao contador para elaboração da conta.

Como o BTN foi extinto em 1^a.02.1991 e o IPCr iniciou apenas em 1^a.07.1994, o Contador judicial consultou o Juízo sobre o indexador a ser aplicado no referido período.

O Juiz decidiu então que, nesse intervalo, a correção seria o IGP-M (fl. 389). Os réus impugnaram, ao argumento de que o acórdão transitado em julgado não poderia ser alterado, e, em seguida, apoiados em cálculos próprios, acionaram o disposto no artigo 570 do CPC e, depositando os valores, propuseram a execução.

Os autores/credores ofereceram os embargos pugnando pela inclusão dos expurgos inflacionários de janeiro e fevereiro de 1989, no valor de 42,72% e 10,14%, e de março, abril e maio de 1990, nos percentuais de 30,46%, 44,80% e 2,36%, respectivamente, e pela incidência do IGPM, e não do INPC, no hiato entre a extinção do BTN (fevereiro/1994) e a criação do IPCr (julho/1994).

As apelações das partes foram parcialmente providas. No que aqui ainda interessa, foi negada a inclusão dos expurgos inflacionários no cômputo da correção monetária.

O egrégio Tribunal de origem, conquanto afirme que a correção monetária, por sua natureza de simples recomposição do poder aquisitivo da moeda, não está sujeita ao trânsito em julgado, entendeu que, no caso dos autos, “expresso é o

acórdão a respeito dos índices de correção a serem observados”, sendo tal critério “inalterável eis que acobertado pelo instituto jurídico-processual da coisa julgada material”.

Daí o recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c**, sustentando negativa de vigência e interpretação divergente do artigo 1º da Lei n. 6.899/1981 e do artigo 610 do Código de Processo Civil, diante da recusa de aplicação da correção monetária plena sobre o débito resultante de decisão judicial, além do dissídio com julgados desta Corte, que decidiram pela aplicação dos expurgos inflacionários na liquidação, mesmo quando não tenham constado da sentença exequiênda.

Respondido, o recurso foi admitido na origem.

Em observância à Lei n. 10.173/2001, vez que, conforme petição de fl. 528, a representante do espólio recorrente possui mais de 65 anos, dei ao feito a requerida prioridade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A controvérsia está em saber se os expurgos inflacionários de janeiro e fevereiro de 1989, no valor de 42,72% e 10,14%, e de março, abril e maio de 1990, nos percentuais de 30,46%, 44,80% e 2,36%, respectivamente, incidem ou não, quando não mencionados na decisão exequiênda, no cômputo da correção monetária no cálculo do valor devido aos recorrentes, em razão da procedência da cobrança relativa a notas promissórias.

Para o egrégio Tribunal de origem, a incidência importaria em ofensa à coisa julgada, uma vez que o acórdão rescindendo estipulou índices sem que houvesse recurso.

Já o recorrente alega que, uma vez determinada, no processo de conhecimento, a correção monetária pelos índices oficiais sem qualquer menção aos expurgos, implícita e imperiosa seria a sua inclusão no cálculo, sob pena de diminuição patrimonial dos credores e de ofensa ao artigo 1º da Lei n. 6.899/1981.

2. Com razão o recorrente.

A conta, na qual se pretende a inclusão dos expurgos, foi apresentada pelo devedor em execução invertida. Os embargos do credor foram rejeitados nessa parte, donde o recurso especial em exame.

O recorrido usou do artigo 570 do Código de Processo Civil (“o devedor pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial; neste caso, o devedor assume, no processo, posição

idêntica à do exeqüente”), apresentando a execução com base no cálculo por ele elaborado (artigo 605).

Não houve, neste feito, sentença homologatória do *processo de liquidação*.

A coisa julgada invocada pelo v. acórdão ora recorrido diz com o acórdão proferido no *processo de conhecimento* que assim decidiu:

“Quanto ao indexador aplicável, merece reparo o veredicto recorrido, pois tendo sido acordado que seria aplicado o índice referente à Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) como indexador, deve tal índice ser respeitado, seguindo-se, em ordem sucessiva, o BTN, a IPCr, e o INPC, já que, segundo entendimento deste Órgão Colegiado, estes são os índices oficiais de correção monetária e que menor onerosidade causam ao devedor.”

O egrégio Tribunal de Alçada não agiu, **data venia**, com o seu costumeiro acerto. É que a simples adoção do índice acordado e seus sucessores não significa decisão acerca dos controvertidos expurgos inflacionários relativos aos referidos índices. Com efeito, nada se decidiu sobre os mesmos. E o silêncio, no caso, não importa em recusa, nem se pode dizer que coberta pelo manto da coisa julgada.

Tanto é assim que no período entre a extinção do BTN (em 1^a.02.1991) e a criação do IPCr (1^a.07.1994), para o qual o mesmo v. acórdão exeqüendo foi totalmente *silente*, o colegiado estadual entendeu de aplicar o IGP-M, por ser o que melhor reflete a desvalorização da moeda no período e por não afrontar o acórdão exeqüendo já que “não havia um índice preciso a ser aplicado no período”.

A seguir o mesmo primeiro raciocínio, isso deveria ser rejeitado, já que não mencionado pelo acórdão exeqüendo e, portanto, o deferimento importaria em ofensa à coisa julgada.

A jurisprudência desta egrégia Corte proclama a legitimidade da inclusão dos expurgos no cálculo da correção monetária nas contas relativas às liquidações de sentenças, a exemplo dos seguintes julgados:

“Processo Civil — Econômico — Recurso especial — Embargos à execução — Servidor público estadual — Correção monetária — Expurgos inflacionários — IPC — Janeiro de 1989 — 42,72% (...)”

2 - Os chamados expurgos inflacionários nada mais são que decorrência da correção monetária, pois compõem este instituto, uma vez que se configuram como valores extirpados do cálculo da inflação, quando da apuração do índice real que corrigiria preços, títulos públicos, tributos e salários, entre outros. Se é remansoso nesta Corte Superior que a correção monetária nada acrescenta, tão-somente preserva o valor da moeda aviltada pelo processo

inflacionário, não constituindo um plus, mas sim um minus, tem-se por essencial a correta apuração do mesmo.” (REsp n. 436.820/SP, DJ de 11.11.2002, Relator Min. Jorge Scartezzini).

“Agravos regimentais — Expurgos inflacionários — Liquidação de sentença.

1. A jurisprudência dominante do STJ reconhece a legalidade da aplicação dos expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária em conta de liquidação de sentença.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 338.481/PE, DJ de 23.09.2002, Relatora Ministra *Eliana Calmon*).

“Previdenciário — Benefícios — Pagamento administrativo efetuado com atraso — Portaria n. 714/1993 — Correção monetária — Diferenças — (...)

— Devem ser incluídos no cálculo da correção monetária, em sede de liquidação de sentença, os índices relativos aos expurgos inflacionários, conforme reiterado entendimento jurisprudencial desta Corte.” (REsp n. 341.714/PI, DJ de 18.02.2002, Relator Ministro Jorge Scartezzini).

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Inclusão de expurgos inflacionários. Liquidação de sentença. Súmula n. 83/STJ.

I - É pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que em sede de liquidação de sentença é admissível a inclusão dos expurgos inflacionários, se os mesmos foram apresentados antes da homologação da sentença de cálculo (Precedentes).” (AgRg no Ag n. 386.334/DF, DJ de 29.10.2001, Relator Ministro Felix Fischer).

“Correção monetária. Expurgos da inflação nos meses de janeiro/1989 e março-abril/1990. Inclusão no cálculo de liquidação. Indexador. Adoção do IPC.

— A correção monetária não constitui um plus que se acrescenta, mas simples recomposição do poder aquisitivo da moeda aviltada pela inflação. Possível, portanto, a sua inclusão na liquidação, ainda que não requerida na inicial, nem cogitada na sentença.” (REsp n. 77.636/DF, DJ de 19.08.1996, Relator Ministro Barros Monteiro).

“Processual Civil. Liquidação de sentença. Correção monetária. IPC dos meses de março a maio de 1990 e de fevereiro de 1991. Inclusão nos cálculos. Jurisprudência pacífica. Índice de janeiro de 1989. Inflação real. Parcial provimento. Preclusão. Inocorrência.

— Devem ser incluídos os percentuais de variação do IPC dos meses de

março, abril e maio de 1990 e de fevereiro de 1991, bem como o expurgo inflacionário ocorrido em janeiro de 1989, no cálculo da correção monetária em conta de liquidação de sentença, de acordo com a jurisprudência pacífica e conforme deste tribunal, inexistindo ofensa ao princípio da preclusão.” (REsp n. 68.251/DF, DJ de 06.05.1996, do qual fui Relator).

Repito, por fim, que não se trata aqui de conta homologada pelo juízo com trânsito em julgado. Os cálculos não foram homologados por sentença e, por isso, sem pertinência os precedentes, ditados pelo entendimento firmado pela egrégia Corte Especial (ERESPs ns. 232.140/CE, 199.958/RS, 195.969/RS, dentre outros), que não permitem, em virtude da coisa julgada, a substituição ou inclusão de novo índice. O trânsito em julgado, nesses casos, é da sentença que homologou os cálculos elaborados sem os expurgos inflacionários, o que não é a hipótese destes autos.

Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para determinar a inserção dos expurgos inflacionários nos cálculos relativos à sentença exequenda.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, conforme V. Exa. referiu, os precedentes deste Tribunal e desta Turma são todos no sentido de que se deve garantir ao credor a correção monetária do débito. Isso tem sido aplicado não apenas quando há disposições contratuais, mas muito especialmente na execução de título judicial, cujo cálculo da liquidação — e nesse ponto são inúmeros os precedentes — deve levar em conta os expurgos, único meio de se garantir a persistência da mesma dívida.

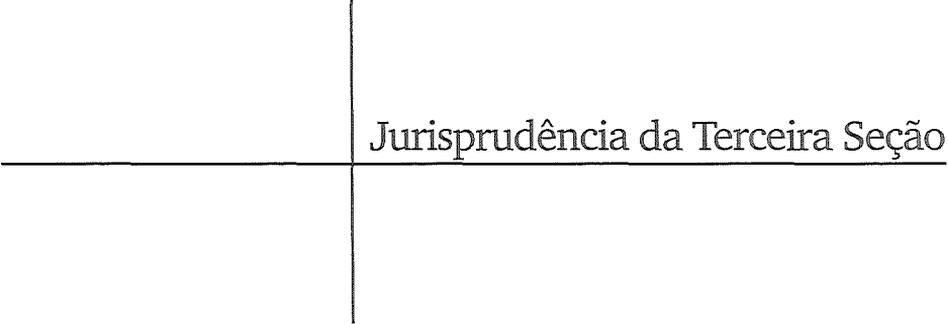
Daí por que, **data venia**, acompanho o voto de Vossa Excelência.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho V. Exa. porque, efetivamente, a situação é diversa. Não havia discussão específica sobre os expurgos, apenas haviam sido delineados quais os índices. Mas, a questão surgiu em função dos hiatos havidos entre esses índices, daí a falta de uma decisão homologatória de cálculo. Não havia trânsito em julgado sobre isso, a decisão estava em aberto.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.



Jurisprudência da Terceira Seção

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO
N. 1.179 — DF (2002/0058098-2)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Agravante: Ministério Público Federal

Reclamante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Reclamado: Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Interessado: Jan Carlos de Souza Lima

Advogados: Erasto Villa-Verde de Carvalho e outro

EMENTA

Reclamação. Agravo regimental. Decisão exorbitante de julgado proferido em **habeas corpus**.

1. O paciente teve negado, em sede de **habeas corpus**, pelo STJ, o direito do recurso em liberdade. Subseqüentemente o Tribunal de Justiça, sob novo argumento, veio a conceder o benefício, abrindo ensejo à reclamação pelo Ministério Público, que teve seguimento negado, pois, do contrário, o *writ* estaria sendo utilizado no sentido inverso, em detrimento do reclamado-paciente.

2. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente. Ministro Fernando Gonçalves, Relator

Publicado no DJ de 02.09.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: O Ministério Público do Distrito Federal e

Territórios, através do Procurador-Geral de Justiça, fez formular pedido de reclamação contra decisão concessiva de **habeas corpus** pelo Conselho da Magistratura do TJDF, haja vista que, anteriormente, no julgamento de outra ordem (HC n. 17.200/DF), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça mantivera a prisão em flagrante do paciente Jan Carlos de Souza Lima, ao fundamento de haver ele permanecido nesta condição durante todo o sumário de culpa, “máxime tendo em conta o disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990”.

A reclamação teve seguimento negado, consoante decisão, **verbis**:

“Vistos, etc.

O **habeas corpus** julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na assentada do dia 20 de setembro de 2001, foi denegado, principalmente, pelo fato de ter havido flagrante e o paciente respondido preso a toda instrução criminal. Sobressai, a propósito, da ementa:

“Processual Penal. Prisão cautelar. Revogação. Impossibilidade. Réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal.

1. Preso o paciente em flagrante delito e, nesta condição, permanecido durante toda a instrução criminal, é de se manter a medida restritiva, à míngua de fato novo que possa elidi-la, máxime tendo em conta o disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

2. Ordem denegada.” (HC n. 17.200/DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves)

O Conselho da Magistratura do TJDF, no entanto, apreciando novo pedido de **habeas corpus**, ao fundamento de já ter o paciente cumprido 1/6 da pena, observados os parâmetros do **caput** do art. 121, do Código Penal, houve por bem conceder-lhe liberdade provisória.

Nada obstante parecer ao Ministério Público ser esta decisão exorbitante daquela tomada — anteriormente — pela Sexta Turma, a verdade é que, além de outra fundamentação adotada pelo TJDF, não visualizo como se possa, em sede de reclamação, impor ao paciente nova prisão, valendo-se de decisão proferida em **habeas corpus**, remédio existente para socorrer o direito de locomoção e que, caso contrário, estaria sendo utilizado no sentido inverso, em detrimento do próprio reclamado-paciente.

Ante o exposto, regimentalmente apoiado, nego seguimento à presente reclamação.” (Fl. 58)

No presente agravo o Ministério Público Federal sustenta afronta ao julgado

do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o Conselho da Magistratura apenas fez conferir outro efeito jurídico à decisão, com a menção de já haver o paciente cumprido 1/6 da pena, sendo certo, por outro lado, que sua periculosidade fora afirmada na sentença de pronúncia e no acórdão de confirmação.

Diz — ainda — não se tratar de nova prisão, pois, do contrário, a decisão do STJ estará sendo ignorada (fls. 61/64).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O acusado, preso em flagrante, pela prática de homicídio qualificado, nesta condição esteve até a sentença de pronúncia, onde ratificada a medida restritiva e mantida pelo Tribunal **a quo**, afastando argüição de excesso de prazo, consoante ementa lançada no texto do voto que compõe o HC n. 17.200/DF (fl. 29), do seguinte teor:

“**Habeas corpus**. Sentença de pronúncia. Homicídio qualificado. Crime hediondo. Decisão fundamentada.

Prolatada a sentença de pronúncia, resta superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa. Desde que fundamentada, segundo os preceitos legais, a sentença de pronúncia que mantém a prisão cautelar, não pode ser inquinada de ilegal ou abusiva.

Ordem denegada.” (Fl. 29)

E ordem substitutiva de recurso, o pleito de liberdade provisória foi reiterado, aduzindo-se, então, a falta de justa causa para a prisão, a par da primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixo.

O *writ* foi negado por maioria pela Sexta Turma, na assentada do dia 20 de dezembro de 2001 (fls. 28/33). Subseqüentemente, o TJDF, em 30 de janeiro de 2002, veio a conceder novo **habeas corpus**, fixando-se na seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Homicídio. Cumprimento de um sexto da pena. Julgamento em liberdade. Viabilidade.

Possível é se aguardar o julgamento em liberdade se o paciente já cumpriu 1/6 (um sexto) da pena mínima e se os documentos que instruem o processo não revelam a periculosidade do agente.

Ordem concedida. Unânime.” (Fl. 45)

Nada obstante, dada a peculiaridade ímpar do **habeas corpus**, no sentido exclusivo de proteção ao direito ambulatorial das pessoas, mantenho o ponto de

vista já declinado na decisão agravada, vedando a utilização deste remédio em finalidade não apenas diversa, mas, também, antagônica com aquela constitucionalmente prevista.

Nego provimento.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 36.483 — MG (2002/0110445-7)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Autora: Justiça Pública

Réu: Osvaldo Sebastião Mendes

Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara de Juiz de Fora — SJ/MG

Suscitado: Juízo de Direito de Guarani — MG

EMENTA

Competência. Conflito negativo.

— Crime contra o meio ambiente. No caso, não tendo a infração penal sido praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, da justiça estadual é a competência para a causa.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito de Guarani — MG. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília (DF), 23 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

Publicado no DJ de 12.05.2003

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Trata-se de conflito de competên-

cia suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Juiz de Fora — MG que afirma ser de competência do Juízo de Direito de Guarani — MG processar e julgar o crime cometido contra a fauna.

Consta que o réu foi autuado por estar com 04 pássaros da fauna nacional, foi indiciado pela prática do crime descrito no art. 29, III, da Lei n. 9.605/1998.

O Juízo de Direito de Guarani entendeu que se tratava de crime de competência da Justiça Federal (fls. 19/20), com invocação da Súmula n. 91 do Superior Tribunal de Justiça.

Os autos foram remetidos à Justiça Federal que suscitou o presente conflito por entender que o crime não lesionou bem da União (fls. 23/27).

O parecer do Ministério Público Federal foi pela competência do suscitado, expondo sua manifestação a seguinte ementa:

“Conflito negativo de competência. Crime contra a fauna. Súmula n. 91 do STJ. Inaplicabilidade.

1 - Estando cancelada a Súmula n. 91 do STJ e inexistindo interesse da União na lide, afasta-se a competência da Justiça Federal.

2 - Pela competência da Justiça Comum Estadual” (fl. 51).

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): A competência da Justiça Federal em matéria criminal como a dos autos ocorre quando a infração cometida for em detrimento de bens, serviços ou interesses da União.

Nesse sentido:

“Conflito de competência. Crimes contra a fauna. Súmula n. 91/STJ. Inaplicabilidade após o advento da Lei n. 9.605/1998. Crime de pesca mediante utilização de petrechos não permitidos. Rio interestadual (artigo 20, inciso III, da Constituição Federal). Bem da União. Existência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da justiça federal.

1. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

2. Inaplicabilidade da Súmula n. 91/STJ, após o advento da Lei n. 9.605, de fevereiro de 1998. Cancelamento da Súmula na Sessão de 08 de novembro de 2000.

(...)

5. Conflito conhecido para que seja declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Araraquara — SJ/SP, o suscitante.” (CC n. 35.058/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ de 19.12.2002).

Posto isso, conheço do conflito e declaro competente para a causa o Juízo de Direito de Guarani — MG.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 37.595 — SC (2002/0164351-3)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Autora: Justiça Pública

Réu: Italo Zailu Luiz de Medeiros

Réu: Jorge Luiz dos Santos

Suscitante: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Blumenau — SC

Suscitado: Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau — SC

EMENTA

Criminal. Conflito de competência. Crime eleitoral. Competência em razão da natureza da infração. Lei dos Juizados Especiais. Aplicabilidade aos crimes sujeitos a procedimentos especiais. Competência do juízo suscitado.

I - A criação dos Juizados Especiais Criminais não afasta a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes elencados no Código Eleitoral e nas demais leis, **in casu**, Lei n. 9.504/1997, por se tratar de competência em razão da natureza da infração.

II - Aplica-se, todavia, no que cabível, os institutos preconizados na Lei n. 9.099/1995.

III - A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de competência da Justiça Eleitoral.

IV - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau — SC, 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, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau — SC, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e Fontes de Alencar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 09 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo de Direito Especial Criminal de Blumenau — SC, o Suscitante, e o Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral, de Blumenau — SC, o Suscitado, nos autos de representação criminal eleitoral, visando à apuração do crime do art. 39, § 5º, inciso II, da Lei n. 9.504/1997.

A mencionada representação foi encaminhada ao Juízo da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau — SC, tendo sido realizada audiência preliminar, na qual o *Parquet* ofereceu proposta de transação penal, que foi aceita pelos dois requeridos, em 06.10.2002 (fl. 04).

Em 09.10.2002, o MM. Juiz eleitoral remeteu os autos ao Juizado Especial Criminal, reputando-se incompetente para o processo e julgamento do feito, pois o delito seria de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei n. 9.099/1995 e da Lei n. 10.259/2001 (fl. 09).

Recebendo os autos, o Magistrado do Juizado Especial Criminal de Blumenau — SC suscitou o presente conflito, sob o fundamento de que não seria competente para a análise de questões eleitorais, conforme dispõe o art. 1º da Lei n. 9.099/1995 (fls. 10/12).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela competência do Suscitado (fl. 22).

É o relatório

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O presente conflito de competência foi estabelecido entre o Juízo de Direito Especial Criminal de Blumenau — SC, o Suscitante, e o Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral, de Blumenau — SC, o Suscitado, nos autos de representação criminal eleitoral, visando à apuração do crime do art. 39, § 5º, inciso II, da Lei n. 9.504/1997.

Houve audiência preliminar, na qual o Ministério Público ofereceu proposta de transação penal, que foi aceita pelos dois requeridos, em 06.10.2002 (fl. 04).

Em seguida, o Suscitado, sob a alegação de que se tratava de crime de menor potencial ofensivo, remeteu os autos ao Juizado Especial Criminal, o qual suscitou o presente conflito (fls. 10/12).

Assiste razão ao Suscitante.

Inicialmente, cumpre considerar que o fato de terem sido criados os Juizados Especiais Criminais não afasta a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes eleitorais, assim elencados no Código Eleitoral e nas demais leis, como a Lei n. 9.504/1997, de que cuida a presente hipótese, eis que se trata de competência em razão da natureza da infração.

Nesse sentido, o parecer da Subprocuradoria Geral da República (fl. 20):

“05. (...) A criação dos Juizados Especiais não derogou a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes eleitorais elencados seja no Código Eleitoral, seja na legislação pertinente, **in casu**, na Lei n. 9.504/1997. Trata-se de competência que se determina pela natureza da infração e se insere no âmbito da Justiça Especializada e não da jurisdição ordinária.”

Por outro lado, não vislumbro óbice à aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores.

O critério que define a incidência da benesse legal, afora os requisitos subjetivos, é o menor potencial ofensivo da conduta praticada, que deve ser aferido pela pena mínima cominada ao delito.

Maiores restrições vêm sendo dispensadas, tendo em vista que o fim precípua da lei dos Juizados Especiais é justamente a negociação — o que faz com que se entenda que a sua aplicação deve ser a mais ampla possível, ultrapassando-se eventuais contrariedades pela hermenêutica penal e pelos fundamentos e princípio da própria lei.

Como vem ressaltando a melhor doutrina e a ulterior jurisprudência, não há

razão convincente para o não-cabimento dos referidos institutos no tipo de caso que ora se trata, eis que os mesmos são amplamente admitidos na Justiça Eleitoral e, mesmo, na Justiça Castrense.

Assim, esta Corte vem reiteradamente decidindo pela inexistência de óbice à aplicação da Lei dos Juizados Especiais aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, entendendo pela possibilidade da transação e da suspensão nestes processos (RHC n. 8.480/SP; CC n. 37.527/SC).

Sobre a matéria em questão, ainda colaciono o seguinte precedente do TSE:

“Infrações penais eleitorais. Procedimento especial. Exclusão da competência dos juizados especiais. Termo circunstanciado de ocorrência em substituição a auto de prisão — Possibilidade. Transação e suspensão condicional do processo — Viabilidade. Precedentes.

I - As infrações penais definidas no Código Eleitoral obedecem ao disposto nos seus arts. 355 e seguintes e o seu processo é especial, não podendo, via de consequência, ser da competência dos Juizados Especiais a sua apuração e julgamento.

II - O termo circunstanciado de ocorrência pode ser utilizado em substituição ao auto de prisão em flagrante, até porque a apuração de infrações de pequeno potencial ofensivo elimina a prisão em flagrante.

III - O entendimento dominante da doutrina brasileira é no sentido de que a categoria jurídica das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, após o advento da Lei n. 10.259/2001, foi parcialmente alterada, passando a ser assim consideradas as infrações com pena máxima até dois anos ou punidas apenas com multa.

IV - É possível, para as infrações penais eleitorais cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção da transação e da suspensão condicional do processo, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles a cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação do registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no art. 334 do Código Eleitoral.” (Processo Administrativo n. 18.956 — Classe 19ª — DF; Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo; DJ de 07.02.2003)

Outrossim, o crime imputado, em tese, aos requeridos, previsto no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei n. 9.504/1997, possui cominação de pena máxima de 01 ano de detenção, estando inserido no limite estabelecido pela Lei n. 9.099/1995, havendo notícias de que foi oferecida proposta de transação penal, que foi aceita pelos requeridos (fl. 04).

Diante do exposto, conheço do conflito e declaro competente para apreciar e julgar o feito o Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau — SC, o Suscitado.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 255.376 — SC (2000/0143458-6)**

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Embargante: União

Embargados: Alípio da Silva Cordova e outros

Advogados: Márcio W. de Azevedo e outros

EMENTA

Pensão especial. Ex-combatente.

— Ex-combatente para efeito de concessão da pensão especial é também aquele militar que à época (16 de setembro de 1942 a 8 de maio de 1945) foi deslocado de sua unidade para fazer o patrulhamento da costa em defesa do litoral brasileiro.

— Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, retomando o julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, que acompanhou o Relator, rejeitando os embargos de divergência e dos votos dos Srs. Ministros Laurita Vaz e Paulo Medina no mesmo sentido, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Félix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília (DF), 23 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Cuida-se de embargos de divergência opostos contra decisão da Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini:

“Administrativo — Recurso especial — Pensão especial — Ex-combatentes — Deslocamento para missão de segurança no Decreto n. 61.705/1967 e Portaria Ministerial n. 19/1968 — Dissídio pretoriano inexistente.

1. Considera-se ex-combatente para os efeitos da Lei n. 5.315/1967 e Decreto n. 61.705/1967, todo aquele que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial. Não se inclui, nestes casos, missões a trabalho ou de mero patrulhamento pelo litoral brasileiro.

2. Contudo, consoante Portaria Ministerial n. 19/GB, de 12 de janeiro de 1968, não apenas os ex-integrantes da Força Expedicionária Brasileira que lutaram nas operações da Itália (letra **a**, item 1), mas também os ex-integrantes de unidade do Exército ou elemento dela, que no período de 16.09.1943 a 08.05.1945, por ordem de Escalões Superiores, haja se deslocado de sua sede para cumprimento de missões de vigilância ou segurança do litoral e tenham essa ocorrência registrada em seus assentamentos, devem ter a certidão, para os fins de percebimento dos benefícios da Lei n. 5.315/1967, regulamentada pelo Decreto n. 61.705/1967, deferida (letra **a**, item 4).

3. Excepcionalidade do caso concreto comprovada e reconhecida, afastando-se, em consequência, o Enunciado Sumular n. 104/TFR e os precedentes desta Corte.

4. Divergência jurisprudencial (art. 105, III, **c**, da CF c.c. art. 255 e parágrafos do RISTJ) inexistente, uma vez que o precedente aventado não é igual à hipótese **sub judice**.

5 - Recurso conhecido, porém, desprovido.” (Fl. 281)

Admiti o referido recurso em razão da discrepância com os EREsp 120.864, Terceira Seção, Relator Ministro William Patterson, onde se lê:

“Administrativo. Conceito de ex-combatente. Interpretação do art. 1º da Lei n. 5.315, de 1967.

— O conceito de ex-combatente, tal como preceituado no art. 1º da Lei n. 5.315, de 1967, não se estende àqueles que serviram em missão de patrulhamento e segurança da costa brasileira, senão àqueles que efetivamente participaram de operações bélicas no período da Segunda Guerra Mundial.

— Recurso conhecido.” (Fl. 303)

Os embargados apresentaram impugnação — fls. 339 a 356.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): O aresto embargado concedeu aos autores, ora embargados, pensão especial devida a ex-combatentes pelo fato de terem participado durante a Segunda Guerra Mundial de missões de segurança nas costas brasileiras, deslocando-se da sua unidade, por ordem superior, para a defesa do litoral. Contrariamente o paradigma ressalta que somente tem direito ao benefício de ex-combatente, segundo a Lei n. 5.315/1967 aquele que tenha participado efetivamente do teatro de operações bélicas na Itália.

Por oportuno, transcrevo o voto do eminente Ministro Jorge Scartezzini, roteador da decisão embargada:

“Cuida-se o presente recurso na aferição de infringência ao art. 1º, § 2º, letra **a**, inciso II, da Lei n. 5.315/1967, c.c. art. 1º, do Decreto n. 61.705/1967, em razão do v. aresto atacado ter concedido aos autores, ora recorridos, pensão especial devida a ex-combatentes pelo fato de terem participado de missões de segurança nas costas brasileiras.

Rezam tais dispositivos legais:

Lei n. 5.315/1967

“Art. 1º - **omissis**

Parágrafo 2º - Além da fornecida pelos Ministérios Militares, constituem também, dados de informação para fazer prova de ter tomado parte efetiva em operações bélicas:

No Exército:

I - ... **omissis**;

II - *O certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrantes de guarnições de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de sua sede, para o cumprimento daquelas missões*” — grifei;

Decreto regulamentador n. 61.705/1967

“Art. 1º - *Considera-se ex-combatente, para efeito de aplicação do disposto no art. 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Mercante, e que, no caso de militar haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.*” — Grifamos.

Ora, conforme se depreende da r. sentença de fls. 148/153 e do voto exarado no v. acórdão ora atacado (fls. 214/218), os recorridos integravam “o extinto 12^a Grupo Móvel de Artilharia da Costa, que se deslocara de Curitiba — PR para Imbituba e Laguna-SC, por ordem do Escalão Superior, para cumprimento das missões de segurança do litoral, conforme Portaria n. 1.841, de 28 de julho de 1943, tendo participado efetivamente de operações bélicas no período de vinte e dois de novembro de mil novecentos e quarenta e três a dois de maio de mil novecentos e quarenta e cinco” (fls. 15, 18, 21, 24, 27, 29, 32, 35, 38 e 40 — certidões do Ministério do Exército de 24.09.1971, 04.11.1969, 09.11.1972, 04.06.1971, 24.11.1971, 24.11.1971, 12.12.1969, 26.08.1971, 19.05.1972, 31.05.1972, respectivamente).

Nos termos da Portaria n. 19, do Ministério do Exército, de 12 de janeiro de 1968, tem direito à expedição de certidão para percepção do benefício previsto na Lei n. 5.315/1967:

“A expedição de certidão para fins de amparo na Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, deve obedecer as seguintes normas:

O cidadão que se considerar ex-combatente nos termos da supramencionada Lei, regulamentada pelo Decreto n. 61.705, de 19 de novembro de 1967, e que requerer para fins de auferir os benefícios previstos no citado diploma legal, prova de participação efetiva em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, terá seu requerimento deferido, tão-somente, quando:

1. For ex-integrante da Força Expedicionária Brasileira, tendo servido no Teatro de Operações da Itália.

2. For ex-integrante de Organização Militar do Exército que, no período de 16 setembro de 1942 a 8 de maio de 1945, tenha estado instalada na Ilha de Fernando de Noronha.

3. For ex-integrante de Organização Militar do Exército que, no período de 16 setembro 1942 a 8 maio de 1945, haja sido transportada em navios escoltados por navios de guerra.

4. For ex-integrante de unidade ou elemento dela, que no período de 16 setembro de 1942 a 08 maio de 1945, por ordem de Escalões Superiores, se haja deslocado de sua sede para o cumprimento de missões de vigilância ou segurança do litoral e que tenha essa ocorrência registrada em seus assentamentos.” — Grifei.

Desta forma, nota-se que os ex-combatentes, segundo documentos já analisados pelos órgãos **a quo**, efetivamente participaram de operação ou

expedição bélica, posto que não viajaram simplesmente a trabalho em zonas sujeitas a ataques, o que se mostraria insuficiente para a concessão de tal benefício, mas como soldados de fileira do 12º Grupo Móvel de Artilharia de Costa (fls. 15, 18, 21, 24, 27, 29, 32, 35, 38 e 40), por ordem superior, deslocaram-se de sua sede para missão de segurança no litoral brasileiro. Tal situação, encontra-se perfeitamente amparada pelas especificações previstas na Lei n. 5.315/1967, no Decreto n. 61.705/1967 e na Portaria Ministerial n. 19/1968.” (Fls. 278 a 279)

E conclui:

“(…) Logo, não há que se falar na aplicação da Súmula n. 104 do TFR, uma vez que a legislação é outra, porquanto não envolve a Lei n. 2.579/1955, e sim a Lei n. 5.315/1967 c.c. o Decreto n. 61.705/1967 e Portaria n. 19/1968. Ademais, o próprio Ministério do Exército, através de ato administrativo de seu titular, reconheceu que não somente os ex-combatentes que foram à Itália participaram das chamadas operações bélicas, determinando, expressamente, que fossem deferidos às outras categorias lá elencadas a justa certidão para fins do percebimento do benefício previsto na Lei n. 5.315/1967.” (Fl. 279).

Aliás, sobre o assunto, corretas são as ponderações do Ministro Félix Fischer ao relatar o REsp n. 273.377; julgado em 03.12.2002:

“Embora já tenha decidido em diversas ocasiões conforme postula a União, seguindo a jurisprudência predominante nesta Corte, *reconsidero* aquele entendimento por entender que o conceito de ex-combatente não pode ser restrito a quem participou da Segunda Guerra *apenas na Itália*.” (Fl. 412)

E, prossegue:

“Como visto, a lei considera como ex-combatente, *expressamente* aquele que participou de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial *não só como integrante da Força Expedicionária Brasileira — FEB*, mas também da “*Força do Exército*”.

Para a comprovação de participação dessas operações bélicas naquele período, a lei exige que o ex-combatente apresente prova fornecida pelos Ministérios Militares ou, se fornecida pelo Exército (a Força a que pertencia o ex-militar, **in casu**), a lei faz a seguinte distinção: a) para os integrantes da FEB, devem apresentar diploma da Medalha de Campanha ou o certificado de ter servido no Teatro de Operações na Itália; b) para os demais, exige-se o *certificado de que tenham participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrantes: b.1) da guarnição de ilhas oceânicas; b.2) de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões.*

Bem se vê, portanto, que a restrição feita à concessão da pensão especial apenas àqueles que tenham participado da Segunda Grande Guerra no Teatro de Operações da Itália é indevida, eis que feita ao arrepió do texto legal.

A Lei n. 5.315/1967, como já afirmado, no § 2º do art. 1º, afirma o direito ao benefício também daqueles que permaneceram no litoral em missões de vigilância, desde que integrantes de unidade de guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que tenham se deslocado de suas sedes para o cumprimento de tais missões.

A questão, portanto, não é meramente geográfica. A distinção feita pela Lei n. 5.315/1967 não se prende apenas ao fato de o combatente ter ido para a Itália ou permanecido no litoral brasileiro. Para se deferir o benefício, deve-se saber se o ex-militar participou ou não de operações bélicas, independentemente dela ter se realizado em nosso litoral ou na Europa.

E a alegação de que o perigo foi maior para quem se deslocou para o Teatro de Operações da Itália em relação aos que aqui, em nosso solo, permaneceram não pode ser **data venia**, enfocado na forma que tem sido. A bravura dos que lutaram nos campos italianos é inegável e inviolável. Todavia, é injusto esquecer-se que o número de mortos em afundamentos de embarcações no litoral pátrio foi praticamente tão elevado quanto aquele verificado em solo estrangeiro. E, recentemente, tivemos a triste notícia, inclusive, de afundamento, verificado naquele período, de um barco pesqueiro a menos de cinco quilômetros do nosso litoral (em Cabo Frio), com diversas vítimas. Fazer-se, pois, a distinção pelo *risco abstrato* ou *concreto* a que se expuseram os nossos ex-combatentes, ignorando-se, comodamente e **ex post**, os propósitos patrióticos existentes tanto aqui como ali, bem como as apreensões e as tensões, tudo isso parece-me iníquo, **contra legem** e nada razoável. Se a finalidade do benefício é recompensar aqueles que se apresentaram ao que seria arriscado na defesa da Pátria, ele deve abranger todos aqueles que estiveram em situação do que *militarmente* seria, *aos olhos da época*, uma situação de perigo, seja ele — em verificação posterior — real ou abstrato. A distinção, até aqui feita, desmerece ser mantida. Não se pode, quero crer, fazer pouco caso de quem se apresentou e se expôs para a defesa do nosso território em tempo de guerra e em área considerada, militarmente, como perigosa. Seria, e é, um desestímulo em sede de valores basilares que devem alicerçar o próprio patriotismo.” (Fls. 413 a 414).

Esse aspecto da questão e outros foram muito bem delineados pelo Ministro Gilson Dipp que em voto-vista ao recurso especial ora referido, assim aduziu:

“Ocorre, porém, que a atual Carta Magna, no art. 53 do ADCT, deu um tratamento mais elástico do que o inserido no Texto anterior. Ao tratar do ex-combatente, reportou-se, *expressamente*, ao conceito inserido na Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, *não só para os fins de aproveitamento no serviço público* (inc. I), mas, também, para fins de “*pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas*” (inc. II).

Desta forma, inviável a aplicação restritiva da Lei n. 2.579/1955, não mencionada na atual Carta Política. Neste quadro, não merece guarida a vedação contida no art. 4º da mencionada lei, **verbis**:

“Art. 4º - *Aos que tomaram parte em missões de vigilância, observação e segurança do litoral ou dos portos nacionais, e aos que prestaram serviço, em geral, na zona definida pelo Decreto n. 10.490-A, de 25 de setembro de 1942, não serão aplicados os dispositivos desta lei.*”

Ademais, da leitura mais atenta da Lei n. 5.315/1967, observa-se que tal restrição não foi referendada. Ao contrário, a legislação contemplou, *de modo insofismável*, que os militares naquela situação (missões de vigilância e patrulhamento da costa brasileira), *pudessem ser considerados ex-combatentes*. Aliás, no transcorrer do já mencionado artigo 1º, destaca-se o seguinte:

Art. 1º “*Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.*”

§ 1º *A prova da participação efetiva em operações bélicas será fornecida ao interessado pelos Ministérios Militares.*

§ 2º *Além da fornecida pelos Ministérios Militares, constituem, também, dados de informação para fazer prova de ter tomado parte efetiva em operações bélicas:*

a) no Exército:

I - o diploma da Medalha de Campanha ou o certificado de ter servido no Teatro de Operações da Itália, para o componente da Força Expedicionária Brasileira;

II - o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de

ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões.

b) na Aeronáutica:

I - o diploma da Medalha de Campanha da Itália, para o seu portador, ou o diploma da Cruz de Aviação, para os tripulantes de aeronaves engajados em missões de patrulha;

c) na Marinha de Guerra e Marinha Mercante:

I - o diploma de uma das Medalhas Navais do Mérito de Guerra, para o seu portador, desde que tenha sido tripulante de navio de guerra ou mercante, atacados por inimigos ou destruídos por acidente, ou que tenha participado de comboio de transporte de tropas ou de abastecimentos, ou de missões de patrulha;

II - o diploma da Medalha de Campanha de Força Expedicionária Brasileira;

III - o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança como integrante da guarnição de ilhas oceânicas;

IV - o certificado de ter participado das operações especificadas nos itens I e II, alínea c, § 2º, do presente artigo;

d) certidão fornecida pelo respectivo Ministério Militar ao ex-combatente integrante de tropa transportada em navios escoltados por navios de guerra.

§ 3º A prova de ter servido em Zona de Guerra não autoriza o gozo das vantagens previstas nesta lei, ressalvado o preceituado no art. 177, § 1º, da Constituição do Brasil de 1967, e o disposto no § 2º do art. 1º desta lei.”

Em face de todo este contexto legal, pode-se tirar duas conclusões:

A) a Lei n. 2.579/1955 entendia como ex-combatente *somente os ex-integrantes da Força Expedicionária Brasileira*. Já a Lei n. 5.315/1967 foi mais ampla, pois deu um elastério ao conceito de ex-combatente, justamente para contemplar outros militares que não fossem somente os da Força Expedicionária Brasileira. *Incluiu-se, também, os integrantes da Força do Exército, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante.*

B) A Lei n. 2.579/1955 entendia como ex-combatente somente os militares que tivessem participado efetivamente do teatro de operações

da Itália, sendo expressamente vedada a concessão daqueles benefícios, aos que tomaram parte em missões de vigilância, observação e segurança do litoral ou portos nacionais (art. 4º). Já a Lei n. 5.315/1967 contemplou várias outras provas para fins de comprovação da participação efetiva em operações bélicas. Dentre elas, “o certificado de que tenha participado efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões.”.

A ampliação da conceituação feita pela lei mais moderna apresenta-se significativa, pois quanto à Força Expedicionária Brasileira (FEB), é indiscutível a sua efetiva participação no chamado “teatro da Itália”. O mesmo não se pode dizer do Exército, FAB, Marinha e Marinha Mercante. Fato é, que para estes, foram aceitos outros meios de prova, que não estivessem atrelados ao “teatro da Itália”.

Em suma, a presença em território italiano ou no chamado “teatro da Itália” não é o único critério para comprovar a participação efetiva em operações bélicas. Desta forma, indiscutível a ampliação do conceito de ex-combatente, *para os fins da pensão especial prescrita no art. 53 do ADCT da Constituição Federal de 1988*.

Quanto ao conceito de ex-combatente, modifico o meu entendimento pessoal sobre a matéria, face à interpretação integrativa da lei federal à Constituição de 1988, para acompanhar o e. Min. Relator.” (Fls. 422 a 424).

Alinho-me, pois, entre os que adotam a mesma diretriz do aresto embargado, pois tenho como mais correta a tese de que ex-combatentes para efeito da concessão da pensão especial, não são somente aqueles que participaram de operações bélicas na Itália, durante a Segunda Guerra Mundial, mas também, aqueles militares que à época se deslocaram de sua unidade para fazerem o patrulhamento da costa em defesa do litoral brasileiro.

Rejeito os presentes embargos de divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Sr. Presidente, entendimento em sentido contrário, às vezes, era esposado de forma desordenada desde o Tribunal Federal de Recursos, e, consoante muitas vezes o nosso hábito de citar e seguir precedentes sem maiores exames, esta matéria vinha sendo julgada no sentido de que apenas faziam jus aos benefícios os ex-combatentes que tivessem efetivamente participado de manobras no Teatro da Itália.

No entanto, para mim foi surpresa, quando pedi vista de autos de que foi Relator o Sr. Ministro Felix Fischer, verificar que não se havia atentado ainda ao fato de que, após a Constituição de 1988 — principalmente por meio de seu art. 53 dos Atos das Disposições Transitórias —, a efetiva participação em operações bélicas dava-se exatamente nos termos da Lei n. 5.013 e que, como bem frisado da tribuna e no voto do Sr. Ministro-Relator, não se referiam tão-somente aos ex-combatentes que participaram de manobras e batalhas no Teatro da Itália, mas, também, a todos que se deslocaram em missão de vigilância no litoral e que tenham se deslocado de suas sedes.

Portanto, trata-se de uma mudança radical do entendimento que foi efetivado na Quinta Turma, demonstrando que seguir os precedentes sem maior exame pode levar-nos a conclusões díspares.

Não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, rejeitando os embargos de divergência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão da Quinta Turma que, ao negar provimento a recurso especial interposto pela União, manteve decisão que confirmou a procedência do pedido de percepção da pensão especial de ex-combatente prevista no artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Aponta-se dissídio com julgado desta Seção, EREsp n. 120.864, relatado pelo Ministro William Patterson, onde se firmou compreensão no sentido de que “o conceito de ex-combatente, tal como preceituado no art. 1º da Lei n. 5.315, de 1967, não se estende àqueles que serviram em missão de patrulhamento e segurança da costa brasileira, senão àqueles que efetivamente participaram de operações bélicas no período da Segunda Guerra Mundial.”

O Relator, Ministro Fontes de Alencar, acompanhado pelos Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido e Jorge Scartezzini, rejeitou os embargos.

Pedi vista para exame da matéria.

Li com atenção o voto do Relator, os memoriais que me foram ofertados, bem como a fundamentação de recentes decisões da Quinta Turma, convencendo-me inteiramente da exatidão do novo entendimento sobre a matéria, segundo o qual, nos termos da Lei n. 5.315/1967, o conceito de ex-combatente abrange também aqueles que, durante a Segunda Guerra Mundial, em se deslocando de suas bases, participaram de missões de vigilância e segurança no litoral brasileiro.

Ora, se o artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias expressamente se refere à Lei n. 5.315/1967, os embargados, a exemplo dos que foram à Itália como integrantes da Força Expedicionária Brasileira, defenderam o País em missões de patrulhamento de nosso litoral, fazendo jus ao recebimento da aludida vantagem.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.828 — DF (2002/0175219-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrantes: Acácio de Paula Silva e outros

Advogados: Marcelo Lavenère Machado e outros

Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão

Sustentação oral: Rodrigo Brandão Lavenère Machado, pelos impetrantes

EMENTA

Mandado de segurança. Limitação do litisconsórcio ativo. Desnecessidade, servidores públicos estáveis lotados na Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira — Ceplac. Enquadramento no Plano de Classificação de Cargos — PCC. Omissão na homologação de tabelas constantes do Processo n. 21000.002791/98-97. Leis ns. 8.460/1992 e 5.645/1970.

1. Não há necessidade de limitar-se o litisconsórcio ativo quando a matéria ventilada é somente de adequação da lei ao caso concreto, e a defesa oferecida nas informações foi exercida sem dificuldades.

2. Estando demonstrada a condição de servidores públicos estáveis, na conformidade com o disposto no art. 19 do ADCT da Constituição Federal e no art. 243 da Lei n. 8.112/1990, a omissão da homologação necessária para a inclusão dos servidores no Plano de Classificação de Cargos — PCC, de que trata a Lei n. 5.645/1970, viola direito líquido e certo dos impetrantes.

3. Segurança concedida.

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 Laurita Vaz, Paulo Medina, Fontes de Alencar, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 14 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

Publicado no DJ de 12.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Acácio de Paula Silva e outros, todos servidores públicos efetivos, ativos e inativos, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, lotados na Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira — Ceplac, impetram o presente mandado de segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão objetivando sua inclusão no Plano de Classificação de Cargos — PCC, através da homologação das tabelas constantes do Processo n. 21000.002791/98-97, assegurando-se, desta forma, os direitos funcionais daí decorrentes.

Sustentam, em síntese, que a situação funcional em que são mantidos, ou seja, fora do Plano de Classificação de Cargos — PCC, é inconstitucional e ilegal, ferindo o art. 41 da Constituição Federal e o art. 19 do ADCT, na medida em que a Lei n. 8.460, de 17 de setembro de 1992, dispôs expressamente que aos servidores da Ceplac se aplicam os termos da Lei n. 5.645/1970, que estabeleceu o PCC.

A autoridade apontada como coatora apresentou informações suscitando preliminar de limitação do litisconsórcio ativo, para não comprometer a rápida solução do litígio, na forma preconizada pelo art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Ainda em preliminar, alega ausência de direito líquido e certo para a ação mandamental, porquanto a pretensão dos impetrantes — enquadramento no Plano de Classificação de Cargos da Ceplac — somente poderá ser efetivada por meio de lei. No mérito, sustenta não ter ocorrido omissão e muito menos ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, uma vez que os autores estão percebendo vencimentos idênticos ao dos servidores públicos civis da União integrantes do PCC.

A Subprocuradoria Geral da República recomenda a concessão da ordem (fls. 736/740).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Indefiro, desse logo, o pedido de limitação do litisconsórcio ativo formulado pela autoridade coatora.

Registro, inicialmente, que a limitação litisconsorcial constitui uma faculdade, não uma imposição.

Como dito no relatório, os autores são todos servidores efetivos, ativos e inativos, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, lotados na Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira — Ceplac, que objetivam ser incluídos no Plano de Classificação de Cargos — PCC.

Não vislumbro onde possa residir a dificuldade para a rápida solução da lide, tendo em conta que a matéria ventilada é somente de adequação da lei ao caso concreto. De outra parte, a autoridade impetrada prestou amplas informações e, pelo que se vê, exercitou sem dificuldades o seu direito de defesa.

Quanto à alegada ausência de direito líquido e certo, o tema se confunde com o mérito, e por diversas vezes já foi apreciado por esta Terceira Seção, como, por exemplo, no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 5.819/DF, 6.202/DF, 6.671/DF, 7.306/DF e 7.894/DF.

Insurgem-se os impetrantes contra a ilegalidade consistente na omissão da autoridade apontada como coatora em homologar as tabelas de correlação constantes do Processo n. 21000.002791/98-97, gerando a impossibilidade de sua inclusão no Plano de Classificação de Cargos — PCC, de que trata a Lei n. 5.645/1970, acarretando-lhes prejuízos.

A segurança deve ser concedida.

Na verdade, a prova pré-constituída nos presentes autos demonstra que os impetrantes são todos servidores públicos estáveis do quadro do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, atualmente lotados na Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira — Ceplac, que aguardam a homologação das tabelas constantes do Processo n. 21000.002791/98-97, consistente na proposta de enquadramento dos servidores da Ceplac nos cargos de que trata a Lei n. 5.645/1970, enquadramento esse que é de interesse da própria administração, como se vê do Aviso GAB/MA n. 185, expedido pelo Ministro de Estado da Agricultura e do Abastecimento (fl. 668).

Ora, se aos impetrantes, servidores públicos estáveis que são, na conformidade do disposto no art. 19 do ADCT, da Constituição Federal, e do art. 243 da Lei n. 8.122/1990, foi assegurado, pela Lei n. 8.460/1992, a aplicação dos dispositivos da Lei n. 5.645/1970, que estabeleceu o Plano de Classificação de Cargos — PCC, a omissão de sua inclusão no aludido plano constitui violação de direito líquido e certo, ferindo, igualmente, o princípio da isonomia, na medida em que a Administração trata desigualmente servidores que se encontram em idênticas situações.

Não é outro o entendimento do parecer do Subprocurador-Geral Francisco Adalberto Nóbrega, **verbis**:

“Bem examinada a espécie, forçoso é reconhecer a existência de direito líquido e certo dos impetrantes a integrarem o PCC. De efeito, o art. 243 da Lei n. 8.112/1990 é específico a respeito. Por outro lado, a Lei n. 8.460 comandou no sentido de que aos servidores da Ceplac se aplicassem os dispositivos da Lei n. 5.645/1970, que instituiu o Plano de Classificação de Cargos. Ademais, a resistência do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em homologar a inclusão dos impetrantes no PCC é inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia. Não é crível que um grupo de funcionários tenha uma situação legal e outro não. O tempo já não permite ao Estado brasileiro manter essas situações de permanente injustiça funcional.

Por outro lado, não procede a alegação da ausência de lei assecuratória do direito dos impetrantes. A lei, como demonstrado, existe, e se não existisse — depois de tanto tempo — era hora para o Judiciário corrigir a injustiça via de aplicação das regras constitucionais.

Despicienda a alegação de que alguns dos impetrantes pretendem alcançar funções gratificadas. Essa é uma aspiração legítima, como se os técnicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão já não usufríssem de suas funções gratificadas.” (Fl. 739)

Esta corte, apreciando casos rigorosamente semelhantes, decidiu:

A — “Mandado de segurança, servidores públicos estáveis, enquadramento no PCC, omissão.

Restando demonstrada a estabilidade dos servidores, à luz do disposto nos arts. 19 do ADCT e 243 da Lei n. 8.112/1990, afigura-se ilegal a omissão continuada da Administração quanto à homologação da proposta de inclusão dos servidores no PCC, imprescindível para que produza efeitos esse enquadramento. Precedentes.

Segurança concedida”.

(MS n. 7.306/DF, Relator o Ministro *Felix Fischer*, DJ de 12.11.2001).

B — “ Administrativo. Processual Civil. Legitimidade passiva **ad causam**. Servidores públicos da Ceplac. Inclusão no Plano de Classificação de Cargos da União. Lei n. 5.645/1970. Homologação de tabelas pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. Precedentes da Terceira Seção.

— Em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais para fazer cessar a ilegalidade.

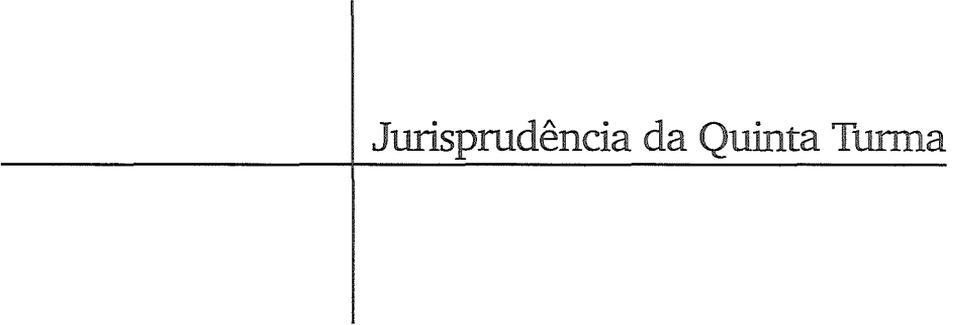
— O ato de homologação das tabelas para fins de enquadramento dos impetrantes ensejará a admissão dos mesmos no Plano de Classificação de Cargos, o que implica, por exemplo, na utilização da denominação correta do cargo ocupado, integração a uma carreira, possibilidade de percepção de gratificações concedidas a servidores em situação funcional idêntica, assim como o reconhecimento de outros direitos até então olvidados.

— Segurança concedida.”

(MS n. 7.894/DF, Relator o Ministro *Vicente Leal*, DJ de 29.04.2002).

Pelo exposto, concedo a segurança, para determinar que a autoridade apontada como coatora proceda à homologação das tabelas constantes do Processo n. 21000.002791/98-97, incluindo os impetrantes no Plano de Classificação de Cargos.

É como voto.



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 18.870 — SP (2001/0130029-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Edmon Cauby França

EMENTA

Habeas corpus — Execução penal — Roubo qualificado — Réu condenado ao cumprimento de pena em regime semi-aberto — Inexistência de vaga em estabelecimento adequado — Prisão domiciliar.

— Consubstancia-se constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime fechado, quando este foi condenado ao cumprimento de pena em regime semi-aberto. Ante a inexistência de vaga no estabelecimento adequado, impõe-se a transferência, até que surja vaga, para estabelecimento de regime aberto e na sua ausência, para prisão domiciliar.

— Precedentes.

— Ordem concedida para que o paciente seja transferido, até que surja vaga no estabelecimento compatível com o regime semi-aberto, para casa de albergado e na sua ausência, para prisão domiciliar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conceder a ordem para que o paciente seja transferido, até que surja vaga no estabelecimento compatível com o regime semi-aberto, para casa de albergado e na sua ausência, para prisão domiciliar. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de

recurso ordinário, impetrado por Francisco Lobo da Costa Ruiz, em benefício de Edmon Cauby França, contra v. acórdão proferido pela Décima Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que *denegou a ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus** — Réu condenado ao regime semi-aberto — Ordem visando garantir o cumprimento da pena no regime fixado ou o aguardo de vaga em regime mais favorável — Constrangimento ilegal — Inexistência — Inviável a utilização de **habeas corpus** para garantir que o condenado venha a cumprir, desde o início, pena no regime semi-aberto, ante eventual inexistência de vaga, ou aguarde esta no sistema aberto. Não há lei ou artigo constitucional em nosso País a admitir seja colocado em liberdade (e o regime aberto o é) pessoa condenada, por decisão passada em julgado, a cumprir pena inicial em regime segregacional (fechado ou semi-aberto).” (Fl. 89).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, além de 13 (treze) dias-multa, transitando em julgado em 16.02.1996.

Cumprido o mandado de prisão foi o paciente recolhido junto ao 9º Distrito Policial, em 27.07.2001.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, perante o egrégio Tribunal **a quo**, postulando fosse concedida ao paciente a prisão-albergue domiciliar, ante a inexistência de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime semi-aberto.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 103.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram aos autos às fls. 49/50.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 112/116, manifesta-se pela concessão da ordem, para assegurar ao paciente, em caráter provisório e excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto ou, na falta de casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de uma vaga em estabelecimento adequado às exigências do regime intermediário.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, no presente *writ*,

pretende-se que se reconheça ao paciente o direito ao recolhimento em regime aberto domiciliar, enquanto não houver vaga no regime estabelecido na respeitável sentença, cassando o v. acórdão objurgado.

Ao paciente foi imposto o regime semi-aberto de cumprimento de suas reprimendas. Estando preso junto ao 9º Distrito Policial, em regime fechado, alega ofensa ao art. 91, da Lei de Execuções Penais, e aos arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal.

O art. 91, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984) preceitua:

“Art. 91. A colônia agrícola, industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.”

O colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 77.399/SP, de relatoria do eminente Ministro *Maurício Corrêa*, “...Entendo, Senhor Presidente, que *a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o sentenciado adquire o direito subjetivo de cumprir a pena nos exatos termos da condenação*. Permitir o agravamento do que foi estabelecido na sentença implica desprestígio ao Poder Judiciário, ainda que a este não caiba a responsabilidade pela inexistência de vagas nos estabelecimentos prisionais.

Dadas as peculiaridades que se apresentam no presente caso, retornar o paciente ao regime fechado, inscrevendo-o numa longa lista de espera até que se dê vaga em estabelecimento adequado, configura constrangimento ilegal. Por outro lado, a permanência do paciente provisoriamente no regime aberto, também com seu nome constando da relação dos que esperam pelo cumprimento da pena no regime semi-aberto, não é a solução ideal, mas a que menos afronta o nosso ordenamento jurídico.

Diante do exposto, concedo a ordem a fim de, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão de primeiro grau, no sentido de que o paciente continue a cumprir pena em regime aberto, na modalidade de prisão-albergue, até que sobrevenha vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime semi-aberto.” (Grifei).

Nesta esteira, esta Corte de Justiça, *amparando o direito subjetivo do réu*, tem entendido que o Estado não pode manter o réu em regime mais gravoso ao imposto na condenação. Tal circunstância, restará plenamente observada quando os pacientes encontrarem-se condignamente instalados em estabelecimento prisional adequado. Na sua impossibilidade, contudo, admite-se que, provisoriamente, permaneça em regime aberto ou domiciliar (c.f. *REsp n. 325.881/SP*, Rel. Ministro *Felix Fischer*, entre outros).

Ora, sendo inadequado o 9º Distrito Policial impõe-se que o paciente seja reconduzido a estabelecimento que satisfaça tal condição. A prisão domiciliar será, então, admissível quando restar incontroversa a inexistência de estabelecimento adequado. Inexistindo, pois, vaga no albergue local é de se permitir a prisão domiciliar.

Este entendimento espelha a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior, como do Pretório excelso que assentou, em demais oportunidades, acerca do tema, “... *Compreendo, todavia, que o paciente, condenado à pena de seis anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, não poderá ser mantido, em regime fechado, mesmo que o seja até se resolvam dificuldades para recolher o paciente no regime semi-aberto, objeto da sentença condenatória* (HC n. 74.732/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 23.10.1998).”

No mesmo sentido, ementa da egrégia Sexta Turma, assim vazada:

“Execução penal. Inobservância do regime prisional da sentença. Regime mais severo. Constrangimento ilegal. Substituição de pena privativa de direito por restritiva de liberdade. CP, art. 44. Apreciação.

— *Condenados os réu a cumprirem pena em regime prisional semi-aberto, não podem os mesmos serem mantidos em regime fechado, enquanto esperam vaga no estabelecimento adequado, resultando em constrangimento ilegal.*

— O debate sobre a possibilidade de substituição da pena detentiva por pena restritiva de direito, nos termos da nova moldura do art. 44, do Código Penal, não foi objeto de debate no acórdão recorrido, nem agitado nas razões da apelação, o que afasta o seu exame no âmbito de **habeas corpus** originário de competência desta Corte.

— **Habeas corpus** parcialmente concedido.” (HC n. 13.526/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 19.02.2001). — Grifei.

Por tais fundamentos, *concedo a ordem, para que o paciente seja transferido para um estabelecimento prisional próprio ao regime semi-aberto e, no caso de este não possuir vaga, que possa o paciente aguardar em prisão domiciliar.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.539 — SC (2002/0060469-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Valdir de Andrade

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Nicésio Ávila dos Santos Filho

EMENTA

Habeas corpus. Revisões criminais indeferidas pela corte estadual. Justificações criminais. Reiteração de parte do pedido anterior. Inadmissibilidade. Alegação de inocência. Novas provas. Apontada falsidade de depoimento. Matéria fático-probatória controvertida. Impropriedade da via.

1. É inadmissível a mera reiteração do pedido revisional, mormente se balizada em justificação criminal, que já havia sido apreciada na primeira revisão e considerada insuficiente para alterar a conclusão do julgamento. Precedentes do STJ.

2. O Tribunal **a quo**, ao indeferir o pedido revisional, procedeu ao devido exame e cotejo do material cognitivo, sendo inviável a pretendida reforma do acórdão, porquanto, como é cediço, é vedado, na angusta via do **habeas corpus**, a incursão aprofundada na seara probatória. Incidência da Súmula n. 07 do STJ.

3. **Habeas corpus** conhecido em parte e, nessa parte, denegado.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Nicésio Ávila dos Santos Filho em face de acórdão das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que conheceu em parte da segunda revisão criminal ajuizada e indeferiu o pedido.

O ora Paciente foi condenado em primeiro grau a sete anos e sete meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 214, c.c. o art. 224, alínea **a**, e art. 71, todos do Código Penal, e no art. 1^a, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, tendo sido a sentença confirmada pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal local.

Transitada em julgado a decisão, foi ajuizada a Revisão Criminal n. 98.013211-8, que restou indeferida pela Corte Estadual, nos termos da seguinte ementa:

“Revisão criminal. Prova nova produzida através de justificação judicial, que não elide a robusta prova condenatória, devidamente sopesada na sentença e no acórdão que a confirmou. No máximo, gera dúvida, o que não permite o deferimento do pedido, eis que em sede revisional vige o princípio do **in dubio pro societate**. Pedido indeferido.

‘Em sede revisional, cabe ao interessado demonstrar, incontestavelmente, a injustiça da decisão revidenda, não lhe sendo útil para desconstituir a coisa julgada invocar a existência de mera dúvida probatória’ (RT 686/341).” (Fl. 130)

Insistiu-se noutro pedido revisional, autuado sob o n. 01.024918-9, que foi conhecido em parte, mas novamente indeferido, em acórdão assim ementado:

“Revisão criminal.

Reexame de prova objetivando a absolvição. Não se conhece de pedido de revisão criminal, quando se trata de reiteração de anterior. Inteligência e aplicação do parágrafo único do art. 622 do CPP. Pedido não conhecido nessa parte.

Reexame de prova objetivando a absolvição. Inadmissibilidade. Conjunto probatório que aponta o acerto da decisão impugnada. Sentença mantida na íntegra. Pedido indeferido.” (Fl. 271)

No presente **habeas corpus**, depois de extensa narrativa da versão dos fatos que pretendia fosse acatada no pedido revisional, alega o Impetrante que “ficou perfeitamente demonstrada a existência de prova nova que autoriza a absolvição do revisionando, mesmo levando em conta o princípio consagrado que na revisão criminal a dúvida é em favor da sociedade, o que não é o caso em tela [...]” (fls. 14/15), devendo incidir o comando do art. 621, inciso III, do CPP.

Outrossim, argúi a falsidade do depoimento prestado por Osvaldo Jorgelino Antão, o que permitiria a revisão com base no art. 621, inciso II, do CPP. Assevera que “a retratação das vítimas é prova fundamental de que o revisionando não praticou os delitos a ele imputados” (fl. 16).

Enfatiza, ainda, que o fundamento do pedido “não é somente aquele previsto no inciso III do art. 621 do Código de Processo Penal e sim também aqueles preceituados nos incisos I e II. A revisão não se funda em ‘prova nova’ e sim em decisão contrária ao texto expresso de lei (art. 386) e a ‘evidência dos autos’” (fl. 18).

Prestadas as informações às fls. 167/170, solicitadas pelo então Relator do feito, a liminar foi indeferida pela Vice-Presidência desta Corte durante o recesso forense (decisão de fl.177).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 179/182, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“1. **Habeas corpus**. Penal. Processual Penal.

2. Se a revisão criminal reitera fundamentação de outra ação da mesma espécie, houve acerto no acórdão que não a conheceu.

3. Se o acórdão entendeu que a prova apontava em sentido diverso daquele sustentado pelo paciente, não há ilegalidade a ser proclamada na via estreita do remédio heróico, que não comporta dilação probatória.

4. Conhecimento e denegação do *writ*.” (Fl. 170)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O pleito não merece acolhida.

Com efeito, o Tribunal **a quo**, ao indeferir o pedido revisional, procedeu ao devido exame e cotejo do material cognitivo, conforme se depreende dos seguintes excertos extraídos do voto condutor do aresto proferido por ocasião do julgamento da segunda revisão criminal, **in verbis**:

“Quanto à cópia da prova produzida através dos autos da primeira Justificação Criminal de n. 797002289-3 (fls. 90/92), oriunda da Comarca de Biguaçu, não há como conhecê-la. Trata-se de depoimentos prestados pelas duas vítimas do episódio pelo qual restou condenado o Requerente, além do pai de uma delas, onde retificam os depoimentos prestados na polícia e em juízo.

O parágrafo único do artigo 622 do CPP é taxativo, **verbis**:

“*Parágrafo único. Não será admissível a reiteração de pedido, salvo se fundado em novas provas*”.

Assim, estamos diante de reiteração de pedido revisional, pois dita justificação instruiu a primeira revisão criminal, que teve como resumo de sua decisão a seguinte ementa:

(...)

Assim, não se conhece da prova relativa à primeira justificação, referente à Revisão Criminal n. 98.013211-8.

No que tange à prova constituída para este pedido revisional, melhor sorte não socorre o Requerente.

O contido na Justificação n. 007.00.001008-8, realizada em dezembro de 2000, ou seja, cinco anos após os fatos, não tem o condão de modificar o entendimento anterior.

O depoimento prestado por Ivo Sérgio de Espíndola Filho (fl. 184), não altera, *em absolutamente nada*, o que este já havia declarado na instrução do processo-crime, tanto na fase policial (fl. 287) quanto na fase judicial (fl. 352).

A testemunha Cátia também não acrescenta nada à prova dos autos principais. Na justificação criminal que instrui o feito, apenas repetiu o que já havia declarado na polícia (fl. 285) e em juízo (fl. 353). Percebe-se claramente que não trouxe nenhum fato novo, apenas voltou a afirmar o que já havia declarado em juízo (fl. 353).

As provas levadas em conta para a condenação, ou seja, as declarações das vítimas Cláudio Adão Barbosa Grabosky (fl. 84) e Daiana Lopes (fl. 273), os depoimentos de Osvaldo Jorgelino Antão (fl. 332), da menor Juliana Gorges (fl. 334) e de Neuzeli Camilo (fls. 348/349), restaram inalterados.

Assim, as declarações prestadas na justificação judicial não suscitam dúvida alguma, não demonstrando poder nenhum de alterar a substância da sentença.” (Fls. 172/174)

Verifica-se, pois, que se mostra irreprochável o acórdão ora atacado, destituído de qualquer ilegalidade, porquanto a primeira justificação, que já havia sido apreciada na primeira revisão criminal e considerada insuficiente para alterar a conclusão do julgamento, não foi conhecida quando juntada ao segundo pedido revisional, tendo sido corretamente rechaçada por consubstanciar reiteração do pleito anterior; a segunda justificação, trazida à apreciação do Tribunal no segundo pedido revisional, da mesma forma, foi tida como insubsistente, na medida em que nada acrescentava àqueles depoimentos anteriormente colhidos e examinados.

No mesmo diapasão da decisão objurgada, os seguintes precedentes desta Corte:

“**Habeas corpus**. Revisão criminal. Extorsão mediante seqüestro. Reiteração de pedido. Impossibilidade.

1. É inadmissível a reiteração do pedido de revisão criminal, salvo se fundado em novas provas (artigo 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

2. *Ordem denegada.*” (HC n. 10.410/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001)

“**Habeas corpus** — Pedido de revisão — Reiteração de pedido sem novas provas — Inadmissibilidade.

— Inadmissível a mera reiteração de pedido de revisão criminal que não venha fundamentado em novas provas.

— Inteligência do art. 622, parágrafo único, CPP

— *Ordem conhecida e indeferida.*” (HC n. 1.743/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 03.05.1993, RT 702/392)

De outro lado, a pretendida reforma do acórdão, reavaliando todo o conjunto fático-probatório, para a absolvição do ora Paciente não é possível, porquanto, como é cediço, as provas colacionadas, na angusta via do **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. É vedado, portanto, a incursão na seara probatória, consoante o Verbete Sumular n. 07 deste Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, confira-se:

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** contra decisão monocrática que indefere de plano revisão criminal. Dilação probatória incompatível com a via eleita. Falta dos pressupostos contidos no art. 621 e incisos, do CPP.

1. Da leitura do art. 621 e incisos, do CPP, constata-se das expressões (“evidência dos autos”, “depoimentos, exames ou documentos”, “novas provas”, etc) contidas no elenco autorizativo da revisão criminal, está todo ele arrimado em elementos fáticos-probatórios, razão pela qual qualquer juízo acerca dos motivos que levam ao indeferimento de plano do feito revisional, esbarram na assertiva de que e intento que refoge ao âmbito angusto da via eleita.

2. De outra parte, ainda que assim não fosse, conforme se extrai dos documentos acostados às informações, não há se falar em cerceamento de defesa, porquanto, para a propositura de revisão criminal, não é suficiente mero pedido de retificação da sentença condenatória, mas demonstração inequívoca das hipóteses contidas no art. 621 e incisos, do CPP.

3. *Ordem denegada.*” (HC n. 5.868/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 20.10.1997, RDJTJDFT 51/263)

“Criminal. HC. Extorsão. Desclassificação para infração prevista no Có-

digo de Defesa do Consumidor. Pedido rejeitado em sede de revisão criminal. Questões controvertidas. Dilação probatória. Impropriedade do meio eleito. Ordem denegada.

É descabido o pleito de desclassificação do delito de extorsão para a infração prevista no art. 71 do Código de Defesa do Consumidor, especialmente se já decidido, em sede de revisão criminal, face à inexistência de fato novo a amparar a irrisignação.

O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como o apontado equívoco na tipificação do crime pelo qual foram os pacientes condenados.

Necessidade de dilação probatória, incabível na via eleita.

Ordem denegada.” (HC n. 21.752/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.04.2003)

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Latrocínio. Alegação de inocência e falta de provas a corroborar a condenação. Dilação probatória inviável na via eleita.

Inviável, na via estreita do **habeas corpus**, reexame profundo das provas carreadas de forma a atestar a inocência do paciente ou a ausência de provas suficientes a corroborar a condenação, tendo em vista que tais circunstâncias não se afiguram flagrantes nos autos, mormente havendo pedido de revisão criminal indeferido pelo Tribunal **a quo**.

Ordem denegada.” (HC n. 20.320/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.05.2002)

“Penal. **Habeas corpus**. Inocência. Revolvimento probatório. Impossibilidade na via eleita. Revisão criminal. Demora. Inexistência. Constrangimento ilegal. Não-ocorrência. Expedição de alvará de soltura. Descabimento.

1. Tecer argumentos acerca da eventual inocência do Paciente, é matéria não condizente com a via eleita, angusta por excelência, onde não tem cabimento a dilação probatória, imprescindível para a resolução de intentos deste jaez.

2. Estando o paciente condenado a 04 anos de reclusão, com trânsito em julgado, não há razão para expedição de alvará de soltura. A simples possibilidade de êxito, na revisão criminal, não tem esta força, ainda que por demora no julgamento da revisional que, ao que tudo indica, inexistente na espécie, em razão da tramitação normal da demanda.

3. Ordem denegada.” (HC n. 9.191/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13.09.1999)

Ante o exposto, conheço em parte do **habeas corpus** e, nessa parte, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 23.493 — RS (2002/0083988-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Eduardo A. L. Ferrão e outro

Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Pacientes: Glênio Lorentz de Araújo, Joceli Gianluppi, Ildo Rossato

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Aditamento da denúncia. Retificação de circunstâncias fáticas. Prescrição. Interrupção. Extinção da punibilidade.

O aditamento da denúncia não se constitui em causa interruptiva da prescrição quando se circunscreve a retificar lapso verificado por ocasião do oferecimento da exordial, consistente, apenas, na descrição de circunstâncias fáticas já conhecidas em momento anterior ao início da ação penal.

Ordem concedida.

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 para declarar extinta a punibilidade dos pacientes em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. Leandro B. Rodrigues (p/pacte). Usou da palavra o Subprocurador-Geral da República.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Glênio Lorentz de Araújo, sentenciado pela prática do delito previsto no art. 95, **d**, da Lei 8.212/1991, contra acórdão proferido pela egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região no julgamento da Apelação Criminal n. 2001.04.01.071723-0.

No voto condutor do julgado recorrido restou consignado que não se afigurava viável a declaração da extinção da punibilidade do ora paciente em razão da ocorrência da prescrição. Para tanto, ficou esclarecido que "... a prescrição da pretensão punitiva pela pena aplicada, **in casu**, conta-se do recebimento do aditamento da denúncia, em 22.08.1997, e não da denúncia, em 12.07.1996, pois o aditamento referiu-se a fato novo — não-recolhimento da contribuição sobre a comercialização de produtos agrícolas e não dos salários dos empregados (TACrSP, Julgados 79/294; RT 393/361 — "Código Penal Comentado" — **Celso Delmanto**, 3ª ed., p. 193)" (Fl. 897).

Nas razões do *writ*, buscam demonstrar os impetrantes que o recebimento do aditamento da denúncia não consta no rol taxativo dos casos de interrupção de prescrição inscritos no art. 117 do CP. Alegam, ainda, que equiparar o instituto jurídico penal da denúncia ao mero aditamento constitui-se em analogia **in malam partem**, procedimento vedado no ordenamento jurídico penal, bem como em afronta ao princípio **nula poena sine praevia lege**.

Aduzem, também, que, a teor da orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, a emenda na exordial acusatória somente pode atribuir força interruptiva à prescrição quando tem por função alterar substancialmente os fatos relatados. Sustentam, contudo, que a emenda promovida na denúncia não tem o condão de interromper o lapso prescricional, pois se cuida, apenas, da correção de um mero equívoco cometido pelo representante do Ministério Público, não trazendo qualquer elemento novo que possa alterar o contexto fático em que sucedeu o delito.

Requerem, assim, a concessão da ordem para declarar a prescrição da pretensão punitiva pelo decurso do prazo de 4 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e a sentença de primeiro grau, contados a partir da data do despacho de recebimento da peça inaugural acusatória.

A liminar pleiteada no âmbito desta Corte foi deferida à fl. 877.

As informações foram prestadas às fls. 882/883.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 901/905, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Antes da análise do objeto do *writ*, convém destacar alguns aspectos que envolvem a denominação *aditamento*, denominação esta que denota situações por vezes totalmente díspares em sede de natureza e conseqüências jurídicas (*comparativamente*: **Marcellus Polastri in** “O Aditamento à Denúncia”, no “Livro de Estudos Jurídicos”, n. 2, pp. 319/335 e em “Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal”, pp. 125/142; **Júlio César Ribas in** “O Aditamento no Processo Penal”, RT 464/295 - 318 e em “O Aditamento no Processo Penal”, Saraiva, com **Jacques Camargo Penteado e Clóvis Almir Vital de Uzeda**; verbete “Aditamento da denúncia” na Enciclopédia Savaiva de Direito).

Primeiro, o aditamento pode ocorrer em várias hipóteses, a saber: em relação à denúncia, à queixa, ao libelo e à prova etc. *Segundo*, ele pode ser (quanto à denúncia, **punctum saliens**, do caso) *espontâneo* (que deveria ser, na prática, a regra, mormente em relação ao *Parquet* que é o **dominus litis**, merecendo destaque o insculpido no art. 129, inciso I da Carta Magna) ou *provocado* (**v.g.** arts. 384 parágrafo único, 408, § 5º e 410 do CPP). *Terceiro*, ele pode, *aí*, ser *próprio* (acrescentando dados de cunho *real* ou de cunho *pessoal*) ou *impróprio* (**v.g.**, retificação, suprimento ou esclarecimento da inicial). O *próprio pessoal*, como o nome indica, caracteriza-se pela inclusão, no feito, de outros réus. O *próprio real* pode ser *legal* (acrescentando dispositivos legais) ou *material* (adicionando aspectos fáticos). E, é de se atentar, neste particular, que o aditamento próprio decorre, a par de outros aspectos, do *princípio da congruência* (**ne procedat iudex ex officio**) entre a **causa petendi** e o fato decidido (ou a ser decidido). Disto tudo, percebe-se, surgem inúmeras situações que não podem ser todas equiparadas. *Por exemplo*, a inclusão, via aditamento, de *crime conexo* é tema polêmico quando se trata de *aditamento provocado* (**v.g.** arts. 40 e 384, parágrafo único do CPP). Tal óbice, no entanto, segundo dicção de boa parte da doutrina, inexistente quando o aditamento é *espontâneo* (observados, é claro, os arts. 76, 77, 79 e 80 do CPP). E, diante de tal contexto de hipóteses fáticas e jurídicas — afora outras — o *aditamento* (pelo seu recebimento) *pode, ou não*, (a par da **questio** em torno do inserido no art. 117

§ 1º do CP), interromper o prazo prescricional **ex vi art. 117, inciso I do Código Penal**. Interrompe, sim, quando sob tal denominação a *peça acusatória adicional apresenta o caráter, propriamente, de denúncia*. Fora daí a alteração pode, conforme o caso, *modificar o referido prazo mas não tem o condão de interrompê-lo*. A mera retificação decorrente de lapso ou obscuridade fática na exteriorização da **imputatio** e calçada, principalmente, em dados previamente conhecidos se insere na modalidade de *aditamento impróprio* que não deve ter força interruptiva.

Por um lado, a prescrição é de ordem pública, não ficando, unilateralmente, à mercê do Ministério Público. *Por outro*, mesmo em sede de **mutatio libelli**, não se pode olvidar que o texto legal diz “a possibilidade de nova definição” (art. 384, **caput** do CPP), o que impede, assim, com observância ao *art. 117, inciso I do Código Penal*, o reconhecimento de *duas causas de interrupção* em tópico no qual a lei somente prevê a incidência de uma (a denúncia ou o aditamento como se denúncia fosse). E não é só! Em situação mais grave que a presente, ou seja, da **mutatio libelli**, a doutrina deixa claro que o aditamento pode *alterar o prazo prescricional mas não o interrompe* (cf.: **Antonio Rodrigues Porto in** “Da Prescrição Penal”, 5ª ed., RT, p. 68; **Damácio E. de Jesus in** “Prescrição Penal”, 12ª ed., Saraiva, p. 79; **José Júlio Lozano Jr. in** “Prescrição Penal”, Saraiva, p. 121; **Andrei Zenkner Schmidt in** “Da Prescrição Penal”, Liv. do Adv. Editora, pp. 108/109). Dessarte, **a fortiori**, a mera retificação de lapso não pode, repito, interromper o prazo enfocado.

Desse modo, a prescrição para todos os réus (art. 580 do CPP), no que não é de cunho pessoal, deve ser calculado do fato à denúncia e desta à sentença (art. 5ª da **Lex Maxima**). No feito em tela, a exordial foi recebida em 12.07.1996 (fl. 86) e a r. sentença se tornou pública em 16.05.2001 (fl. 766). Portanto, extinta está a punibilidade pela prescrição retroativa (art. 110 §§ 1º e 2º c.c. o art. 109, inciso V do CP) em relação aos pacientes, condenados a dois anos de reclusão (afastado o acréscimo da continuidade delitiva **ex vi art. 119 do CP e Súmula n. 497/STF**).

Ante o exposto, concedo a ordem para declarar extinta a punibilidade dos pacientes em razão da ocorrência da prescrição retroativa (pretensão punitiva).

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 25.157 — SP (2002/0142548-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Miguel Viana Santos Neto

Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte (Preso)

Sustentação oral: Miguel Viana Santos Neto, pelo Paciente

EMENTA

Criminal. *HC*. Porte ilegal de arma e crime de quadrilha qualificado pelo uso de arma. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas autônomas. Ordem denegada.

I - O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

II - Evidenciado, na hipótese, que os crimes de porte ilegal de armas e de quadrilha, qualificados pelo uso de armas, se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por ambas as condutas.

III - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça “Proseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 09.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor

de Adriano Aparecido Ribeiro Duarte, em face de acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Órgão Ministerial do Estado de São Paulo.

Denunciado, o paciente, por crime de porte ilegal de armas e formação de quadrilha qualificado por uso de armas, foi o mesmo condenado como incurso no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437 e no **caput** do art. 288 do Código Penal.

Mediante provocação do Ministério Público do Estado de São Paulo, o Tribunal **a quo** reconheceu a incidência da circunstância qualificadora prevista no parágrafo único, do art. 288 do Código Penal, e determinou a elevação da pena que foi atribuída ao paciente, em primeiro grau de jurisdição.

O acórdão recorrido se encontra às fls. 317/324.

Sustenta-se, na presente impetração, em suma, que o porte ilegal de armas seria apenas um meio para a consumação do crime de quadrilha qualificado pelo uso de armas, pretendendo-se, assim, anulação da condenação do paciente pelo crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997.

A Subprocuradoria Geral da República opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 359/352).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Adriano Aparecido Ribeiro Duarte, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, para condenar o paciente pelo crime de quadrilha, em sua modalidade qualificada pelo uso de armas.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outros treze co-réus, como incurso nas penas do art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997 e do art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Proferida a sentença pelo juiz monocrático, o paciente restou condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, pelo porte de armas e à pena de 01 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 288, **caput**, do Código Penal, por entender que a aplicação da qualificadora do crime de quadrilha ou bando seria incompatível com a condenação pelo delito de porte de armas.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação, pretendendo a condenação do paciente, nos termos em que fora denunciado.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente como incurso no art.10, § 2º, Lei n. 9.437/1997 e art. 288, parágrafo único do Código Penal, c.c. os arts. 29 e 69, também do CP.

Cumprе ressaltar que foi interposto recurso de apelação também pela defesa do paciente. Contudo, constatado que o mesmo teria se evadido do estabelecimento penal no qual se encontrava recolhido, o referido apelo foi julgado deserto (fl. 339).

Irresignada, a defesa impetrou o presente **habeas corpus** objetivando a anulação da condenação do paciente pelo crime do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, argumentando que o porte ilegal de armas seria apenas um meio para a consumação do crime de quadrilha qualificado pelo uso de armas. Desta forma, entende que deveria ser aplicado o princípio da consunção.

Não assiste razão ao impetrante.

A decisão que se pretende desconstituir está firmada nas seguintes bases (fls. 323/324):

“Não há incompatibilidade entre o crime do art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997, e a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.

Inexiste progressividade entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, de modo a fazer com que o primeiro absorva a qualificadora do segundo. Tratam-se de crimes distintos e autônomos, com objetos jurídicos diversos: o primeiro atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, enquanto que o segundo visa proteger a paz pública. Por essa razão, não há **bis in idem** na cumulação do primeiro delito com a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.

É o mesmo o que ocorre com a cumulação entre o crime de quadrilha ou bando armado com o roubo qualificado pelo emprego de arma, com relação à qual o colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu:

‘São suscetíveis de acumulação a qualificadora do roubo relativo a emprego de arma com a figura qualificada da quadrilha armada. Precedente do STF’ (RTJ 138/801).”

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles — menos grave — represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Assim, é necessária a existência de um nexo de dependência das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

Entretanto, o que se infere, na hipótese, é que os crimes de porte ilegal de armas e quadrilha qualificados pelo uso de armas se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo tal relação de subordinação entre as condutas.

Ressalte-se, ainda, que o tipo de quadrilha ou bando se caracteriza simplesmente pela reunião de agentes com o objetivo de cometimento de crimes e que a circunstância de estar este grupo de pessoas armado é apenas qualificadora do crime e, não, sua elementar. Ou seja, a ocorrência do crime de quadrilha ou bando independe da condição de estarem, ou não, armados os seus integrantes. Contudo, constatado o armamento da quadrilha — que não necessita, inclusive, ser ilegal — a pena deve ser agravada, conforme decidido pelo acórdão recorrido.

Nesse sentido, reproduzo as considerações da Subprocuradoria Geral da República (fls. 351/352):

“11. A punição, tanto do crime de quadrilha qualificada como o de porte ilegal de arma de fogo, visa à tutela da paz ou da incolumidade pública. No entanto, os delitos são autônomos, pois seus tipos penais definem condutas diversas entre si, quais sejam, a associação em quadrilha para o fim de cometer crimes, e o portar armas de fogo.

12. Nesse diapasão, inexistente consunção entre os crimes citados, pois não se verifica a necessidade de portar armas para a consecução do crime de quadrilha, já que os agentes poderiam associar-se para cometer crime contra o sistema financeiro, por exemplo, sem o uso de armas, não constituindo obrigatoriamente uma fase de execução o referido porte.

13. Ademais, o tipo penal descrito no art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997, tem por fim não somente reprimir o uso ilegal de arma de fogo, mas censurar, com maior rigor, o porte da arma ou acessórios *de uso proibido ou restrito*.

14. Como se vê, o recorrente pretende a aplicação do princípio da consunção com o intuito de ver o paciente impune em um dos delitos perpetrados. Ora, a finalidade da categoria jurídica (consunção) é minimizar os rigores do concurso material, e não possibilitar, através de artifícios silogísticos, a impunibilidade do delinqüente.”

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Laurita Vaz: A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação, reformou a sentença de primeiro

grau para condenar o ora Paciente à pena de quatro anos de reclusão, como incurso no art. 10, § 2^a da Lei n. 9.437/1997 e art. 288, parágrafo único, c.c. arts. 29 e 69, do Código Penal.

Destacou o voto condutor do aresto ora impugnado, **litteris**:

“Inexiste progressividade entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, de modo a fazer com que o primeiro absorva a qualificadora do segundo. Tratam-se de crimes distintos e autônomos, com objetivos jurídicos diversos: o primeiro atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, enquanto o segundo visa proteger a paz pública. Por essa razão, não há **bis in idem** na cumulação do primeiro delito com a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.” (Fl. 329)

Não houve interposição de recurso, tendo o acórdão transitado em julgado.

Seguiu-se o presente *writ*, onde o Impetrante pretende o desfazimento dessa decisão para retirar a condenação do Paciente pelo crime de porte ilegal de armas, sustentando, em suma, que este seria um meio para consumação do crime de quadrilha ou bando qualificado pelo emprego de armas, razão pela qual defende a incidência do princípio da consunção.

O Relator, Ministro Gilson Dipp, acolhendo, no mérito, o parecer ministerial, ratificou o entendimento esposado no acórdão vergastado e denegou a ordem, no que foi acompanhado pelo Ministro Jorge Scartezzini.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

Adiro ao entendimento consignado nos doutos votos predecessores.

O insigne Impetrante assevera que “o delito de porte ilegal de arma é meio necessário para que se qualifique o crime maior, de quadrilha ou bando, portanto, deve aquele ser necessariamente absorvido por este” (fl. 16).

Malgrado o esforço do combativo Advogado, não se me afigura ser essa a melhor interpretação. Com efeito, são crimes distintos e autônomos, cuja coexistência é perfeitamente admitida.

Apenas à guisa de reforço dos argumentos já expendidos, acrescento: vê-se que é possível, por exemplo, que os agentes integrantes de uma quadrilha ou bando, eventualmente, utilizem as chamadas “armas impróprias” (faca, canivete, barras de ferro etc.); ou mesmo detenham autorização legal para portar a arma de fogo empregada.

Nesses casos, as condutas delituosas subsumiriam no tipo qualificado previsto no parágrafo único do art. 288 do CP, restando afastada a incidência do art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997.

Assim, sanciona-se o crime de quadrilha ou bando; e com maior rigor se “a quadrilha ou bando é *armado*” (art. 288, parágrafo único, do CP). Se essas armas são *de fogo* e estão sendo empregadas “sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997, **in fine**), maior ainda deve ser a reprimenda, já que os bens jurídicos tutelados são diversos, conforme explicitado alhures, sem que haja **bis in idem**.

Na hipótese dos autos, a conduta delituosa subsume-se naquela tipificada no § 2º do referido dispositivo legal extravagante, onde há um *plus*, qual seja, a *arma de fogo* não é apenas portada sem autorização e em desacordo com a lei, também é *de uso proibido ou restrito*, evidenciando um acréscimo na agressão (efetiva ou potencial) ao bem jurídico tutelado, motivo pelo qual há, ainda, mais um aumento no grau de reprovabilidade da conduta.

Destarte, o crime previsto no art. 10, § 2º da Lei n. 9.437/1997 — *porte ilegal de arma proibida* — merece sanção autônoma e distinta daquele tipificado no art. 288, parágrafo único do Código Penal.

Não subsiste, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, acompanhando os votos proferidos, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 26.744 — RJ (2003/0012504-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Darcio Gonçalves Cabral

Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Márcio Geovane de Oliveira (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Latrocínio. Alegada desconsideração da atenuante da primariedade. Questão não debatida pelo Tribunal de origem. Exame pelo STJ. Inadmissibilidade. Supressão de instância. Crime hediondo. Regime prisional integralmente fechado.

1. A questão referente à argüida desconsideração da atenuante da primariedade por ocasião da fixação da reprimenda imposta não merece sequer ser conhecida, porquanto não foi debatida perante a Corte de

origem, razão pela qual não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

2. O regime prisional integralmente fechado para o cumprimento da pena por crime hediondo (latrocínio) foi estabelecido, de maneira escoreita, pela sentença e ratificada pelo aresto da Corte Estadual, consoante dispositivo expresso do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo excelso Supremo Tribunal Federal.

3. **Habeas corpus** conhecido em parte e, nessa parte, denegado.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Márcio Geovane de Oliveira (Preso) em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em sede de apelação, manteve a sentença, condenando o Paciente, como incurso no art. 157, § 3º, do CP, à pena de vinte e quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por força do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, e de cinquenta e dois dias-multa.

Sustenta o Impetrante, em síntese, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, no que se refere ao regime prisional, pleiteando a modificação da sua condenação do integral para o inicialmente fechado, com a aplicação do art. 2º, parágrafo único, do CP, c.c. art. 10 da Lei n. 9.034/1995.

Alega, outrossim, que a atenuante inominada da primariedade não foi considerada na fixação do **quantum** da pena, razão pela qual requer a reforma da sentença nesse ponto.

As informações foram prestadas à fl. 21, com a juntada das peças processuais pertinentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 42/43, opinando pelo conhecimento e denegação do presente *writ*.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, como bem observou o Digno representante do Ministério Público Federal, quanto à argüida desconsideração da atenuante da primariedade por ocasião da fixação da reprimenda imposta, a questão não merece sequer ser conhecida, porquanto não foi debatida perante a Corte de origem, razão pela qual não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

No que se refere ao regime prisional, o integralmente fechado para o cumprimento da pena por crime hediondo (latrocínio) foi estabelecido, de maneira escorreita, pela sentença e ratificada pelo aresto da Corte Estadual, consoante dispositivo expresso do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo excelso Supremo Tribunal Federal.

Destarte, conheço apenas em parte do presente **habeas corpus** e, nessa parte, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 26.773 — SP (2003/0013567-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrantes: Danilo D'addio Chammas e outro

Impetrado: Juiz Relator da Apelação n. 1324209 do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Cássio Paganelli Santos (Preso)

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Regime inicial fechado de cumprimento de pena. Imposição de regime mais gravoso, fundamentado, unicamente, na gravidade do delito. Inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º do Código Penal. Ordem concedida.

1. Consoante assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a gravidade genérica do delito, *per si*, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a individualização da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas, no momento da fixação da pena-base imposta ao réu, as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

2. Ordem concedida para estabelecer ao paciente o regime inicial semi-aberto para o cumprimento de sua pena reclusiva.

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 pretendida para estabelecer ao ora paciente o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Cássio Paganeli Santos, condenado à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo manteve o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, razão pela qual houve a impetração do presente *writ*.

Sustentam os Impetrantes que o Paciente é primário e portador de bons antecedentes, conforme reconhecido pelo juízo de primeira instância na sentença, que entendeu como favoráveis as suas condições pessoais, fixando a pena-base no mínimo legal.

Entendem, assim, que é direito público subjetivo do Paciente o cumprimento inicial da pena em regime semi-aberto, já que preenche os requisitos do art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º, do Código Penal. Aduzem, ainda, que “o Paciente encontra-se privado de liberdade há mais de quinze meses, já podendo ser beneficiário da progressão do regime” (fl. 06).

Requerem, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena imposta ao Paciente.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Gravidade do delito. Regime prisional inicial. Pela concessão da ordem.

— A gravidade do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso. (Precedentes do STJ).

— Pela concessão da ordem” (fl. 85).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no qual os Impetrantes objetivam, em síntese, que seja reconhecido ao ora Paciente o direito de cumprir a pena, desde o início, em regime semi-aberto, já que satisfaz todos os requisitos do art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º do Código Penal.

A ordem merece ser concedida.

Conforme se denota da sentença de primeiro grau, o ora Paciente é primário, de bons antecedentes e preenche as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, razão pela qual a pena-base foi fixada no mínimo legal. No entanto, o Magistrado entendeu por bem fixar o regime prisional fechado, para o início do cumprimento da pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

O Tribunal **a quo**, ao analisar o recurso de apelação interposto, manteve a imposição do regime inicial mais gravoso, apresentando, para tanto, os seguintes fundamentos:

“c) Quanto ao regime.

Ora, tratando-se de crime de roubo à mão armada, o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena traduz-se no meio mais eficaz

e corresponde a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta (RJDTACRIM vol. 10/119 — Rel. Hélio de Freitas). O regime fechado é o único compatível com esse tipo de infração (RJDTACRIM vol. 16/145 — Rel. José Habice). Em se tratando de roubo ‘aqueles que insistem em praticá-lo demonstram conduta social afrontosa ao clamor público e personalidade distorcida. Por isso, o regime mais rigoroso é o que mais se recomenda.’ (RJDTACRIM vol. 16/141 — Rel. Afonso Faro).

(...)

Afora a natureza do delito, a intimidação armada e o concurso de agentes, circunstâncias do fato tais como ter sido ele cometido em pleno dia, na via pública, aproveitando-se de parada desnecessária do motorista, estão a justificar a fundamentada (fls. 153/154) opção pelo mais gravoso.” (Fls. 81/82)

Embora reconheça ser uma discricionariedade do julgador a imposição do regime prisional mais rigoroso, quando presentes circunstâncias de fato e de direito que justifiquem tal fixação, é necessário que tais motivos se encontrem claramente demonstrados na decisão.

Como se vê, **in casu**, a imposição do regime mais gravoso foi respaldada tão-somente na gravidade do delito, sem apresentar fundamentação diversa capaz de justificar a não-concessão do regime mais benéfico.

Há de se ressaltar, que a referida hipótese não se enquadra dentro daquelas que a lei expressamente dispõe ser a gravidade do crime, por si só, causa para o cumprimento da pena em regime fechado, como ocorre, por exemplo, nos crimes hediondos.

Desta forma, deveria o julgador, quando da individualização da reprimenda penal, ter observado o disposto no artigo 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º do Código Penal, que assim dispõe:

“Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

...**omissis**...

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

...**omissis**...

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

Portanto, sendo o condenado primário e não havendo alusão à existência de maus antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada, pois, consideradas as condições favoráveis do paciente, a individualização da sanção criminal deverá respeitar o disposto no citado texto legal.

A propósito, confira-se a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

“Criminal. HC. Execução. Roubo simples tentado. Regime prisional semi-aberto. Impropriamente fundamentado na gravidade do crime. Circunstâncias judiciais favoráveis. Primariedade e ausência de maus antecedentes. Direito ao regime aberto. Ordem concedida.

Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis — como primariedade e ausência de maus antecedentes — na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semi-aberto com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via **habeas corpus**. Deve ser determinado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 24.831/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.04.2003)

“**Habeas corpus**. Regime inicial de cumprimento da pena. Receptação qualificada. Pena fixada no mínimo legal. Réus primários, que não possuem antecedentes. Imposição de regime mais gravoso tendo como fundamento, unicamente, a gravidade genérica do delito.

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave. Precedentes.

Ordem concedida.” (HC n. 21.560/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07.04.2003)

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis. Regime prisional.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semi-aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, **b**, e § 3º do CP.

Writ concedido.” (HC n. 24.982/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 24.03.2003)

Ante o todo exposto, concedo a ordem pretendida para estabelecer ao ora Paciente o regime inicial semi-aberto para o cumprimento de sua pena.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 28.158 — RJ (2003/0066049-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Relator p/ o acórdão: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Maria Lúcia Parisi dos Santos — Defensora Pública

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Marcos Antônio Souza Siqueira (Preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Crime contra o patrimônio. Apelação. Aplicação analógica, *em segundo grau*, do art. 557 do CPC. Nulidade.

I - A analogia é recurso de auto-integração (*art. 4º da LICC*) e não instrumento de derrogação de texto ou procedimento legal. Incabível a sua aplicação em situação legalmente regulamentada.

II - *Em segundo grau*, não se pode aplicar, no julgamento da apelação criminal, o disposto no *art. 557 do CPC* já que a inovação limitaria a amplitude de atuação das partes tal como prevista no CPP. A regra geral do *art. 38 da Lei n. 8.038/1990* diz com os Tribunais Superiores cuja atuação tem, a rigor, conotação diversa daquela estabelecida para os Tribunais de segundo grau. (Precedente).

III - Além do mais, nem toda alteração do CPC implica em modificação daquilo que está estabelecido no CPP.

IV - No caso concreto, o julgamento monocrático, analisando questões fáticas e peculiares, ultrapassou, inclusive, os próprios limites fixados no *art. 557 do CPC*.

Habeas corpus concedido.

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, prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conceder a ordem, para anular o julgamento, a fim de que o Tribunal **a quo** examine o recurso de apelação, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrou o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Laurita Vaz. Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro José Arnaldo, quanto ao caso em concreto, concedendo parcialmente a ordem. Votou vencido o Sr. Ministro-Relator que denegou a ordem.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** visando à concessão da ordem a fim de que seja determinado o exame do recurso de apelação, interposto em favor de Marcos Antônio Souza Siqueira, por Órgão Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime semi-aberto, além de multa, pela prática do crime de tentativa de roubo simples.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, visando, em preliminar, à nulidade do processo criminal por vício de citação e, no mérito, à absolvição do paciente, ou, à desclassificação para tentativa de furto, com a mudança do regime prisional para o aberto.

O eminente Desembargador-Relator do apelo proferiu decisão monocrática, por aplicação analógica do art. 557 do Código de Processo Civil, negando provimento ao recurso (fls. 26/27).

O defensor do paciente interpôs agravo regimental contra o mencionado **decisum**, o qual foi desprovido pela Primeira Câmara do Tribunal **a quo**.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta que o julgamento monocrático do apelo teria impedido o exercício da ampla defesa, eis que teria subtraído o direito de apreciação do recurso pelo Órgão Colegiado, bem como a oportunidade de sustentação oral pelo defensor.

Aduz-se, ainda, que a aplicação de analogia, em direito penal, só seria possível em casos de lacunas da lei, o que não ocorreria no caso em tela.

Por fim, requer-se a concessão da ordem a fim de que seja determinado o exame do recurso de apelação pelo Órgão Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

As informações foram prestadas às fls. 40/41.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 54).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** visando à concessão da ordem a fim de que seja determinado o exame do recurso de apelação, interposto em favor de Marcos Antônio Souza Siqueira, por Órgão Colegiado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Paciente foi condenado pela prática de tentativa de roubo. A defesa apelou, tendo sido o recurso decidido monocraticamente. Inconformado, o Paciente interpôs agravo regimental, que restou desprovido.

Na presente impetração, pretende-se o deferimento do *writ* para que o Órgão Colegiado da Corte Estadual aprecie a apelação defensiva.

Não merece prosperar a irresignação.

Esta Corte firmou posicionamento de que é possível a aplicação analógica, no processo penal, do art. 557 do Código de Processo Civil, ensejando julgamento monocrático no Tribunal de origem, desde que se trate de matéria pacificada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A esse respeito, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

“Processual Penal e Penal. **Habeas corpus**. Crime de tráfico de entorpecentes. Comutação de pena. Vedação pela lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990). Julgamento por decisão do Relator. Possibilidade. Art. 557 do CPC. Ordem denegada.

A comutação de pena, na qualidade de indulto parcial, é vedada pela Lei n. 8.072/1990, o que retira do condenado por tráfico de entorpecentes o direito ao benefício.

Por se tratar de assunto por demais conhecido do Tribunal de origem, bem como deste Tribunal, nada obstava que a pretensão fosse julgada por decisão do próprio Relator, a teor do art. 557 do Código de Processo Civil.

Ordem denegada.”

(HC n. 23.356/RJ, Min. José Arnaldo, DJ de 16.12.2002).

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecentes. Comutação de pena. Incabimento. Jurisprudência pacificada. Decisão monocrática de Relator de agravo em execução. Constrangimento inexistente.

*1. Induvidosa a aplicação subsidiária do artigo 557 do Código de Processo Civil ao processo penal, não há falar em nulidade do **decisum** monocrático fundado na jurisprudência dos tribunais superiores. Precedente do STF*

2. Ordem denegada.”

(HC n. 22.634/RJ, Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 23.06.2003).

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental. Recurso extraordinário. Lei processual civil. Aplicação ao processo penal (art. 3º CPP). Provimento do RE por decisão monocrática. Possibilidade. Progressão de regime. Lei de tortura (Lei n. 9.455/1997). Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990). Inaplicabilidade.

1) A Lei n. 9.756/1998 ao alterar o CPC, art. 557, previu a possibilidade de o Relator dar provimento a recurso, se a decisão estiver em manifesto desacordo com a jurisprudência do Tribunal. O Código de Processo Penal é omissivo a respeito do tema. Igualmente a Lei n. 8.038/1990. A lei processual civil é aplicável

ao processo penal por interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3^a). É possível ao Relator dar provimento a REsp, em matéria criminal, por despacho. Precedentes.

2) *A decisão agravada que deu provimento ao recurso extraordinário enfrentou as teses da recorrida — ora agravante —, para não admiti-las, tendo em vista a orientação firmada no Tribunal.* A progressão de regime prevista para o crime de tortura (Lei n. 9.455/1997) não se aplica aos crimes hediondos. Precedentes.

3) *Decisão mantida.*”

(AgRg no REsp 256.157/GO, Min. Nelson Jobim, DJ de 03.05.2002)

Por outro lado, a douta autoridade indigitada coatora informou que, por ocasião do julgamento de agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento à apelação do paciente, a Primeira Câmara da Corte Estadual manteve o **decisum** por seus próprios fundamentos, não tendo sido lavrado acórdão (fl. 41).

Verifica-se, então, que as questões deduzidas no apelo defensivo já foram apreciadas pelo Órgão Colegiado do Tribunal **a quo**.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Felix Fischer: Como está dito no relatório, o réu-paciente, condenado em primeiro grau, apelou, objetivando o reconhecimento de **error in procedendo** ou, ainda, a absolvição, e por fim, a desclassificação via atipia relativa, com mudança de regime prisional. O Relator, *monocraticamente*, negou seguimento ao reclamo.

Diz a ementa do v. decisório:

“Não há nulidade processual por falta de citação, quando o preso é requisitado com antecedência suficiente para a preparação de sua defesa. Aliás, a defesa material foi tão bem concebida, que inspirou a douta Defensoria Pública na formulação da tese recursal. Preliminar rejeitada.

Comete roubo tentado o agente que, após derrubar a vítima da bicicleta, entra em luta com ela, desfere um soco em seu estômago e se põe em fuga na própria bicicleta, mas, alcançado é preso em flagrante.

O quantitativo das penas e o regime de cumprimento da reclusão guardam proporcionalidade com a ousadia do apelante.

Recurso a que se nega seguimento, em face de sua manifesta improcedência (CPC, art. 557, c.c. o art. 3º do CPP, Regimento Interno TJRJ, art. 31, VIII; Enunciado n. 1 aprovado no Encontro dos Desembargadores deste Tribunal, realizado em Angra dos Reis, de 24 a 26 de agosto de 2001).” (Fl. 26)

No corpo do r. ato consta:

“Do relatório, passo a decidir com fundamento na delegação do egrégio Colegiado ao Relator, defluente do art. 557 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º do Código de Processo Penal, e nos termos do art. 31, VIII, do Regimento Interno deste Tribunal, a que adito o entendimento firmado no I Encontro de Desembargadores — CEDES, em Angra dos Reis, de 24 a 26 de agosto de 2001, e consolidado no Enunciado 1: “Aplica-se ao Processo Penal, por analogia, o disposto no art. 557 do Código de Processo Civil.”

Rejeito a preliminar, eis que a requisição, datada de 26 de fevereiro de 2002, com antecedência suficiente, deu ao apelante conhecimento da propositura da ação penal, possibilitando-lhe um adequado exercício da autodefesa e da defesa técnica. Basta ver que, no interrogatório, realizado em 11 de março, fls. 27/28, procurou descaracterizar o roubo para furto com tamanha precisão, que chegou a inspirar as razões recursais elaboradas pela douta Defensoria Pública.

No mérito, também não assiste razão ao apelante.

A absolvição é inviável, tendo em vista que o próprio apelante, interrogado, explicou ter tentado subtrair a bicicleta, para o que teve até de entrar em luta corporal com o proprietário, versão que, no particular, está em consonância com a narrativa da vítima. Esta, a seu turno, fl. 40, relatou que, quando ia entrar no túnel, o recorrente, de forma repentina, o empurrou, derrubando-o com a bicicleta. Trouxe-se uma luta entre os dois. Porém, quase perdeu os sentidos, quando recebeu um soco na boca do estômago. Aproveitando-se do ensejo, o apelante fugiu na bicicleta pelo túnel. Recuperado, correu em perseguição ao fugitivo e, para dominá-lo, recebeu ajuda de um taxista, sendo certo que, naquela oportunidade, o recorrente, colocando a mão sob a camisa, para dar a entender estivesse armado, gritou: “Vou te matar! Vou te matar!”

Isto é roubo tentado, pelo que também impossível a desclassificação.

Ademais, o quantitativo das penas e o regime de cumprimento da reclusão guardam proporcionalidade com a ousadia do apelante, externada em sua conduta.

Por estas razões, acrescidas, para minha honra, daquelas constantes da r. sentença do eminente Juiz de Direito Antonio Jayme Boente, inevitável é constatar a manifesta improcedência do recurso de Marcos Antônio Souza Siqueira, pelo que lhe nego seguimento, nos termos legais e regimentais.” (Fl. 27)

Foi, então, interposto agravo que restou rejeitado em v. acórdão pelos mesmos fundamentos do r. **decisum** increpado, como se vê das informações do eminente Desembargador Presidente do egrégio Tribunal de Justiça, a saber:

“Inconformada, a Defesa interpôs agravo regimental, que, após manutenção do **decisum** em sede de retratação, restou rejeitado à unanimidade pela colenda Primeira Câmara, que adotou os próprios fundamentos da decisão impugnada.

Foi o que deu azo à presente impetração.

Remeto em anexo, para conferência, cópia das decisões monocráticas acima referidas, ressaltando que, na forma do artigo 200, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, não se lavrou o acórdão do agravo.” (Fl. 41)

Entendo, pois, inequívoco o cerceamento à parte por indevida aplicação da analogia em matéria legalmente regulada.

Em primeiro lugar, o procedimento recursal, na esfera penal, deve ser analisado — em virtude das profundas alterações no CPC e na Lei n. 8.038/1990 — sob dois enfoques. *De um lado*, ocorreram modificações processuais, com abrangência no campo processual penal, no que se refere à relatoria nos *Tribunais Superiores* (**ex vi** do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e alterações oriundas, v.g. da Lei n. 9.756/1998). *De outro*, as inovações, pertinentes à instância comum, dizem, *tão-só*, com o próprio CPC. É que inexistente, *para as Cortes de segundo grau* (em razão de ser diversa dos *Tribunais Superiores*), regra geral nos moldes do já citado art. 38 (que pode, eventualmente, nos *Tribunais Superiores*, ter a sua incidência ampliada através de outras regras), visto que, vale sublinhar, a Lei n. 8.038/1990 é aplicável à segunda instância, *tão-só* no que se refere aos arts. 1ª a 12 (v. art. 1ª da Lei n. 8.658/1993). Tem mais. A Lei n. 9.756/1998, a par das alterações no CPC, *explicitamente*, modificou a *Consolidação das Leis do Trabalho* (v. art. 2ª da Lei n. 9.756/1998). *Quanto ao CPP, nada ficou dito!*

Em segundo lugar, o emprego da analogia — instrumento de auto-integração **ex vi** do art. 4º da LICC — em matéria regulada, com alteração (*profunda*) de normas pertinentes e não derogadas, configura solução que refoge ao que sempre foi sustentado na doutrina e na jurisprudência. Cumpre, assim, lembrar **Carlos Maximiliano** (na sua clássica “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, Forense, p. 208), para quem “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Mais adiante, ainda: “Pressupõe: 1ª) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2ª) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3ª) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao

dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas idéias fundamentais.” (p. 212). E, finalmente: “Não é lícito pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico. Quantas vezes se não verifica o nenhum cabimento do emprego de um preceito fixado para o comércio, e transplantado afoitamente para os domínios da legislação civil, ou da criminal, possibilidade esta mais duvidosa ainda!” Na mesma linha, **Miguel Reale** (in “Lições Preliminares de Direito”, p. 296, 27^a ed., Saraiva): “A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões.” Por igual, **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** (in “Introdução ao Estudo do Direito”, 3^a ed., Atlas, p. 296) diz: “Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna.” Discorrendo sobre a denominada integração da norma jurídica, assevera **Francisco Amaral** (in “Direito Civil Introdução”, 5^a ed., Renovar, 2003, p. 91): “São pressupostos da analogia legal: a) o caso deve ser absolutamente não previsto em lei; b) deve existir, pelo menos, um elemento de identidade entre o caso previsto e o não previsto; c) a identidade entre os dois casos deve atender à **ratio legis**.” E, **Maria Helena Diniz** diz que: “Para integrar lacunas o juiz recorre, preliminarmente, à analogia, que consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato.” (**Maria Helena Diniz** in “As Lacunas do Direito”, 2^a ed. 1989, pp. 142/143, Saraiva). Conseqüentemente, o uso da analogia não se presta para a derrogação de textos e nem para alterar procedimentos expressamente regulados.

“Analogia é integração. Parte da doutrina entende que existe a plenitude do ordenamento jurídico e, por isso, não se pode cuidar de reintegrá-lo. A maioria, entretanto, entende que o ordenamento jurídico apresenta *lacunas*, vazios. E tais vazios, tais meatos devem ser preenchidos, e o processo usado para o preenchimento, para inteirar, para completar, para integrar o ordenamento jurídico chama-se analogia.

Analogia é um princípio jurídico segundo o qual a lei estabelecida para um determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro. Supõe, como diz **Maggiore**: a) *a falta de uma disposição precisa no caso a decidir*; b) a igualdade de essência entre o caso a decidir e o caso já regulado (cf. Derecho, cit., p. 177).”

(**Fernando da Costa Tourinho Filho**, in “Processo Penal”, vol. 1, 21ª ed., p. 173, Saraiva).

“Analogia, ou **analogia legis**, é o processo de integração da norma jurídica escrita por meio do qual, *diante do silêncio da lei* sobre determinada situação, se utiliza outro preceito legal que rege situação semelhante.”

(**Carlos Frederico Coelho Nogueira**, in “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. 1, p. 112, Edipro).

“Dar-se-á a analogia quando houver *lacuna involuntária da lei*, podendo, assim, se aplicar ao fato um dispositivo semelhante. *Portanto, só será possível a aplicação se a lacuna for involuntária, não sendo cabível em caso de norma taxativa.*”

(**Marcellus Polastri Lima** in “Curso de Processo Penal”, vol. 1, 2ª ed., p. 65, Lumen Juris, 2003).

Em terceiro lugar, é inolvidável que, no processo penal, a busca pela verdade judicial, prática e processualmente válida (no dizer de **Figueiredo Dias** in “Direito Processual Penal”, Coimbra Editora Ltda), envolvendo interesses de inigualável relevância jurídica, é feita com extrema amplitude (v.g., o **habeas corpus** de ofício e os arts. 156, in fine e 616 do CPP), através, inclusive, de reconstituição que, de regra, escapa ou pode escapar da vontade das partes (cf. se vê de **Eberhard Schmidt** in “Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Ed. Bib. Argentina). Incabível, pois, se me afigura *alterar procedimento criminal* (no **punctum crucis**, com restrição às partes), através de modificações feitas em *normas de procedimento extrapenal*. E, de analogia, **data venia**, não há que se falar. O CPP, em seus recursos, indica um regramento mais amplo que aquele decorrente do pragmatismo insculpido na Lei n. 9.756/1998. A derrogação deve ser *explícita* (tal como a referência à Consolidação das Leis do Trabalho no art. 2ª da Lei n. 9.756/1998). Portanto, a ampliação da competência atribuída aos relatores, em sede processual penal, está limitada aos Tribunais Superiores (em decorrência, basicamente, da amplitude do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e seus desdobramentos).

No caso concreto, por exemplo, como ficaria, então, a possibilidade de sustentação oral, da simples possibilidade de distribuição de memoriais, da atuação

do revisor, **ex vi** do art. 613 do CPP, etc.? Esses aspectos não poderiam *já* ter sido afetados pelo *emprego da analogia* (art. 3^a do CPP). Caso contrário, poder-se-ia imaginar que *todas* as alterações do CPC teriam aplicação imediata no CPP com revogação, diga-se, via teoricamente inadequada analogia. Seria, **ad argumentandum tantum**, sem nenhum juízo crítico acerca do CPC, o mesmo que introduzir, no CPP, o julgamento conforme o estado do processo, o recurso retido, a revisão **pro societate** (já que a rescisória não traz restrição quanto à parte), os embargos de divergência contra o réu, etc. *No fundo, o CPP seria secundário e até despicando* (exemplo típico de tratamento diferenciado, v.g., é o do agravo de instrumento na hipótese de inadmissão, em segundo grau, do recurso especial ou do recurso extraordinário).

E não é só!

Pelo que se vê do v. decisório reprochado, a amplitude da apreciação ultrapassou os limites do art. 557 do CPC. Analisou-se a **quaestio facti** acerca da **imputatio**, a reivindicação da desclassificação, o nível da resposta penal e o regime prisional. *Tudo isso, monocraticamente*. A violação dos limites da norma supra também restou evidenciada.

O pragmatismo deve ser visto sempre com cautelas, mormente em matéria criminal. Apenas para alertar, vale a informação de **Cândido Rangel Dinamarco** (in “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/1998”, RT, p. 130) de que a *Itália, na Reforma de 1990*, optou, em sentido contrário ao nosso, pela “rigorosa colegialità del processo d’appello en ogni sua fase”. Merece igual destaque a crítica e a preocupação do **eminente Ministro Francisco Peçanha Martins** (in “Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo”, ano 3, n. 5, sob o título “A Reforma no art. 557 do CPC — Inconstitucionalidade e Ilegalidade”) para quem, *em geral*, a inovação prática é questionável, a saber:

“Restringiu-se o julgamento coletivo em apelação?”

É da tradição do direito processual brasileiro o duplo grau de jurisdição e o julgamento coletivo nos tribunais. No primeiro grau, prevaleceu sempre o juízo singular; no segundo, o coletivo.

Frederico Marques positiva que “o princípio que domina e rege todo o Direito Processual pátrio, em matéria de recurso, é o princípio da colegialidade do juízo **ad quem** (“Instituições de Direito Processual Civil”, ed. atual., rev. e compl. por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**. Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, tópico 859, p. 6).

E o CPC estabelece mesmo a obrigatoriedade da revisão das sentenças nas hipóteses que enumera no art. 475:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito se não depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo poderá o presidente do tribunal avocá-las.”

Alcides de Mendonça Lima noticia que “acompanhando a esteira dos demais povos, o direito comum brasileiro, após o advento do Código de Processo Civil de 1939 (e do Código de Processo Penal, de 1940), somente admite órgãos recursórios colegiados”. A hipótese do juízo **ad quem** singular, admitido na Justiça do Trabalho — nas execuções (art. 682, I, c.c. o art. 897, § 2º, da CLT) — foi revogada pela Lei 5.442, de 24.05.1968 (ob. cit. p. 143), persistindo apenas nos embargos infringentes em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 ORTN’s (art. 34 da LEF), numa restrição injusta à ampla defesa.

O duplo grau e a revisão coletiva das sentenças figuram dentre as maiores conquistas da humanidade, alcançadas após memoráveis embates com sacrifício de vidas incontáveis. A história da ciência processual o revela como aspiração dos povos mais primitivos, na ânsia e sede por justiça. E o Brasil os conhece desde a colônia, sob o império das leis portuguesas, as célebres ordenações, substituídas em grande parte pelo regulamento baixado pelo Decreto n. 737, fonte principal das instituições processuais brasileiras.

É verdade que o Regimento Interno do STF, legislando em torno da admissibilidade do agravo de instrumento utilizado contra despacho negatório de seguimento do recurso extraordinário pelo Presidente do Tribunal **a quo**, confere, faz muito, ao Ministro-Relator a prerrogativa de julgar monocraticamente negando-lhe até o seguimento. O RISTJ também assim permite, na esteira, aliás, das normas processuais expressas nos art. 544, § 2º, e 557, parágrafo único, na sua primitiva redação. Mas neles se discute apenas matéria de direito.

Examinemos a norma legal vigente em confronto com as regras disciplina-doras dos recursos, tratadas no Título X do CPC.

Na definição do art. 496, “são cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

- II - agravo;
- III - embargos infringentes;
- IV - embargos de declaração;
- V - recurso ordinário;
- VI - recurso especial;
- VII - recurso extraordinário;
- VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.”

O recurso de apelação, assecuratório do duplo grau, devolverá ao Tribunal o conhecimento de matéria impugnada (art. 515/CPC), ficando também submetidas ao Tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas (art. 516, CPC), podendo, ainda, ser suscitadas questões de fato não propostas no juízo inferior, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior (art. 517, CPC), sem falar no reexame necessário pelo Tribunal, imposto pelo art. 475 nos casos enumerados nos seus incisos:

“Art. 475: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito se não depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I - que anular casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o Presidente do Tribunal avocá-los.”

Os tribunais, órgãos de composição coletiva (onze Ministros no STF; 33 no STJ; 132 Desembargadores no Tribunal de Justiça de São Paulo) organizam os seus serviços na conformidade com os seus regimentos internos, compondo Turmas ou Câmaras, Grupos ou Seções, de modo a rever, coletivamente, as sentenças de qualquer natureza. A matéria é disciplinada pelo art. 110 da Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979, **in verbis**:

“Art. 101. Os tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas especializadas ou equipadas em seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no regimento interno.”

E nos parágrafos primeiro e segundo, disciplinando o número mínimo de componentes (3) das Câmaras ou Turmas e a composição das Seções, consagra o julgamento coletivo. Trata-se, vale repetir, de lei complementar à Constituição.

E a regra do art. 530 do CPC o confirma:

“Art. 530 Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

O julgamento da apelação há que se processar coletivamente. Se assim não fosse, não se justificariam as regras dos arts. 549 e parágrafo único, 551, 552, 554, 555 e 556 do CPC e os embargos infringentes.

De notar-se que o parágrafo único do art. 518, introduzido pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994, confere ao juiz a faculdade de reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso após a apresentação da resposta pelo apelado, cabendo agravo contra o juízo de retratação.

A questão ganha relevo quando se a examina no Tribunal. Será possível o julgamento da admissibilidade da apelação pelo Relator?

Trata-se de matéria restrita ao exame dos pressupostos recursais — tempestividade, preparo, regularidade da representação processual do recorrente, cabimento do recurso, razões do pedido de reforma da sentença (arts. 514, II, 524, II, 541, III), e as hipóteses previstas no art. 267, IV, V, e VI.

Ocorre que tais matérias enfrentam sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Pode-se mesmo afirmar que a polêmica lavra na jurisprudência dos tribunais superiores em torno de cada um dos pressupostos enumerados. Veja-se, por exemplo, a questão da regularidade da representação processual. Aplica-se a norma do art. 13 ou do art. 37 quando o advogado do recorrente não tem procuração nos autos (Súmula n. 115, STJ)? É requisito da existência do recurso a assinatura do advogado? Sim (STF, Primeira Turma, REsp n. 105.138-8 — EDcl/PR, Rel. Min. Moreira Alves); não, desde que lançado o recurso em papel com seu timbre (STF — RT 546/243; RSTJ 102/495). Ocorrendo o encerramento do expediente da secretaria do tribunal e da agência bancária às 17 horas, é válido e tempestivo o preparo e a entrega do recurso no dia seguinte? E quanto às questões tormentosas registradas pela jurisprudência dos tribunais em torno das matérias tratadas pelo art. 267, IV, V e VI? O que dizer, por exemplo, quanto à legitimidade do depositário judicial, ou banco que exerça tal função para recorrer? Pode o oponente recorrer como terceiro prejudicado? Pode o sócio, que teve seus bens penhorados em ação movida contra a sociedade, apelar como terceiro prejudicado? Enfim, poder-se-ia elencar milhares de julgados conflitantes em torno dos pressupostos de admissibilidade recursal. O fato é que, em se tratando de matérias polêmicas, ca-

racterizadas por intensa divergência jurisprudencial, o exame monocrático, na hipótese, redundaria no sepultamento dos embargos infringentes. Dir-se-á que a decisão monocrática caberá agravo. Ocorre, porém, que os embargos infringentes não cabem das decisões prolatadas em agravo (art. 530 do CPC). De notar-se que a jurisprudência do STJ impõe a interposição de embargos infringentes, quando não unânime a decisão exarada em apelação, como condição de admissibilidade do recurso especial (Súmula n. 207, STJ).

Demais disso, as regras dos arts. 549 e parágrafo único, 551, 552, 554, 555 e 556 do CPC continuam vigendo. E todos consagram o julgamento coletivo da apelação, embargos infringentes e de ação rescisória, por isso mesmo que, após a exposição, pelo Relator, dos pontos controvertidos versados no recurso (art. 549 e parágrafo único), os autos serão conclusos ao Revisor (art. 551) e apresentados ao presidente para designação de dia para o julgamento, mediante publicação da pauta no órgão oficial (art. 552), observando-se, no julgamento, o direito das partes de sustentarem, por 15 minutos para cada uma, as razões e contra-razões do recurso (art. 554).

E a jurisprudência do STJ já assentou:

“É nulo o julgamento sem revisão, nos casos em que exigida em lei — CPC, art. 551, § 2º” (STJ — Quarta Turma, REsp n. 24.218-0/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 08.09.1992, deram provimento, **v.u.**, DJ de 28.09.1992, p. 16.433). Neste sentido: RTJ 69/134.

Por esse motivo, é ilegal a norma de regimento interno de tribunal que autoriza o Relator a levar os autos em mesa, independentemente de revisão, para julgamento de apelação, embora manifestamente incabível (STJ — Quarta Turma, REsp n. 50.135-0/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29.06.1994, deram provimento, **v.u.**, DJU de 15.08.1994, p. 20.340).

V. também art. 552, nota 9 (in **Theotônio Negrão**, 31. ed. p. 601).

Como se vê, é impossível o julgamento monocrático da apelação, embargos infringentes e ação rescisória, impondo-se concluir que a regra do art. 557 não se aplica a tais recursos. O Judiciário não pode revogar lei vigente e constitucional.

Em face a esses óbices é incabível a admissão de decisão de Relator no recurso de apelação.

O exame das novas regras até aqui se restringiu à matéria processual. Não consideramos a possibilidade de decisão monocrática deferitória da apelação nos termos da hipótese legal prevista no § 1º - A do art. 557 do CPC. É que se nos

afigura inconstitucional a vedação do reexame apelatório coletivo da sentença confrontante com súmula ou jurisprudência dominante, enquanto não estabelecido, na Constituição, o caráter vinculante da súmula. É que sabemos das dificuldades de emolduramento do direito face às circunstâncias fáticas da causa. Por isso mesmo vemos sempre repetido pelos magistrados o adágio “cada caso é um caso”. E a apelação se caracteriza pelo reexame de todas as questões de fato e de direito discutidas no processo. Ora, se é difícil a reprodução fática das causas e não temos por vinculante as súmulas editadas, como admitir possam os colegiados substituir-se por julgador monocrático no exame das questões contidas nos recursos apelatórios? Vamos involuir no capítulo da justiça das decisões? Quem quer se deixe encantar no estudo da história dos povos há de observar a fundamental importância dos julgamentos, da prestação de justiça na vida dos povos. A *Bíblia* nos dá conta. O direito romano regula a **appelatio** e a evolução ao julgamento coletivo marca e caracteriza os tempos modernos e distingue a contemporaneidade democrática. A revisão das sentenças mediante apelação não se pode processar por juízo monocrático. O direito divino dos reis é coisa do passado. Se assim se fizer estar-se-á procedendo contra o devido processo legal, pois eliminar-se-á o recurso de embargos infringentes e a defesa oral pelos advogados em detrimento da ampla defesa. O devido processo legal brasileiro foi construído sobre o pilar dos julgamentos coletivos em segunda instância. Rui Barbosa os defendeu até na primeira. O julgamento monocrático, pelo Relator, elimina o julgamento coletivo em todos os segmentos recursais da apelação, absolutamente necessário dentro da sistemática recursal do CPC e suprime a defesa oral restringindo a ampla defesa, princípio consagrado na CF/1988, art. 5º, LV.

De notar-se que a regra inserida no art. 557, com a redação dada pela Lei 9.139, de 30.11.1995, consagra normas regimentais do Pretório excelso e do STJ, art. 34, XIII, que entendo cabível nas esferas dos recursos especial e extraordinário. É que neles não se rediscute a prova dos autos, mas o direito aplicável à interpretação da Constituição e das leis federais violadas ou de aplicação negada. Discute-se só e exclusivamente matéria de direito. Nestas hipóteses, possível o julgamento monocrático no juízo de admissibilidade. No juízo de mérito, porém, tenho dúvidas quanto à aplicação do § 1.º-A do art. 557. E as dúvidas se devem às regras legais e regimentais que regem os recursos especial e extraordinário.

Examinamos a hipótese. Da decisão monocrática do Relator caberá o recurso de agravo, cabível originariamente nas decisões interlocutórias e não de mérito. Ora, nos agravos não se admite a defesa oral. E assim sendo não mais será ampla a defesa.

Disso resulta que, em se concretizando o julgamento monocrático pelo

Relator, o advogado não terá a oportunidade de promover a defesa oral. O julgamento do agravo se fará com a apresentação do processo em mesa, proferindo voto: “provido o agravo, o recurso terá seguimento”. A primeira questão diz respeito a saber-se a que hipótese se aplica o § 1º do citado art. 557: ao artigo ou à regra do § 1º-A? ou a ambos? Se ao disposto, não haverá maior dificuldade na interpretação, por isso dispõe sobre o Juízo de admissibilidade dos recursos. A dificuldade maior reside quanto à matéria a ser discutida no agravo interposto contra a decisão de mérito prevista no § 1º-A: “Provido o agravo, o recurso terá seguimento” — Ora, isso significa dizer que o recurso especial deverá ser rejuizado pela Turma, provido o agravo. Indagar-se-á: qual a matéria cabível no agravo? Penso que a impugnação deverá ser total, ou seja, abrangendo inclusive o mérito. Se é assim, ao menos se imporá restabelecer a oportunidade da defesa oral. De qualquer sorte, o julgamento do agravo não corresponderá ao rejuízo do recurso especial, pois, “provido”, “o recurso terá seguimento”. Se assim não for, ter-se-á de interpretar a parte final do disposto no § 1º como indicativa de rejuízo do recurso especial pela Turma em sede de agravo, cabendo do respectivo acórdão o recurso de embargos de divergência. Impõe-se, então, a alteração do RISTJ para se o admitir. Tal interpretação, a meu ver, não é a correta. É que o recurso que terá seguimento não pode ser o agravo, por isso mesmo que, provido, terá cumprido com a sua finalidade e se extinguirá com o acórdão que dará seguimento ao recurso denegado pela decisão monocrática, ou seja, o recurso especial, cujo julgamento só poderá ocorrer com a inserção em pauta, para conhecimento prévio das partes e exercício da defesa oral, direito a elas assegurado.

Assim pensando, devo concluir que poucos serão os benefícios para imprimir maior celeridade aos julgamentos dos recursos especiais. Em verdade, vamos conhecer uma avalanche de agravos contra as decisões monocráticas, mesmo com a ameaça constante no § 2º, até porque, com relação ao agravo, a inadmissibilidade e a falta de fundamentação não serão de fácil configuração.

De qualquer modo, o prejuízo à defesa, com a supressão do uso da tribuna pelos advogados, afeta a prestação de justiça. A presença dos advogados na tribuna conduz, não raro, ao reexame de votos pré-elaborados pelos relatores e, sobretudo, a um melhor exame pelos componentes da Turma ou Seção. Não foram poucas as vezes que tive de proferir novo voto ou de emendá-lo diante das ponderações tribúncias do advogado. E não há negar da atenção maior dos julgadores quando na tribuna o causídico. Demais disso, a jurisprudência não é imutável. A inteligência dos advogados, promotores e magistrados conduz invariavelmente à descoberta de facetas antes desconhecidas e mesmo ignoradas nas hipóteses julgadas formadoras das súmulas. A interpretação das leis deve se submeter aos reclamos do tempo e

das circunstâncias sociais. Não fora isso, e, por certo, faz muito já teríamos a súmula vinculante e imperativa, da jurisprudência do STF e de todos os tribunais superiores.

Essas, em resumo, as dúvidas e a opinião que firmei em torno da nova redação do art. 557 e parágrafos, imposta pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998.

Impõe-se dizer que a crítica é construtiva e reflete o propósito de colaborar para a concretização do ideal da justiça para todos, no mais breve espaço de tempo possível. E dou testemunho do empenho e esforços extraordinários dedicados pelos processualistas empenhados na reforma dos processos civil e penal brasileiros. Penso, contudo, que ela não se pode concretizar exitosamente com ligeiras modificações nos vãos e desvãos da catedral. Creio deva promover-se radical reforma que imprima funcionalidade ao processo civil. A possibilidade de vários procedimentos, por exemplo, deve ser revista. Dentro em breve estarão inviabilizados os juizados especiais e os juízos comuns tenderão a ser reservados à elite, quando ré, para valer-se da morosidade cansativa e destruidora das esperanças dos sedentos de justiça. E digo quando ré, pois, na condição de autor, preferirá o juizado arbitral e até os especiais. Num país que ostenta as mais aberrantes estatísticas do mundo civilizado, mas que cultua a igualdade dentre os pródomos da nacionalidade, não vejo como se possa distinguir os procedimentos judiciais de acordo com a grandeza econômica dos interesses. A lei civil não o faz. O direito comum das gentes repele as distinções. E não deve ser o processo civil o dique contensor das aspirações de justiça.

Os juizados especiais revelam estatísticas notáveis de encaminhamento e solução dos conflitos. Em confronto, os juizados comuns, submetidos às formas procedimentais ordinárias e mesmo sumaríssimas continuam emperrados, desatendendo as necessidades mínimas de justiça.

O sistema recursal brasileiro é um verdadeiro labirinto, onde têm êxito os melhores espadachins do direito. Não é possível, contudo, modificá-lo substancialmente arrombando paredes.” (Fls. 53/59)

Quanto à transposição do *art. 557 do CPC* para julgamentos penais em segundo grau, já existe precedente nesta Corte, ou seja:

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Agravo em execução. Rito. Recurso em sentido estrito. Aplicação analógica do art. 557 do CPC. Nulidade.

Tendo em vista que o trâmite do recurso de agravo em execução segue o rito do recurso em sentido estrito, deve o seu julgamento ser realizado por um

órgão colegiado, **ex vi** os arts. 609 e seguintes do CPP, afigurando-se nulo, a teor do art. 564, IV, do CPP, o seu desprovimento por juízo monocrático, com base na aplicação analógica do art. 557 do CPC.

Writ concedido.”

(*STJ*, HC n. 22.645/RJ, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 16.12.2002).

Portanto, concedo a ordem para anular o julgamento da apelação.

É o voto.

VOTO-VENCIDO (Em Parte)

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, tratando-se de hipótese em que é tema de direito, não vacilaria em aplicar o art. 557. Porém, o Sr. Ministro-Relator, entrando na hipótese de fatos, julgou solitariamente, sem tratar de questão de direito pacificada.

Não concordo, todavia, com a questão do cerceamento de defesa, **data venia**, porque, desse modo, jamais se aplicaria o art. 557 nos recursos extraordinário e especial, porque todos são monocraticamente decididos. Tenho entendimento intermediário que diz que há a possibilidade da aplicação do art. 557 nas hipóteses expressamente nele previstas. Acompanho parcialmente o voto do Sr. Ministro Felix Fischer, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 28.830 — SP (2003/0100717-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Luiz Fernando da Silva Ramos

Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Edjalma Vicente da Silva

EMENTA

Processual penal. **Habeas corpus**. Art. 157, § 3º do Código Penal. Anulação do processo a partir da citação editalícia. Reaproveitamento de provas testemunhais colhidas na primeira instrução para embasar a nova condenação. Nulidade. Ocorrência.

I - A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência, a teor do art. 573, § 1º do CPP. (Precedentes).

II - A princípio, a declaração da nulidade do processo a partir da citação editalícia, acarreta a nulidade, *por derivação*, de todos os atos processuais subseqüentes. (Precedentes).

Writ concedido.

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 para declarar a nulidade da r. sentença condenatória exarada nos autos da Ação Penal n. 2.333/1983 da Primeira Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos — SP, determinando que novo provimento jurisdicional seja proferido, em observância ao disposto no art. 573, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Edjalma Vicente da Silva, em face de v. acórdão exarado pela colenda Quarta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à Apelação Criminal n. 290.595-3/7-00, manejada em benefício do Paciente.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado em 17.01.1984, pela suposta prática de latrocínio mediante concurso de pessoas. Em 10.04.1984, o Paciente foi absolvido nos termos do art. 386, VI do Código de Processo Penal. Irresignado, o *Parquet* estadual interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento em 26.11.1984, para condenar o Paciente às penas de quinze anos de reclusão e seis mil cruzeiros de multa. Em 03.03.1998, o *Pretório excelso*, nos autos do *Writ* n. 76.034-3, declarou a nulidade do feito (Ação Penal n. 2.333/1983 — Comarca de

São José dos Campos) a partir da citação editalícia, determinando ainda a expedição de alvará de soltura clausulado.

Renovada a Ação Penal n. 2.333/1983, foi o Paciente condenado em 25.04.1999, às penas de quinze anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de dez dias-multa, no piso mínimo. A defesa, apelou da r. sentença, tendo o recurso sido desprovido em 19.11.2002.

Daí o presente **mandamus**, através do qual o Impetrante busca a anulação do v. acórdão reprochado, bem como da r. sentença penal condenatória, com a determinação de que nova sentença seja proferida. Para tanto, alega que em primeira instância foram utilizadas, para a mencionada condenação, provas colhidas durante a primeira instrução, as quais não poderiam ter sido aproveitadas em razão da anulação do feito a partir da citação editalícia, sendo conseqüentemente nulas.

Informações juntadas às fls. 41/42, acompanhadas dos documentos de fls. 42/82.

A liminar foi deferida à fl. 84, para suspender a execução até o julgamento final da presente ordem.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão do *writ*, com a conseqüente anulação das decisões fustigadas (fls. 96/99).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Edjalma Vicente da Silva, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Quarta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à Apelação Criminal n. 290.595-3/7-00.

A irresignação merece ser acolhida.

Em suas razões, o impetrante sustenta que após a renovação do feito a partir da citação editalícia, por conseqüência de sua anulação pelo *Pretório excelso*, o magistrado, considerando a segunda instrução prejudicada, tendo em vista ter sido realizada após mais de quinze anos da ocorrência dos fatos, decidiu reaproveitar a primeira instrução, entendendo que as provas dela oriundas, não padeciam de nulidade, por terem sido colhidas sob o crivo do contraditório. Por essa razão, requer a anulação do v. acórdão prolatado nos autos da Apelação Criminal n. 290.595-3/7-00, bem como da r. sentença penal condenatória exarada nos autos da Ação Penal n. 2.333/1983 — 1ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos — SP, com a determinação de que nova sentença seja proferida, em observância os artigos 563, 564, IV, 573, §§ 1ª e 2ª, 647, 648, VI e 652 do Código de Processo Penal.

Da análise dos autos, depreende-se que o feito ao qual respondeu o Paciente foi anulado pelo *Pretório Excelso*, em acórdão que trouxe a seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Latrocínio. Alegações de nulidades da citação editalícia: paciente procurado em endereço diverso do que foi por ele indicado na polícia, ausência de cópia do edital nos autos e edital com o prazo de 14 dias, e não de 15, como previsto no art. 361 do CPP.

1. O Paciente foi procurado pela Oficiala de Justiça no endereço que consta em diversas peças dos autos; o endereço fornecido à polícia só aparece nos autos após a qualificação e o interrogatório, ocorridos em data posterior à sentença absolutória e anterior ao acórdão condenatório, portanto, depois da citação; ademais, a informação de que o Paciente se encontrava em lugar incerto foi dada pelo seu pai.

2. Não há comprovação de que não consta cópia do edital de citação nos autos, providência que também não é exigida pelo parágrafo único do art. 365 do CPP; além disso, o impetrante reconhece que o edital foi afixado no local de costume e não aponta qualquer nulidade no seu teor.

3. Os prazos previstos no Código Penal são contados de forma que o dia do começo se inclui no cômputo (CP, art. 10). Os do Código de Processo Penal são contados de forma que não se computará o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento (CPP, art. 798, § 1º). É da antiga jurisprudência deste Tribunal que o prazo de quinze dias do edital de citação, referido no art. 361 do CPP, é de Direito Processual, de forma que na sua contagem não se considera o dia do início, e inclui-se o do vencimento. Precedentes.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido para anular o processo desde a citação editalícia.”

(STF, HC n. 76.037-3/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30.04.1998).

Após a renovação do processo, foi proferida r. sentença (fls. 23/25), entendendo ser possível o reaproveitamento de provas testemunhais colhidas ao longo da primeira instrução, confira-se:

“(…)

O pedido é julgado procedente quanto a Edjalma Vicente da Silva, ora em segundo julgamento.

Sou de entendimento idêntico ao da colenda Câmara.

Nada obstante não tenha sido Edjalma Vicente reconhecido como um dos assaltantes, esteve ele procurando o vigia morto, Jeová, propondo a este que aderisse à empreitada criminosa.

Este fato foi informado pela viúva da vítima fatal e confirmado por José Faustino (fl. 103).

Ora, como o próprio réu admitiu (fl. 283), não conhece ele Maria da Conceição, de modo que, então, não teria ela qualquer razão para incriminá-lo falsamente.

Ademais, Jeová foi, estranhamente, executado, o que, de fato, demonstrou um certo “rancor” dos assaltantes com aquele vigia, quiçá, realmente, porque Jeová se recusara a fazer parte do assalto à firma.

É certo que — como registrou o Promotor de Justiça — esta causa está sendo rejulgada, em parte, há mais de quinze anos após os fatos, razão pela qual ficou prejudicada a segunda instrução.

Acontece que a primeira instrução pode ser reaproveitada, porque, nada obstante o achado vício de citação de Edjalma, aquelas provas foram colhidas sob o crivo do contraditório.

As testemunhas de defesa não depuseram sobre fatos que pudessem alterar essa realidade incriminatória de Edjalma.

(...).”

Dos fundamentos ora transcritos, é possível constatar-se que o convencimento a embasar a condenação foi lastreado pelas provas colhidas durante a primeira instrução criminal, as quais o magistrado reputou explicitamente como válidas, sob o entendimento de que foram colhidas sob o crivo do contraditório.

Com efeito, a existência dos atos processuais não se verifica de forma isolada, ao contrário, são estes entrelaçados em uma cadeia lógica que terá por fim a prestação jurisdicional, pondo fim ao litígio e reestabelecendo-se a paz social. Em razão deste vínculo, torna-se, algumas vezes, dificultoso delimitar a extensão da eficácia da declaração da nulidade de determinado ato processual, quanto aos demais que a ele se entrelaçam, ou que dele derivam.

No que pertine a tal peculiaridade, **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho**, in “As Nulidades no Processo Penal” (6ª ed., Revista dos Tribunais, p. 29), asseveram que “cabe ao juiz, portanto, ao reconhecer a invalidade de determinado ato processual, verificar se a atipicidade não se propagou a outros atos do procedimento, relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos.

Normalmente, sendo os vários atos processuais ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo, ou, segundo a praxe judiciária, desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado.

Todavia, nem sempre a invalidação dos atos subseqüentes ao anulado é automática; segundo o CPP, somente os atos diretamente dependentes ou que sejam consequência do viciado serão atingidos; afirma-se, com razão, que a nulidade dos atos da fase postulatória do processo se propaga sempre para os demais atos enquanto a invalidade dos atos de instrução, via de regra, não contamina os outros atos de aquisição da prova validamente realizados.

Nessa linha de raciocínio, a nulidade da denúncia, do despacho de recebimento, da citação, interrogatório e defesa prévia contamina necessariamente os atos posteriores. Já em relação à instrução, não existe, em geral, nexo de dependência entre os vários atos de aquisição da prova; nestes, o vínculo deve ser encarado sob o prisma do contraditório, pois não pode haver inversão na ordem da produção da prova testemunhal da acusação e da defesa, ou no oferecimento das alegações. A sentença, como ato final do procedimento, será sempre atingida pela invalidade dos atos que a antecedem, sejam da fase postulatória, sejam instrutórios, a não ser que estes últimos não tenham exercido qualquer influência na decisão (...).” (Grifei).

Na verdade, a vedação ao reaproveitamento das mencionadas provas testemunhais advém da nulidade do feito declarada pelo *Pretório Excelso*, a partir da citação editalícia. Em razão do vício ocorrido na citação editalícia, os atos subseqüentes, tornaram-se *nulos por derivação*, tendo o v. acórdão da augusta Corte anulado o feito a partir da citação, sem excepcionar qualquer ato subseqüente.

Este é também o entendimento de **Antônio Alcir Breda**, in “MP — Órgão Oficial do Ministério Público do Estado do Paraná” (ano IX, n. 9, 1980, p. 180), **verbis**:

“8. A citação inicial do acusado é outro requisito indispensável à validade do processo. A falta de citação regular (nem se argumente com o comparecimento espontâneo do réu, o qual torna irrelevante o vício), de consequência, torna o processo nulo. Declarada a nulidade, por falta de citação ou por vício desse ato processual, daí por diante todos os demais atos são nulos, inclusive até a sentença, se for o caso. Em tal hipótese, a declaração de nulidade só não atinge a denúncia (ou queixa) e o despacho liminar.”

Desta forma, a eficácia da declaração da nulidade do feito a partir da citação editalícia se estendeu, *por derivação*, a todos os atos subseqüentes, sendo, por via de consequência, desfeito o *reaproveitamento* dos mesmos. Por conseguinte, é imperioso declarar, em observância ao que foi já mencionado e ao disposto no art. 573, § 1º do Código de Processo Penal, a nulidade da r. decisão condenatória, uma vez que teve por base conjunto probatório eivado de nulidade *por derivação*.

Colaciono, oportunamente, precedentes desta Corte que respaldam este entendimento:

“Recurso especial — Processo penal — Nulidade processual — Ocorrência.

— A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência, a teor do art. 573, parágrafo 1º do CPP.

— **In casu**, a nulidade decretada a partir da citação, obriga a renovação de todos os atos processuais posteriores, inclusive a presença do réu, sob pena de nulidade, por cerceamento da defesa.

— Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 32.566/PA, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Cid Flaquer Scartezini*, DJ de 03.05.1993).

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Teoria das nulidades. Recurso em sentido estrito. Juízo de retratação. Ausência da intimação para a apresentação de contra-razões. Nulidade absoluta. Princípio da causalidade dos atos processuais. Precedentes do STJ. Ordem concedida.

1. A nulidade de um ato processual, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependem ou sejam conseqüência (art. 573, § 1º, do CPP).

2. Na hipótese, ocorreu prejuízo insanável em desfavor da defesa, pela não-invalidação dos atos processuais decorrentes do primeiro ato processual declarado nulo.

3. **Habeas corpus** concedido.”

(HC n. 20.786, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJ de 16.06.2003).

Ao final, faz-se oportuno trazer à colação trecho da bem lançada manifestação do culto Subprocurador-Geral da República, Dr. *Arx Tourinho*, a qual passo a transcrever:

“(…)

11. Tanto a sentença como o acórdão estão contaminados pela nulidade.

12. Decretada a nulidade da citação editalícia, todos os demais atos que se seguirem são invalidados.

13. Este é o comando que emerge do art. 573, § 1º, do CPP

14. Doutrina **Magalhães Noronha**:

“Claro que anulado o ato, nulos estão os que dependerem ou lhe forem conseqüências **quod nullum est, nullus effectum producit**. Conseqüentemente, o que permanece válido é a parte não contaminada pelo ato nulo”. (In, “Curso de Direito Processual Penal”, Ed. Saraiva, 28ª edição — 2002, p. 449)” (fl. 99).

Por todo o exposto, concedo a ordem para declarar a nulidade da r. sentença condenatória exarada nos autos da Ação Penal n. 2.333/1983 da Primeira Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos — SP, determinando que novo provimento jurisdicional seja proferido, em observância ao disposto no art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.195 — RS (2002/0094306-1)**

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Olinda Rosa Grazziotin Machado

Advogada: Olinda Rosa Grazziotin Machado

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Jorge Adriano Bonotto Machado

EMENTA

RHC — Processual Penal — Crimes falimentares — Alegação de ausência de justa causa — Inépcia da denúncia — Inocorrência.

— No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *writ*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Hipótese não ocorrente.

— Por outro lado, nos crimes societários, desde que a denúncia narre o fato delituoso de forma clara, propiciando o exercício da ampla defesa, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada sócio. Precedentes.

— Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Olinda Rosa Grazziotin Machado, em benefício de Jorge Adriano Bonotto Machado, contra decisão proferida pela egrégia Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *denegatória de ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Crime falimentar. Trancamento da ação penal.

O trancamento de ação penal é medida excepcional, só podendo ser deferido, em sede de **habeas corpus**, diante da evidente falta de justa causa para o processo-crime.

Habeas denegado.” (Fl. 124)

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado, juntamente com outros sete indiciados, como incurso nas sanções dos arts. 186, inciso VI (*deixar de apresentar livros obrigatórios*); 187 (*ato fraudulento que resulte prejuízo aos credores, consistente em simular negócio jurídico para impedir arrecadação de bens móveis e imóveis da falida*), por duas vezes; 188, incisos III (*desvio de bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda*), por cinco vezes, VI (*falsificação material da escrituração obrigatória*) e VII (*lançamento falso*), todos do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Recebida a denúncia, a defesa impetrou **habeas corpus**, requerendo o trancamento da ação por falta de justa causa, ao fundamento de que o réu não praticou nenhuma das ações ditas criminosas, pois, à época, não era responsável pelos atos de gestão da empresa a qualquer título, figurando tão-somente como sócio cotista.

No presente recurso, o Recorrente reitera os argumentos já apresentados, sustentando que não houve alteração da cláusula contratual submetendo a gerência da sociedade ao Paciente, como afirmou o v. acórdão objurgado. Por fim, alega a inépcia da denúncia ante a falta de individualização da conduta de cada acusado.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 152/154, opina pelo desprovimento do recurso.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Senhor Presidente, o recorrente pretende o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Para tanto, aduz que o réu não praticou nenhuma das ações ditas criminosas, pois, à época, não era responsável pelos atos de gestão da empresa a qualquer título, figurando tão-somente como sócio cotista. Ao final, sustenta que não houve alteração da cláusula contratual submetendo a gerência da sociedade ao Paciente, como afirmou o v. acórdão objurgado e alega a inépcia da denúncia ante a falta de individualização da conduta de cada acusado.

A **imputatio facti** descrita na exordial acusatória encontra-se assim exteriorizada (fls. 94/100), **in verbis**:

“(omissis)

1ª Fato:

No período anterior ao dia 31 de julho de 1997, data em que foi acolhido o pedido de autofalência, para ser decretada a quebra da empresa Granja Três Pinheiros Ltda (Processo n. 11.244 desta Comarca), os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, sócios da empresa falida, em comunhão de desígnios, não mantiveram os livros obrigatórios exigidos por lei, quais seja, o Livro de Registro de Duplicatas (exigido pelo art. 19 da Lei n. 5.474/1968); o Livro Diário, no período de 1957 a 1967 (exigido pelo art. 10 do Código Comercial); bem como os livros fiscais de Apuração do Lucro Real, nos anos de 1992 e 1993; de Registros e Entradas, nos anos de 1992 a 1995; Registro de Saídas, nos anos de 1992 a 1995; de Registro de Apuração do ICMS, nos anos de 1992 a 1995; de Razão Auxiliar em UFIRs, nos anos de 1992 a 1994 (livros exigidos pelos arts. 206 do Decreto n. 1.041/1994 e 8º do Decreto-Lei n. 1.598/1977), tudo conforme os laudos periciais, às fls. 69, 70 e 4.151 do inquérito judicial, e certidão dos livros arrecadados pelo síndico e oficial de justiça às fls. 16 e 17.

2ª Fato:

Em período próximo e anterior à decretação da falência, os denunciados

Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado, Adriana Bonotto Machado e Marta Accorsi, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, realizaram lançamentos falsos na escrituração contábil da empresa Granja Três Pinheiros Ltda e alteraram a escrituração contábil verdadeira, ao procederem a ajustes contábeis fraudulentos, ou seja, lançamentos efetuados na contabilidade da empresa sem a documentação suporte (conforme explicado no Laudo Pericial n. 02, às fls. 4.172 e 4.173 do inquérito judicial, e cópias de lançamentos, extraídas dos livros societários, anexas à denúncia e entregues aos falidos — documentos ns. 01 a 09), com o objetivo de dificultar o acesso aos verdadeiros saldos contábeis da empresa e remontar a contabilidade de exercícios anteriores, para permitir a distribuição disfarçada dos lucros para os sócios, com isso lesando os credores.

Esses procedimentos fraudulentos evidenciam-se no fato de que os termos de abertura e encerramento dos Livros Diários, referentes ao período de 1993 a julho de 1997, somente foram encaminhados a registro na Junta Comercial em 29 de julho de 1997, na iminência do pedido de autofalência (conforme documentos ns. 10 a 19, anexos à denúncia e entregues aos falidos). A retenção dos Livros Diários, sem o devido registro, possibilitou os ajustes irregulares acima apontados. Outro indício está no fato de que os livros fiscais apresentam termo de encerramento em aberto (conforme documentos ns. 20 a 23, anexos à denúncia e entregues aos falidos).

3ª Fato:

No dia 07 de julho de 1997, na iminência da decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado, Adriana Bonotto Machado e Gilberto Mazucco, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, praticaram, antes da falência, com o fim de criar e assegurar injusta vantagem para si, ato fraudulento do qual pode resultar prejuízo aos credores, consistente no fato de simular contrato de arrendamento rural de 620 ha (seiscentos e vinte hectares) de terra, máquinas agrícolas, silos e armazéns pertencentes à empresa falida, em prol do sócio Adriano Botelho Machado, pelo preço de R\$ 20.250,00 (vinte mil e duzentos e cinquenta reais) anuais (fls. 47 a 51 do inquérito), para, em seguida, confeccionar novo contrato simulando posterior subarrendamento desses mesmos bens à Agropecuária Lagoa Azul Ltda, empresa sem existência fática ou jurídica, representada pelo sócio Gilberto Mazucco, pelo valor de R\$ 40.500,00 (quarenta mil e quinhentos reais) anuais (às fls. 53 a 56 do inquérito), empresa esta criada especial-

mente para o objetivo ilícito de permitir a continuidade da exploração dos bens da empresa falida, à revelia do Juízo da Falência, conforme depoimentos das denunciadas Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, além de testemunhas, às fls. 3.604 e verso, 3.605 e verso, e 3.607 deste inquérito judicial (cópia do processo da ação revocatória desses contratos às fls. 3.443 a 3.609 do inquérito judicial).

O estratagema consistiu em simular um negócio jurídico, para assegurar que, no caso da preparada autofalência, os bens da empresa estivessem em nome de terceira pessoa, com isso, impedindo o arrolamento, e, se fossem arrecadados pela massa falida, resultaria em indenização pelos prejuízos da arrecadação. Os indícios dessa simulação estão em várias circunstâncias: ambos os contratos, o primeiro em 1995 e o segundo em 1997, guardam a mesma estrutura e redação, apenas sofrendo a alteração no tamanho da letra; o reconhecimento das assinaturas das partes ocorreu num único dia, em 04.07.1997 (fls. 51 e 56), e o das testemunhas ocorreu em 07.07.1997 (fls. 51 e 56), datas iminentes ao ajuizamento do pedido de autofalência; a empresa falida, na iminência da quebra, desfez-se de bens próprios à exploração agrícola, sua atividade principal; nas datas apontadas no primeiro contrato, como sendo de 1995, o sócio Adriano Botelho Machado não dispunha de funcionários para desempenhar a atividade agrícola, evidenciando que a exploração foi exercida pela empresa falida; Gilberto Mazucco, representante da empresa subarrendatária, é companheiro da sócia Adriana Botelho Machado, indicando o conluio.

4º Fato:

No dia 20 de julho de 1997, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado e Solange Maria Bonotto, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, praticaram, com o fim de criar e assegurar injusta vantagem para si, ato fraudulento do qual pode resultar prejuízo aos credores, consistente no fato de simular um contrato de locação de máquinas e implementos entre a empresa falida e a denunciada Solange Maria Bonotto, cuja data consta 24.03.1997, mas a autenticação das assinaturas registra o dia 20.07.1997, data iminente ao pedido de falência (fls. 57 e 58 do inquérito), valendo-se, assim, de interposta pessoa, para assegurar a exclusão desses bens da arrecadação falencial, e possibilitar sua exploração pelas denunciados no curso da falência.

Os indícios da fraude estão no fato de a empresa falida repassar equipamentos essenciais à sua atividade, pelo prazo de três anos, em detrimento de

seu empreendimento. Ainda, a locatária exerce a advocacia, função que não guardaria nenhuma afinidade com a locação de equipamentos típicos para exploração agrícola.

5ª Fato:

Em período anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, representados por receitas de venda efetuadas pela pessoa jurídica, no montante de R\$ 567.984,17 (quinhentos e sessenta e sete mil e novecentos e oitenta e quatro reais e dezessete centavos) (fl. 4.174), onde os recursos provenientes dos pagamentos foram depositados diretamente na conta bancária particular da sócia Alzira Bonotto Machado (laudo pericial às fls. 80, 81 e 4.174 do inquérito, a exemplo dos comprovantes de depósitos às fls. 313 a 355 e 4.235 e 4.244 do inquérito), criando um passivo comercial e omitindo as rendas, tudo para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

6ª Fato:

Em período anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, representados por receitas de vendas efetuadas pela pessoa jurídica, no montante de R\$ 14.950,00 (catorze mil e novecentos e cinquenta reais), onde os recursos provenientes dos pagamentos foram depositados diretamente na conta bancária particular da sócia Adriana Bonotto Machado (laudo pericial às fls. 81 e 4.174 do inquérito, conforme cópia do Livro Razão da empresa Osmar A. Ferlin à fl. 3.431 do inquérito e cheque n. 101820 do Banco do Brasil à fl. 3.421), criando um passivo comercial e omitindo as rendas, tudo para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

7ª Fato:

Em período anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado, Adriana Bonotto Machado e Gilberto Mazuco, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, representados por receitas de venda

efetuadas pela pessoa jurídica, no montante de R\$ 13.400,00 (treze mil e quatrocentos reais), onde os recursos provenientes dos pagamentos foram depositados diretamente na conta bancária particular do denunciado Gilberto Mazucco (laudo pericial às fls. 81 e 4.174 do inquérito, conforme recibo de depósito à fl. 3.420 e cópia do Livro Razão da empresa Osmar A. Ferlin à fl. 3.430), criando um passivo comercial e omitindo as rendas, tudo para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

8ª Fato:

Em data anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, consistente na remessa de produtos agrícolas à empresa Três Pinheiros Trading SRL, localizada na Ruta Internacional, 7, Km 3,5, em Ciudad del Este, no Paraguai (conforme as notas fiscais, guias de ICMS e depósitos bancários juntados às fls. 4.140 a 4.147), sem os respectivos registros contábeis dessas operações, bem como da existência dessa empresa coligada (laudo pericial à fl. 4.175), expediente fraudulento empregado pelos denunciados para diminuir a garantia que o ativo da empresa oferecia aos credores.

9ª Fato:

Em data anterior à decretação da falência, os denunciados Adriano Botelho Machado, Jorge Adriano Bonotto Machado, Sérgio Luiz Bonotto Machado, Alzira Lurdes Bonotto Machado e Adriana Bonotto Machado, em comunhão de desígnios e conjunção de esforços, desviaram bens da empresa Granja Três Pinheiros Ltda, ao efetuarem amortização de empréstimo contratado pelas pessoas físicas Adriano Botelho Machado e Alzira Lurdes Bonotto Machado (contrato de financiamento n. 9.966, formalizado em 28.10.1988, às fls. 4.155 a 4.170), consistente em pagamentos do montante equivalente a U\$ 389.410,68 da época, ao BRDE (Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul), conforme demonstrativo da perícia (fls. 4.152 e 4.153) e cópias dos lançamentos contábeis nos Livros Diário e Razão da empresa falida (documentos ns. 24 a 37, anexos à denúncia e entregues aos falidos).”

Como se verifica, pela leitura do trecho transcrito da peça vestibular, a conduta, como descrita na denúncia, é, em tese, penalmente típica, não se podendo analisar, na via estreita escolhida, a existência ou não de alteração contratual dispondo acerca da gerência da empresa, diante do vedado exame de provas em sede de **habeas corpus**.

O colendo Supremo Tribunal Federal, discorrendo acerca do tema da falta de justa causa na ação penal, em voto do eminente Ministro *Sepúlveda Pertence*, no HC n. 80.161/RJ, com precisão, asseverou:

“Creio ser de **Carnelutti** a observação acerca de dramático paradoxo do processo penal: para saber se deve aplicar a pena, é necessário o processo, mas o processo, pelo estigma que acarreta e os constrangimentos que gera já é, em si mesmo, uma pena: assim, com o processo, começa-se por punir aquele de quem se pretende saber se merece ser punido.

O paradoxo é quase sempre inevitável, pela impossibilidade de reclamar-se do acusador, para a instauração do processo, a certeza do crime e da responsabilidade do acusado, que só para a sentença condenatória é dado exigir.

Nem por isso é possível contentar-se com a aptidão formal da denúncia — ou seja, que nela se contenha imputação ao denunciado da comissão de um fato penalmente típico, ainda quando, por exemplo, haja prova inequívoca da inexistência do fato ou da autoria de que a afirmação de uma ou de outra sejam mera “*criação mental da acusação*”, na expressão sempre recordada do **Orozimbo Nonato** (HC n. 32.203, RFor 150/393).

A base de preciosa análise de jurisprudência, **Victor Nunes**, em acórdão célebre (HC n. 42.697, 13.10.1965, RTJ 35/517), alinhou numerosos casos nos quais foi possível ao Tribunal explorar as potencialidades da cláusula da *falta de justa causa para a ação penal* — que, até por imperativo da Constituição, há de abranger tanto a ilegalidade **stricto sensu** quanto ao abuso de poder — para remediar pelo **habeas corpus** a indevida instauração de processos penais originários não apenas de denúncias formalmente ineptas, mas também de denúncias arbitrárias ou abusivas, porque manifestamente despidas do mínimo necessário de suporte informativo.

Certo, na maioria das vezes — dado o caráter sumário e documental do processo — não será fácil demarcar o âmbito das possibilidades do **habeas corpus** para verificar a ausência de qualquer base empírica para a denúncia da esfera da análise ponderada de provas controversas, que nele não se comporta.”

No caso presente, além de haver indícios da materialidade, não sendo possível, na via singela deste *writ*, reexaminá-la com profundidade, a exordial aponta, em princípio, descrição típica e há efetivos indícios de envolvimento do acusado na prática do suposto delito, como bem salientou o em. Desembargador ao proferir o voto condutor do v. acórdão objurgado, que ressaltou ainda ter sido o Paciente sócio-gerente em 1999, ano em que foi formalizada a denúncia, **verbis**:

“É sempre difícil o trancamento de ação penal, via **habeas corpus**. Para tanto, é necessária ampla comprovação, acerca da ausência de crime, ou evidência da impertinência da ação penal, relativamente ao Paciente.

Não é o caso dos autos. São nove fatos delituosos, tipificados no Decreto-Lei n. 7.661/1946. Em crimes societários, é natural que se faça narrativa genérica, permitindo a instrução a devida individualização de condutas. Não há prejuízos à defesa, sobretudo porque está clara a imputação nos moldes de participação criminosa.

O paciente nega atos de gerência, mas isso não basta, por si só, e em tese, para afastar a possibilidade de concorrência nos atos delituosos. Como diz o ilustrado Procurador de Justiça, em seu parecer, nada impede que, não figurando o paciente no contrato social, como sócio-gerente, pudesse o Paciente atuar nas fraudes apuradas, visando ao proveito próprio em detrimento dos credores. A empresa tem caráter nitidamente familiar, como assinalado pelo síndico no relatório da falência (fl. 33). Ademais, consta da denúncia que o paciente era sócio-gerente, segundo alteração da cláusula 4ª do contrato social, no ano de 1999, em que foi formalizada a denúncia.” (Fl. 126)

Por outro lado, a alegação de que o Paciente não participava da administração ou gerência da empresa falida, por si só, não é suficiente para caracterizar a alegada ausência de justa causa capaz de, nesta oportunidade, determinar o trancamento da ação penal.

Há que restar demonstrado que o sócio não atuante no gerenciamento, não tenha efetivamente participado dos fatos, o que só se poderá constatar com o exame das provas a serem produzidas no decorrer da instrução, o que é impossível na via eleita do remédio heróico. Ainda mais, no caso **sub judice**, em que a empresa falida possuía caráter familiar.

Ademais, a orientação desta egrégia Corte de Uniformização tem sido no sentido de que o trancamento da ação penal somente é possível quando se constata, **prima facie**, a atipicidade de conduta, incidência de causa de extinção da punibilidade, ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, ou, ainda, a indiscutível deficiência da peça vestibular. Tais hipóteses não se encaixam no caso **sub examen**.

Neste diapasão, os precedentes assim ementados:

“RHC. Trancamento da ação. Inépcia da denúncia. Requisitos do art. 41 do CPP. Ausência de justa causa não-evidenciada. Inquérito policial. Prescindibilidade. Violação ao princípio da indivisibilidade. Inocorrência. Recurso desprovido.

I - Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu.

II - *A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.*

III - ...**(omissis)**...

IV - ...**(omissis)**...

V. Recurso desprovido.” (RHC n. 8.866/PR, Rel. Min. *Gilson Dipp*, DJ de 22.11.1999) — grifei.

“**Habeas corpus**. Denúncia. Inépcia. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal. Supressão de instância. Excesso de prazo.

*Narrando a denúncia fatos revestidos, em tese, de ilicitude penal, com observância do disposto no art. 41, do CPP, incabível é a concessão de **habeas corpus** para o trancamento da ação penal sob a alegação de falta de justa causa. ...**(omissis)**...*

(HC n. 8.731/SP, Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, DJ de 16.08.1999) — grifei.

A denúncia, no presente caso, reveste-se de todas as formalidades exigidas no art. 41, do Código de Processo Penal, ao expor os fatos e circunstâncias de forma clara e detalhada, com a qualificação completa do acusado.

A respeito da alegada *falta de individualização da conduta*, melhor sorte não assiste ao Paciente.

É firme a jurisprudência no sentido de que a descrição fática contida na peça vestibular, em crimes dessa natureza, não necessita da individualização minuciosa do comportamento de cada acusado. Em tais delitos, de autoria coletiva, é grande a dificuldade de discriminação **in initio litis** da conduta de cada indivíduo. Nesta linha, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, bem como esta egrégia Corte (c.f. *RTJ*, 168/216, 168/926; *RSTJ*, 119/640-641).

Em inúmeras oportunidades, esta Turma, ao julgar caso semelhante, entendeu ser desnecessária a pormenorização da conduta de cada sujeito na prática delituosa em sociedade.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso*.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.458 — PR (2002/0133318-6)**

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrentes: Sonito Bonfim Santana e outro

Advogado: Diogo Antônio Maciel Bello

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Pacientes: Sonito Bonfim Santana (Preso), Clair Roque Dias Amaral (Preso)

EMENTA

RHC — Processual Penal — Estelionato e formação de quadrilha — Prisão preventiva — Necessidade — Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal — Ofensa ao princípio da presunção de inocência — Inocorrência — Excesso de prazo — Justificado.

— A prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. No caso, foi apreendido em poder dos pacientes, acusados pela prática de estelionato e formação de quadrilha, farta documentação inidônea, a indicar a possibilidade de continuarem a infringir a lei penal, além de estarem os mesmos, no momento de suas prisões, preparados para fugir do distrito da culpa. A constrição, portanto, é medida que se impõe.

— A medida constritiva em questão não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, não impede a tutela cautelar.

— A complexidade do feito que envolve mais de um réu, bem como a necessidade de expedição de precatórias, justificam o excesso de prazo ocorrido.

— Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por Diogo Antônio Maciel Bello, em favor de Sonito Bonfim Santana e Clair Roque Dias Amaral, contra v. acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que *denegou a ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Crimes de formação de quadrilha e estelionato. Decreto de prisão preventiva. Alegação de excesso de prazo para conclusão da instrução criminal. Inocorrência. Eventual delonga que se justifica pela complexidade do feito. Ausência dos fundamentos necessários à custódia cautelar. Improcedência. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Ordem denegada.” (Fl. 346).

Consta dos autos que os pacientes, presos em flagrante delito em 09.04.2002, foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 288, **caput**, e 171, **caput**, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Recebida a denúncia, as prisões dos acusados foram relaxadas, tendo sido decretada a prisão preventiva dos mesmos.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, perante o egrégio Tribunal **a quo**, objetivando a revogação do decreto de prisão preventiva, sob o argumento de ausência de fundamentação jurídica a justificar sua necessidade. Aduziu, ainda, ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Por fim, argumentou excesso de prazo para a formação da culpa.

No presente recurso, o impetrante repisa os argumentos já apresentados.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer às fls. 384/388, opina pela denegação da ordem.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o Paciente pleiteia a revogação do decreto constritivo, sob a alegação de que não há motivos para sua prisão, constituindo esta ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Reclama, ainda, o excesso de prazo para a formação da culpa.

Cabe registrar, que é consagrado no nosso ordenamento constitucional, o prestígio à liberdade individual, antes do trânsito em julgado. Assim, o direito de ir

e vir, na fase processual, somente pode ser coarctado mediante decisão judicial fundamentada, em que se demonstre, concretamente, a necessidade da medida (neste sentido: **Ada Pelegrini Grinover**, in “As Nulidades no Processo Penal”; **Helene Fragoso**, in “Jurisprudência Criminal”; **Tourinho Filho**, in “Processo Penal”; *entre outros*).

Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Batista**, in “Liberdade Provisória”, a *prisão preventiva*, matéria objeto desta impetração, “responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas; de defesa pública, para impedir a *ciertos facinorosos*, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio.”

O decreto construtivo restou assim fundamentado, **in verbis**:

“Quanto aos réus *Sonito Bonfim Santana e Clair Roque Dias Amaral*, verifica-se do enredo fático apontado nos autos, que a materialidade do crime está representada pelo Boletim de Ocorrência de fl. 32; termo de declarações de fls. 34/35; e auto de apreensão de fls. 20/22.

Além disso, há indícios de autoria que alicerçam a decretação da medida, considerando o teor dos depoimentos prestados pelas vítimas Timoteo Panizio e Moisés Panizio, ao indicar os representados em destaque como os autores do estelionato perpetrado contra o estabelecimento comercial. É o que consta das declarações de fls. 34/35, 36/37.

Vale salientar que as informações e provas contidas nos autos caracterizam a necessidade da custódia preventiva dos representados, seja como garantia da ordem pública, ante a farta documentação inidônea apreendida em poder dos réus, dando evidência de que possam novamente infringir a lei penal, como por necessidade de assegurar a instrução criminal, tendo em vista que quando da prisão em flagrante encontravam-se preparados para fugir do distrito da culpa.

Posto isso, com supedâneo no art. 312 do Código de Processo Penal, *decreto a prisão preventiva de Sonito Bonfim Santana e Clair Roque Dias Amaral*, atendendo à representação do Ministério Público.” (Fls. 256/257)

Restando, portanto, a prisão preventiva concretamente fundamentada como garantia da ordem pública e para assegurar eventual aplicação da lei penal, ressaltando-se o fato de ter sido apreendida farta documentação inidônea em poder dos pacientes e de estarem os mesmos, no momento da prisão em flagrante, preparados para fugir do distrito da culpa.

Quanto a este último argumento registro, à guisa de ilustração, o seguinte precedente:

“**Habeas corpus.** Crime contra a paz pública. Prisão preventiva. Fundamento legal. Existência.

1. A probabilidade de evasão, subjetiva e objetiva, até porque materializada antes, e o controle do processo em favor dos pacientes, evidentes e diversos da mera conjectura, justificam a custódia cautelar, determinando-a, como determina a lei, em se fazendo necessária à garantia da aplicação da lei penal (Código de Processo Penal, artigo 312).

2. Ordem denegada.” (HC n. 16.336/SP, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, Rel. p/ o acórdão Ministro *Hamilton Carvalhido*, DJ de 13.08.2001)

Em conseqüência do exposto, a medida constritiva em questão não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, não impede a tutela cautelar. Sob esse prisma, **Hélio Tornaghi**, in “Compêndio de Processo Penal”, Tomo III, pp. 1.037/1.038, com precisão esclareceu:

“A situação do réu durante o processo está ligada, não propriamente a qualquer presunção, de inocência ou de culpa, mas ao convencimento que o juiz vai haurindo da prova, à medida que essa vai sendo feita. Pode o juiz, a princípio, suspeitar que o réu é culpado, ou que é perigoso, ou que se prepara para fugir, ou qualquer outra coisa, e depois verificar que a suspeita era infundada. Ou, ao contrário, pode vir a convencer-se de fatos que militem contra o réu e que a princípio lhe tenham passado despercebidos. No sistema das provas legais essa contínua e permanente avaliação da prova era feita segundo cânones preestabelecidos em lei. O que deve ser regulado não é propriamente a presunção de inocência ou de culpabilidade, pois onde entra a prova já não há que falar em mera presunção. Regulada deve ser a situação do acusado, ou melhor, os câmbios de situação e dos direitos, deveres, faculdades, poderes e encargos decorrentes de cada um.”

Quanto ao *excesso de prazo*, como é cediço, a existência de processo complexo, com mais de um réu e verificada a necessidade de expedição de cartas precatórias ensejam a observância menos rigorosa do prazo de 81 dias para o encerramento da instrução, valendo-se para tanto da razoabilidade. Tal, amolda-se ao caso **sub judice**. Pela complexidade e quantidade de pessoas envolvidas no crime é razoável certo excesso de prazo. Neste sentido:

“Processual Penal. Sumário de culpa. Prazo. Excesso. Razoabilidade.
Habeas corpus. Constrangimento.

— A construção jurisprudencial que estabeleceu o prazo de 81 dias para a formação do sumário de culpa na hipótese de réu submetido a prisão processual deve ser concebida sem rigor, sendo admissível o excesso de tempo em circunstâncias razoavelmente justificadas.

— Recurso ordinário desprovido.” (STJ — RHC n. 6.486/RJ — Sexta Turma, Rel. Ministro *Vicente Leal*, DJ de 12.08.1997, p. 36.282)

“RHC — Crimes graves atribuídos a uma perigosa quadrilha — Denúncia contra quinze réus — Demora na tramitação do processo devidamente justificada — Excesso de prazo que não se reconhece. 1. A existência de um número elevado de réus, alargando as providências judiciais, justifica o trâmite mais demorado da ação, reconhecendo-se o esforço do magistrado de primeiro grau em dar andamento rápido ao processo. 2. Só a desídia, o descaso, a morosidade inexplicável é que caracteriza o constrangimento ilegal, não o atraso decorrente de circunstâncias próprias da causa, que o legitimam plenamente. 3. Recurso improvido.” (STJ — RHC n. 7.313/PB — Sexta Turma, Rel. Ministro *Anselmo Santiago*, DJ 18.05.1998, p.151)

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.687 — MG (2002/0047569-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Vantuil Rosa Martins

Advogado: Derci Schuína Filho

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Impetrado: Secretário de Recursos Humanos e Administração do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor estadual designado. Dispensa. Ocupante de função pública. Irregularidades. Verificação por procedimento administrativo regular. Vícios não constatados.

Não se verificam as apontadas irregularidades, nem na portaria de instauração, nem no mandado, que, de forma sucinta, cuidaram de informar o necessário ao impetrante, que teve o contraditório e a ampla defesa devidamente assegurados, inclusive com a habilitação de advogado constituído.

O ato atacado encontra-se motivado, na medida em que derivado do regular procedimento administrativo apuratório, onde se constatou o cometimento das referidas irregularidades.

Tratando-se de servidor designado, ocupante apenas de função pública, é possível até mesmo sua dispensa **ad nutum**.

Recurso desprovido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 09.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b** do permissivo constitucional, visando acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O **r. decisum** restou assim definido (fl. 487):

“Mandado de segurança — Detentor de função pública — Dispensa — Situação dentro da administração pública — Artigo 10, § 5º da Lei n. 10.254/1990 — Estabilidade — Atributos do cargo — Ausência de efetividade — Critérios da Administração — Oportunidade e conveniência — Interesse público — Processo administrativo — Ausência de ilegalidade — Aspectos formais respeitados — Segurança denegada. Uma vez que detentores de função pública não são servidores estáveis, podem ser dispensados independente de instauração

de processo administrativo. Analisar e decidir acerca do momento apropriado para a dispensa do ocupante de função pública, é critério da autoridade competente e não do mérito da atuação jurisdicional. A conclusão é da discricionariedade da Administração competente. Não se revestindo o processo administrativo instaurado de qualquer nulidade, há que ser denegada a segurança.”

Dessa decisão foram opostos embargos declaratórios (fls. 501/502), restando os mesmos rejeitados (fl. 506).

Assevera o recorrente que a Portaria inaugural de n. 669/1999, de 08.09.1999, que determinou a instauração do processo administrativo disciplinar, é nula de pleno direito, por ser extremamente genérica e não conter os requisitos legais que a fundamentam, além de não descrever os fatos com clareza, não delimitando o objeto da controvérsia e impossibilitando a ampla defesa e o contraditório.

Alega que a decisão final do processo administrativo é nula, uma vez que não foram observadas as razões do recorrente na apresentação da defesa e, ainda, que foi ferido o princípio da isonomia, ao se aplicar ao recorrente pena de dispensa do serviço público, enquanto que para a co-autora foi imposta somente pena de suspensão de 15 (quinze) dias do serviço, mesmo tendo ambos infringido os mesmos dispositivos legais.

Não houve oferecimento de contra-razões (fl. 539), e, em sua manifestação, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do presente recurso (fl. 553).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O impetrante, na qualidade de servidor designado para ocupar o cargo de professor da rede de ensino público do Estado de Minas Gerais, respondeu a processo administrativo disciplinar, o qual visava apurar irregularidades na administração da Caixa Escolar Sebastiana Alves de Souza, da Escola Estadual Frei Inocência, naquele Município.

As alegações recursais não merecem prosperar.

Ratifico os seguintes argumentos expendidos pelo il. representante do Ministério Público Estadual (fls. 480/482):

“Com efeito, colhe-se dos autos que a instauração e o desenrolar do processo disciplinar obedeceram às normas da publicidade, ampla defesa e contraditório, tendo sido deferida ao servidor a oportunidade de fazer-se representar por procurador legalmente habilitado, acompanhando os trabalhos da

comissão processante, oferecendo e inquirindo testemunhas, bem como apresentando razões de defesa, sem qualquer eiva de nulidade ou abuso de poder a contaminar referidos trabalhos.

Conquanto tenha sido extrapolado o prazo legal previsto para a espécie, é de se consignar que tal fato não acarretou qualquer prejuízo ao impetrante.

Ao contrário, mesmo tendo o Estado a faculdade de rescindir automaticamente o contrato de trabalho, dado o término do prazo previsto — *art. 10, § 5º, da Lei n. 10.254/1990* —, optou-se por mantê-lo no cargo, renovando-se as designações e garantindo sua retribuição pecuniária.

Portanto, não há se falar em nulidade do procedimento administrativo, e, além disso, tais prazos não têm conteúdo decadencial e a ultrapassagem mínima destes não gera nulidade alguma.

Da mesma forma, não se configurou o cerceamento de defesa em face da Portaria n. 669/1999 no que pertine à descrição dos fatos (fl. 22), uma vez que se cuidou de cientificar o investigado de todas as acusações a ele imputadas, consoante se colhe das razões de defesa colacionadas à fl. 328.

Dessarte, mostra-se totalmente legítimo o ato editado pela autoridade coatora consistente na aplicação da dispensa ao impetrante, visto tratar-se de procedimento inserido em sua esfera de *competência delegada*, consoante estabelece o Decreto estadual n. 37.794/1996.

Há que se distinguir entre a demissão e a dispensa para efeito de se aferir a competência para a edição do ato. Na primeira, somente o Governador do Estado, após regular processo administrativo, é que detém a prerrogativa de desvincular o servidor *estável* do cargo público. Na segunda, o servidor não ocupa cargo público, mas mera função pública de vínculo precário com a Administração, razão pela qual é lícita a delegação de poderes para a lavratura da dispensa quando inexistir a conveniência da manutenção deste.

O ato administrativo, então, originou-se de autoridade administrativa competente.

Não há se falar, **in casu**, em nulidade do ato administrativo, por *ausência de motivação*.

É pela motivação do ato que a Administração expõe as razões de fato e de direito pelas quais adotou determinada postura, ou seja, é a forma pela qual “o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática” (**Hely Lopes Meirelles**, “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª ed., 1999, p. 181).

Desta forma, nada obsta que a autoridade competente fundamente seu ato nos trabalhos de comissão processante e acolha sua sugestão, “hipótese em que o relatório correspondera à motivação” (**Maria Sylvia Zanella di Pietro**, “Direito Administrativo”, 11ª ed., 1999, p. 498).

No mesmo sentido, doutrina **Hely Lopes Meirelles** que “no julgamento a autoridade competente deverá sempre fundamentar sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para condenação como para absolvição” (ob. cit., p. 625).

Assim, tendo a autoridade coatora motivado seu ato nas “conclusões da Superintendência Central de Correição Administrativa no Processo Disciplinar n. 669/1999, *mostra-se válida e legal a pena de dispensa aplicada ao servidor pois que insere no critério de discricionariedade e conveniência afeto ao administrador público.*”

No tocante à alegação de que a portaria de instauração não conteria os requisitos legais, lembro firme jurisprudência desta Corte que se aplica à espécie:

“...Portaria que, sucintamente, descreve os fatos pelos quais responderá o servidor, permitindo-lhe defender-se amplamente, não pode ser acoimada de nula...”

(RMS n. 9.532/RO, DJ de 04.09.2000, Rel. Min. Fernando Gonçalves)

“...A ‘citação prévia’ do impetrante supriu qualquer eventual irregularidade da portaria instauradora do processo administrativo disciplinar, já que lhe possibilitou o exercício de defesa, identificando o acusado e os fatos a serem apurados, sendo certo, ainda, que a descrição minuciosa dos fatos, com a tipificação da falta cometida, tem momento próprio, qual seja, o do indiciamento do servidor...”

(MS n. 7.074/DF, DJ de 07.10.2002, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

Tanto assim que o impetrante se valeu de defesa escrita por advogado regularmente constituído, como se pode constatar de fls. 376 e segs., rebatendo um por um os argumentos apresentados.

Comprovando tal argumento, extraímos do Relatório do respectivo procedimento:

“Da defesa

Constituída pelos indiciados, com procurações nos autos (fls. 246 e 247), substituindo o procurador anteriormente indicado pelos mesmos, Dr. Nelson Raimundo da Costa (fls. 106), compareceu à audiência previamente marcada por esta Comissão, a Dra. Ely das Dores Drumond Rabêlo (...).

Assim, apresentou a ilustre Advogada a sua defesa, distribuída nos seguintes tópicos (fls. 293 a 312)..."

(fl. 376)

(...)

"Já tivemos na brilhante defesa apresentada pela ilustre Advogada constituída (fls. 293 a 312) o momento em que ela expõe e tenta descaracterizar as imputações, artigo por artigo..."

(fl. 378)

(...)

"Pois bem, é aí que ousamos discordar de alguns posicionamentos da defesa..."

(fl. 379)

A alegação de que o mandado de citação não teria explicitado com precisão os fatos também não merece qualquer amparo. Tal instrumento tem a finalidade de levar a conhecimento da parte investigada a existência do procedimento administrativo, tanto assim que especifica:

"...O presidente da Comissão de Processos Administrativos Disciplinares, designada pelas Portarias n. 669/1999 e 716/1999, do Senhor Corregedor, publicadas no "Minas Gerais" de 09.09.1999 e 14.09.1999, respectivamente, cita pelo presente mandado: Vantuil Rosa Martins, Controle n. 809512-7, para comparecer à Escola Estadual Frei Inocêncio (...) *podendo pessoalmente e assistido por procurador habilitado, acompanhar os atos do referido Processo, indicar testemunhas, requerer provas e o mais que julgar necessário, a fim de assegurar-lhe ampla e total defesa até final julgamento...*"

(fl. 133, grifei)

Totalmente impertinente, também, é o argumento do recorrente de que não teriam sido apreciadas as razões por ele elencadas em sua defesa, pois, conforme já transcritos, houve rebate de um a um.

Muito menos deve prosperar a alegação de falta de motivação do ato atacado. Conforme se comprova dos autos, houve o respectivo procedimento administrativo, no qual apuraram-se, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, as irregularidades apontadas, concluindo-se pela constatação de sua existência.

Por fim, não há qualquer malferimento ao princípio da isonomia, tendo em conta que à servidora Maria Cristina Silva Passos, investigada juntamente com o impetrante, teria sido aplicada tão-somente a pena de suspensão.

Nesse aspecto, cabe relembrar que as situações dos dois acusados eram distintas, sendo absolutamente precária a situação do impetrante, por ser apenas ocupante de função pública, e teve como fundamento outro dispositivo da lei estadual de regência. Ratifico, assim, os seguintes argumentos do acórdão recorrido:

“É exatamente neste ensejo que surge a Lei n. 10.254, de 20 de julho de 1990, que em seu artigo 10, **caput**, estabelece: “Para suprir a comprovada necessidade de pessoal, poderá haver designação para o exercício de função pública, nos casos de ...”. Vale ressaltar que o referido dispositivo de lei trata, clara e expressamente, do exercício de “função pública”, a qual foi amplamente dissecada acima nas palavras do saudoso mestre administrativista brasileiro. Singela é a conclusão de que os que foram designados para função pública não poderiam ter estabilidade. Aliás, o próprio artigo da lei citada, em seu parágrafo 5º, assim preceitua:

“(…)

§ 5º - A dispensa do ocupante de função pública de que trata este artigo dar-se-á automaticamente quando expirar o prazo ou cessar o motivo da designação, estabelecido no ato correspondente, ou a critério da autoridade competente, por ato motivado, antes da ocorrência desses pressupostos.”

(fl. 490)

(…)

“Ora, a situação do Impetrante é de detentor de função pública e não de ocupante de cargo público. Daí, ser plenamente cabível a resilição do vínculo, bastando para isso, que se depare com o motivo ensejador da dispensa...”

(fl. 491)

Dessa forma, por não vislumbrar as apontadas irregularidades no procedimento administrativo, nego provimento ao presente recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 15.943 — RJ (2003/0027712-9)**

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro

Advogados: Mário Ani Cury Filho e outros

T. Origem: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Impetrado: Juízo Federal da 40ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro — RJ

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Processual Civil. Mandado de segurança preventivo. Casos futuros. Impossibilidade.

Inviável, mesmo a título de impetração de natureza preventiva, pretender que a autoridade coatora se abstenha de adotar entendimento em relação aos honorários, contrário ao que defende a recorrente.

“Segurança preventiva é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual *em determinado caso...*”
(Hely Lopes Meirelles).

Recurso desprovido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, com supedâneo no art. 105, inciso II, letra **b**, da Constituição Federal, com o fito de impugnar acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, em autos de agravo interno em mandado de segurança, restou assim ementado (fl. 49):

“Agravo interno. Mandado de segurança. Indeferimento da inicial (art. 8º da Lei n. 1.533/1951).

I - Se entende a agravante que o posicionamento externado pela MMA. Juíza impetrada acerca da verba sucumbencial é contrário à lei, deve se valer do recurso cabível em cada um dos processos em que tal entendimento for adotado, pois o mandado de segurança não pode ser utilizado como substitutivo de recurso (art. 5º, inciso II da Lei n. 1.533/1951), não sendo possível, outrossim, conferir-lhe caráter preventivo, como pretende, para proi-

bir a autoridade impetrada de praticar o ato impugnado em processos futuros, exigindo que S. Ex^a. se posicione sempre de forma contrária ao seu livre convencimento;

II - Mantida a decisão, que indeferiu a inicial do *writ*, com base no art. 8º da Lei n. 1.533/1951;

III - Agravo desprovido.”

Afirma que a autoridade apontada como coatora equivocou-se ao pretender conjugar a interpretação do art. 20, do CPC, com os artigos 22, 23 e 24 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil; uma vez que o CPC, além de ser lei anterior ao referido Estatuto (“lei posterior revoga anterior”), contém normas aplicáveis ao processo e à Lei n. 8.906/1994 regula os direitos e deveres do advogado.

Sustenta-se, ainda, que o § 4º, do art. 20 do CPC, dispõe sobre honorários contratuais e não quanto aos honorários advocatícios, tendo a autoridade coatora se equivocado quanto à sua interpretação.

Cita, a título de reforçar a tese esposada, julgados desta Corte nos quais restou decidido que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado e não à parte vencedora (fls. 70/73).

Não houve oferecimento de contra-razões (fl. 79v) e a manifestação do Ministério Público Federal é no sentido do não-conhecimento do presente recurso (fls. 83/86).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A recorrente impetrou mandado de segurança visando impugnar ato da MMA. Juíza Federal da 4ª Vara/RJ, que estabeleceu entendimento no sentido de que os honorários sucumbenciais pertenceriam ao vencedor da demanda e não ao advogado que patrocinou o vencedor. Afirmava que, com tal decisão, teria sido afrontada disposição contida no art. 49, da Lei n. 8.906/1996.

A inicial foi indeferida (fls. 30/31) sob a seguinte conclusão (fl. 31):

“Com a máxima vênia, duas impropriedades ressaltam de imediato: a primeira diz respeito à tentativa de obrigar um Juiz a externar entendimento contrário ao seu convencimento. A outra impropriedade reside na circunstância de que o mandado de segurança se presta a atacar ato, ou prevenir o Impetrante contra ato a ser praticado por autoridade e que seja eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Na espécie, o que se pretende, com o presente *writ*, é a criação de uma norma de comportamento.

Ora, sabido é que tanto a jurisprudência como a doutrina repelem a chamada segurança normativa, que não se confunde com a preventiva.

Isto posto, com base no art. 8º da Lei n. 1.533/1951, indefiro a inicial.º

Tal entendimento foi mantido após o julgamento do agravo ajuizado, cuja decisão ora se combate.

A impetração está assim redigida no tocante a seu objeto (fl. 16):

“Daí a gravidade dos efeitos do ato impugnado, os quais atingem a toda uma classe que, antes de tudo, serve à sociedade, e os efeitos do ato estão a causar graves prejuízos ao exercício da Advocacia, razão pela qual requer a impetrante a concessão **in limine et inaudita altera pars**, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de adotar o entendimento de que os honorários sucumbenciais não pertencem aos advogados, determinando ainda que expeça alvará em nome dos advogados para levantamento dos honorários sucumbenciais, toda vez que requerido, sem que seja exigida a juntada de contrato de honorários, até o trânsito em julgado desta impetração.”

A decisão hostilizada não merece censura, devendo ser ratificada em seus argumentos.

Em relação à ação mandamental de natureza preventiva, já ensina o mestre

Hely Lopes Meirelles:

“Segurança preventiva é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual em determinado caso (...) A Justiça comum não dispõe do poder de fixar normas de conduta, nem lhe é permitido estender a casos futuros a decisão proferida no caso presente, ainda que ocorra a mesma razão de decidir em ambas as hipóteses. Embora se reitere a ilegalidade em casos idênticos, haverá sempre necessidade de uma decisão para cada caso, sem que os efeitos da sentença anterior se convertam em regra para as situações futuras. E assim é porque a sentença concessiva da segurança apenas invalida o ato impugnado, deixando intacta a norma tida por ilegal ou inconstitucional até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue...”

(In “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, 13ª ed., p. 65).

Em razão do exposto, nego provimento ao presente recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 373.641 — DF (2001/0127747-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: André Luis de Carvalho

Advogado: David Sérgio da Silva Brito — Defensor Público

EMENTA

Criminal. Recurso especial. Roubo qualificado e corrupção de menores. Reincidência comprovada por Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação da Polícia Federal. Validade. Precedentes. Recurso conhecido e provido.

I - A certidão expedida pelo Instituto Nacional de Identificação é instrumento hábil para a comprovação da reincidência, por conter todas as informações necessárias a este fim.

II - Precedentes da Turma.

III - Merece ser provido o recurso, para cassar o acórdão e determinar que outra decisão seja proferida, somente em relação à caracterização da reincidência, ante à validade da certidão do INI para sua comprovação.

IV - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 11 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 28.04.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Minis-

tério Público do Distrito Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que deu parcial provimento ao recurso da defesa, nos termos da seguinte ementa (fl. 144):

“Apelação criminal. Crime de roubo. Tentativa. Corrupção de menores. Agravante da reincidência.

— Afasta-se a consumação do delito quando o réu foi avistado pelos policiais no momento em que acabava de praticar o roubo, sendo imediatamente perseguido, capturado, face à rápida intervenção policial, possibilitando a recuperação da **res furtiva**.

— Indiscutível a existência de crime de corrupção de menores quando o adolescente não contava com qualquer registro anterior, não partiu dele a iniciativa do crime e, ainda, a arma empregada no delito não estava em seu poder.

— Não há como considerar a agravante da reincidência se dos autos não consta certidão cartorária, sendo as informações constantes na folha do INI insuficientes para a sua comprovação.”

Em razões, alega-se negativa de vigência ao art. 61, inciso I e ao art. 63, ambos do Código Penal e ao art. 616 do Código de Processo Penal. Indica-se, ainda, divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outra do Supremo Tribunal Federal.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 188/196 verso).

Admitido o recurso por ambas as alíneas (fls. 202/203), a Subprocuradoria Geral da República opina por seu conhecimento e provimento (fls. 207/211).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, reconhecendo a prática do delito em sua forma tentada e excluindo, da condenação, o aumento de pena pela reincidência.

Consta dos autos que o recorrido foi denunciado e condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal — recebendo uma pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, que foi aumentada em 06 (seis) meses pela reincidência e em 1 (um) ano e 06 (seis) meses pelas causas de aumento — perfa-

zendo um total de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa. Foi denunciado e condenado, ainda, como incurso no art. 1º, da Lei n. 2.252/1954, ao qual foi atribuída uma reprimenda de 02 (dois) anos de reclusão, aumentada em 04 (quatro) meses, pela reincidência, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Ressalte-se que ambas as sanções foram aumentadas em razão da reincidência do recorrido, considerada, pelo Magistrado sentenciante, a partir das informações constantes da Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação.

Inconformado, o réu apelou, pretendendo sua absolvição, quanto ao crime de corrupção de menores, além da diminuição da pena relativa ao roubo.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, manteve a condenação do réu. Entretanto, entendeu que restou configurada apenas a tentativa do crime de roubo, além de excluir o aumento relativo à reincidência, sob o argumento de que a Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo INI não seria suficiente à comprovação da reincidência, fazendo-se indispensável a existência, nos autos, de certidão do Diretor da Vara em que ocorreu a condenação anterior, dando conta de seu trânsito em julgado.

Da decisão, foram opostos embargos de declaração, rejeitados às fls. 167/171.

Diante disso, interpôs o *Parquet* o presente recurso especial, através do qual, sustentando negativa de vigência ao art. 61, inciso I e ao art. 63, ambos do Código Penal e ao art. 616 do Código de Processo Penal, além de indicar divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outra do Supremo Tribunal Federal, pretende seja firmada a validade das informações prestadas pelo INI, para efeitos de reincidência, requerendo o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

O recurso foi admitido, por ambas as alíneas.

Conheço do recurso, porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade, merecendo prosperar a sua argumentação.

O cerne da questão restringe-se à definição da validade da certidão emitida pelo Instituto Nacional de Identificação para a caracterização da reincidência.

Percebe-se, às fls. 58/59 dos autos, que da referida certidão podem ser extraídas as seguintes informações: nome do réu, fato que lhe foi imputado, número do processo, Juízo que prolatou a decisão, a pena que lhe foi imposta, a data da sentença e o trânsito em julgado da condenação.

Desta forma, penso que o documento acostado aos autos contém os elementos necessários à avaliação de ocorrência, ou não, da reincidência do recorrido, não se podendo negar sua validade para tal finalidade.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“Recurso especial. Penal. Reincidência. Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação da Polícia Federal. Idoneidade documental. Fixação de regime prisional.

A Folha de Antecedentes Criminais expedida pelo Instituto Nacional de Identificação (INI) da Polícia Federal é meio idôneo para a comprovação de reincidência, quando explicitada a data do trânsito em julgado da condenação.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 254.005/DF; Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06.05.2002)

“Criminal. Recurso especial. Estelionato privilegiado. Certidão expedida pelo Instituto Nacional de Identificação. Comprovação da reincidência. Afastamento da figura do privilégio. Recurso provido.

I - A certidão expedida pelo Instituto Nacional de Identificação é instrumento hábil para a caracterização da reincidência, por conter todas as informações necessárias a este fim.

II - Por expressa disposição do § 1º do art. 171 do Código Penal, a figura do privilégio não pode ser aplicada aos réus reincidentes.

III - Recurso provido, restabelecendo-se a sentença monocrática.” (REsp n. 232.368/DF, de minha relatoria, DJ de 25.03.2002)

Assim, merece ser provido o recurso, para cassar o acórdão e determinar que outra decisão seja proferida, somente em relação à caracterização da reincidência, ante à validade da certidão do INI para sua comprovação.

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 447.745 — RJ (2002/0086457-4)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrentes: Valnir Alves Lisboa Pegas e outros

Advogados: Greice Frederica N. Leal e outros

Recorrida: União

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Militar. Licenciamento. Decisão concessiva. Suspensão. Reintegração. Prazo ultrapassado por força da decisão judicial. Precedentes.

Após a decisão monocrática que suspendeu o ato de licenciamento dos recorrentes-militares e determinou a reintegração dos mesmos na Força, ultrapassou-se o prazo estipulado pela Lei n. 6.880/1980, culminando com a estabilidade almejada.

Precedentes.

Recurso provido com o restabelecimento da decisão de primeira instância.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, em face de acórdão do colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado **verbis** (fl. 339):

“Administrativo. Militar temporário. Licenciamento. Legalidade.

I- É legítima a exclusão de cabo da Aeronáutica, ainda que tenha integrado os quadros da FAB por oito anos.

II- Hipótese em que os autores foram licenciados em 1992 e não permaneceram no serviço ativo.

III- Apelação e remessa oficial providas para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.”

Em suas razões a parte recorrente alega que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 3º, § 1º, **a**, I e § 2º da Lei n. 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), que esclarecem que os cabos são militares de carreira e não temporários; e, ainda, ao art. 50, IV, **a**, do mesmo Estatuto, onde é assegurada aos cabos a estabilidade, desde que preenchidos os requisitos para tanto. Aponta como igualmente violados os arts. 43, do Decreto n. 92.577/1986, 3º da Lei n. 6.924/1981, e finalmente os arts. 22 e 24 do Decreto n. 86.325/1981.

Suscita, ao final, dissídio jurisprudencial, colacionando julgados desta Corte para demonstrá-lo.

Foram oferecidas contra-razões (fls. 399/403) e o recurso, inadmitido na origem (fls. 406/407), veio por força do provimento ao agravo de instrumento interposto.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Inicialmente saliento que o alegado dissídio não restou comprovado nos termos do art. 255 do RISTJ.

No que diz respeito à afronta de legislação federal, tenho que o apelo merece ser conhecido.

No caso, os recorrentes propuseram medida cautelar na qual requeriam a suspensão do ato que lhes teria licenciado do serviço militar, antes de completarem os dez anos de efetivo exercício.

A decisão de primeira instância julgou procedente a cautelar, tendo suspenso o ato de licenciamento e determinado a reintegração ao serviço ativo (fl. 298).

Ao dar provimento à apelação interposta pela União, a decisão foi reformada pelo egrégio TRF da 2ª Região, que é objeto do presente apelo.

A hipótese se subsume a outros dois casos por mim já relatados, que receberam as seguintes ementas:

“Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Reintegração. Promoção. Reexame de prova. Decurso de 10 anos obtido por meio de liminar.

Os respectivos militares temporários acabaram permanecendo por mais de 10 anos no serviço castrense (tempo exigido pela Lei n. 6.880/1980, art. 50), em razão da liminar obtida no Judiciário.

Por outro lado, o acórdão recorrido, para conceder o direito pretendido, calcou-se no fato de que os autores teriam sido promovidos a cabo. A discussão acerca da existência ou não de tal promoção, como pretende a recorrente, esbarra na vedação do enunciado da Súmula n. 7 desta Corte.

Recurso desprovido.”

(REsp n. 252.619/CE, DJ de 23.10.2000)

“Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Licenciamento. Decurso de 10 anos. Decisão judicial.

O recorrente, por meio de decisão judicial obtida na cautelar ajuizada, conseguiu a suspensão do ato de licenciamento e conseqüente reintegração, estando na ativa até então, ultrapassando-se, dessa forma, o decurso do prazo de 10 anos necessários à estabilidade almejada.

Situação peculiar.

Precedente.

Recurso provido.”

(REsp n. 328.685/RJ, DJ de 05.11.2001)

Neste último precedente, consignei:

“Realmente esta Corte tem entendimento no sentido de que, “o ato de reengajamento de praça é discricionário da Administração (...) não se podendo por isso reconhecer violação ao direito do militar que, às vésperas de completar o decênio para a estabilidade, é licenciado **ex officio**, em virtude do término da última prorrogação de tempo de serviço...” (REsp n. 198.389/RJ, DJ de 14.02.2000, Rel. Min. Felix Fischer).

Acontece que a hipótese dos autos apresenta a peculiaridade de que o recorrente, encontrando-se no serviço ativo até hoje, ultrapassa os dez anos de serviço necessários à estabilidade almejada.

É exatamente a situação vivida pelos recorrentes, que até hoje se encontram no serviço ativo da Aeronáutica, perfazendo muito mais do que os dez anos necessários à estabilidade, sendo válidos os seguintes argumentos por eles expendidos (fl. 352):

“Isso porque foram reintegrados ao serviço ativo da FAB, por força da sentença prolatada pelo r. Juízo da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro que suspendeu a eficácia do ato que os licenciou, reintegrando-os e mantendo-os em seu posto e função, sem prejuízo do conteúdo laboral e remuneratório, este a ser retomado a partir da reintegração.

Assim é que os recorrentes já contam bem mais de 10 anos de efetivo serviço ativo.

Ora, o ato de licenciamento dos recorrentes foi suspenso pela decisão acima mencionada, e, levando-se em consideração o fato de que possuíam mais de 8 anos de serviço ativo quando do licenciamento das fileiras da FAB, e hoje, beneficiado pelo r. **decisum** já ultrapassaram, em muito, os 10 anos de serviço ativo, dúvidas não restam quanto à mencionada estabilidade.”

Assim sendo, dou provimento ao presente recurso, com o conseqüente restabelecimento da decisão singular de fls. 294/298.

É como voto.

Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 18.166 — SP (2001/0100476-1)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Relator p/ o acórdão: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outro

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Pacientes: Maria da Glória Bairão dos Santos e Antônio Carlos da Gama e Silva

Sustentação oral: Arnaldo Malheiros Filho pelos pacientes, Wagner Gonçalves, Subprocurador-Geral da República.

EMENTA

Habeas corpus. Crimes contra a Administração Pública. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Recurso em sentido estrito. Inversão na ordem das falas em plenário. Prejuízo caracterizado. Ordem concedida.

1. As atribuições de **custos legis** tem-nas sempre o Ministério Público, qualquer que seja a natureza da função que esteja a exercer enquanto lhe decorre da própria natureza da instituição, cumulando-as com aquelas de *parte* no processo penal da ação pública, incindivelmente por razões evidentes.

2. O Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional (Constituição da República, artigo 129, inciso I), é sempre *parte*, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual.

3. Viola os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, com iniludíveis reflexos na defesa do paciente, a inversão das falas das partes em sessão de julgamento de recursos (Precedentes).

4. Ordem concedida para anular o julgamento de recurso em sentido estrito, determinando-se que outro se proceda.

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 maioria, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro

Hamilton Carvalhido, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator p/ o acórdão

Publicado no DJ de 24.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Maria da Glória Bairão dos Santos e Antônio Carlos da Gama e Silva, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Segundo se colhe da exordial, o móvel do presente pedido cinge-se à argüição de nulidade no julgamento de recurso em sentido estrito, tirado pelo MPF contra decisão monocrática de não-recebimento de denúncia contra os pacientes, acusados de práticas descritas, respectivamente, nos arts. 171, § 3º, 288 e 312, todos do CP e nos arts. 171, § 3º, 288, 299, 312 e 317, § 1º, todos do CP

E arrematam os impetrantes:

“Em síntese, apresenta-se flagrantemente ilegal a decisão da douta Turma Julgadora apontada como coatora, já que violando as garantias do contraditório e do devido processo legal, cerceou a defesa. A cronologia das falas no processo penal, mesmo admitindo-se que o Ministério Público atue como fiscal da lei não pode contrariar o modelo instituído pelo Código de Processo Penal no art. 500, § 2º, que manda o querelado se manifestar por último. Aqui como ali, os pacientes, que eram recorridos, tinham o direito de falar por último.

Por todo o exposto e contando com os doutos suprimentos de Vossas Excelências, aguarda-se a concessão da ordem para que seja anulado o julgamento proferido pela colenda Quinta Turma do TRF da 3ª Região e outro se realize de acordo com os preceitos constitucionais antes nomeados.” (fl.15)

Prestadas as informações (fls. 95/100), opina a Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem (fls.164/168).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Há pedido de desistência da impetração quanto a Maria da Glória Bairão dos Santos (fl. 170), diante da decisão tomada por esta Sexta Turma no julgamento do **Habeas Corpus** n. 18.206. Remanesce, em conseqüência, a ordem apenas em relação a Antônio Carlos da Gama e Silva, residindo a controvérsia em possível inversão na cronologia das sustentações orais, por ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Houve, naquela assentada, em primeiro lugar, manifestação da defesa, pronunciando-se, em seguida, o Procurador Regional da República.

Neste contexto, não se visualiza nulidade ou prejuízo apto à sua declaração, pois, como amplamente reconhecido e admitido, o Ministério Público em segunda instância atua, não como parte, mas como guardião da lei (**custos legis**), sendo-lhe possível, inclusive, confessar a acusação.

Nesta ordem de idéias, incisiva a regra do parágrafo único do art. 610, do Código de Processo Penal que, em detalhamento, ao processo e julgamento do recurso em sentido estrito dispõe que, após os anúncios de praxe, feita a exposição pelo Relator “o Presidente concederá a palavra aos advogados ou às partes que o solicitarem e ao Procurador-Geral, quando o requerer.”

Do mesmo modo, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 159, § 2º) autoriza o uso da palavra pelo MP quando na qualidade de fiscal da lei, após o recorrente e o recorrido. A mesma disposição, consoante as informações (fl. 98) consta do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região — art. 143, § 2º.

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO-VOGAL (VENCEDOR)

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, estou a divergir de Vossa Excelência, para conceder a ordem de **habeas corpus** impetrada.

Ao que se tem dos autos, cuida-se de *writ* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região que, dando provimento a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, determinou o recebimento de denúncia ofertada contra Maria da Glória Bairão dos Santos e Antônio Carlos da Gama e Silva pela prática, respectivamente, dos crimes tipificados nos artigos 171, parágrafo 3º, 312 e 317, parágrafo único, todos do Código Penal (primeira paciente) e 171, parágrafo 3º, 299, 312 e 317, parágrafo 1º, todos do Código Penal (segundo paciente).

A impetração está fundada em alegada nulidade decorrente da inversão da cronologia das falas por ocasião da sessão de julgamento do aludido recurso em sentido estrito. Com efeito, afirma-se que o Sr. Presidente daquele colegiado concedeu a palavra primeiramente à defesa para que proferisse sua sustentação oral não obstante se tratar de recurso da acusação, subvertendo-se, por indúvidoso, os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, e acarretando, desse modo, inegável cerceamento de defesa.

Por certo, o Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional, na letra da Constituição da República (artigo 129, inciso I), é sempre *parte*, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno processual da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual.

As atribuições de **custos legis** tem-na sempre o Ministério Público, qualquer que seja a natureza da função que esteja a exercer, enquanto lhe decorre da própria natureza da instituição, cumulando-as com aquelas outras de *parte* no processo penal da ação pública, incidivelmente por razões evidentes.

In casu, quando do julgamento do recurso em sentido estrito, ao Ministério Público foi oportunizado o direito de proferir sustentação oral em momento processual posterior ao pronunciamento da defesa, advindo daí, em conseqüência, tal qual apontado na impetração, incontestável subversão dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Tal orientação, a propósito, encontra respaldo em precedente desta mesma Sexta Turma, conforme se extrai do seguinte julgado da relatoria do eminente Ministro Adhemar Maciel:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Lei de imprensa. Querelado: Direito de falar por último. Violação do *substantive due process*. Recurso ordinário provido.

I - O recorrente foi condenado a 3 anos de detenção, com convação em multa, por difamação (Lei n. 5.250/1967, art. 21, **caput**). O Ministério Público, que falou em último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, argüiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa.

II - O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, parágrafo 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o *Parquet* se manifestou, ainda que como **custos legis**, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena da violação ‘material’ da

cláusula do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no § 2º do art. 500 do CPP.

III - Recurso provido.” (RHC n. 4.457/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, **in** DJ de 24.06.1996)

No mesmo sentido, ainda, o seguinte julgado do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Julgamento de apelações criminais. Inversão na ordem das sustentações orais, das quais a da acusação sucedeu à da defesa. Inobservância dos princípios constitucionais de ampla defesa e contrariedade no processo penal. Nulidade reconhecida. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 91.661/MG, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, **in** RTJ n. 92, pp. 448/449).

Estas, aliás, em parte, as bem lançadas palavras do eminente Ministro Xavier de Albuquerque:

“Penso que a prerrogativa de falar por último constitui, para a defesa, manifestação natural da amplitude com que a Constituição a garante, do mesmo passo que traduz aplicação do princípio, também constitucional, da contrariedade no processo criminal.”

Pelo exposto, concedo a ordem para, anulando o julgamento do recurso em sentido estrito, determinar que outro seja regularmente realizado.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, rogo vênias a V. Exa. para acompanhar o voto do Senhor Ministro Hamilton Carvalhido, que soa no mesmo diapasão do Recurso em **Habeas Corpus** n. 4.497, decidido por esta Turma, da relatoria do Senhor Ministro Adhemar Maciel.

Concedo a ordem de **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, também peço, respeitosamente, vênias a V. Exa. para divergir, por entender que, quando o Ministério Público atua como parte em 2º grau, ele cumula as duas atribuições. O devido processo legal é de rigor, principalmente em sede de processo penal.

Daí por que acompanho o voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 20.273 — RJ (2002/0001671-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Mário Cyfer

Impetrada: Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Roberto de Lira Tinoco (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Homicídio simples. Constrangimento ilegal. Fixação da pena acima do mínimo legal. Nulidade. Quesitação. Falta de indagação acerca de atenuante específica. Possibilidade. Inexistência de vício. Regime prisional. Ausência de fundamentação. Matéria omitida no acórdão.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a falta de formulação de quesito, a respeito de atenuante específica, não acarreta nulidade, se a vontade dos jurados foi atendida na graduação da resposta penal (Recurso Especial n. 218.855/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ de 13.12.1999).

2. De qualquer modo, certo é também que, se o réu, por seu defensor, não faz requerimento qualquer ou reclamação, como lhe propicia o artigo 479 do Código de Processo Penal, no tempo da leitura dos quesitos na sessão de julgamento em que foi condenado pelo Tribunal do Júri, e, ao impugnar a condenação, não indica o quesito de atenuante específico que, a seu ver, deveria ter sido formulado e não demonstra, como lhe cabe, o prejuízo que sofreu, não há falar em declaração de nulidade, que é da espécie relativa, submetida, portanto, à argüição oportuna e ao princípio *pas de nullité sans grief*.

3. Igualmente é seguro que a interpretação dos incisos III e IV do artigo 484 do Código de Processo Penal conduz à afirmação de que a quesitação da atenuante específica só tem cabida em se caracterizando, no caso, as que ou qualquer das que integram o seu elenco legal, sem o que deve o juiz apenas, sem mais, na individualização da resposta penal, reduzir a pena-base, em obediência à vontade manifestada pelos jurados nessa direção.

4. A culpabilidade do réu, de seu lado, enquanto circunstância judicial e limite da pena, é uma das circunstâncias que determinam o estabe-

lecimento da pena-base, não havendo qualquer óbice a que o juiz, ao graduá-la, considere a função pública do agente.

5. E que a personalidade do agente deve informar a individualização da pena, di-lo expressamente o artigo 59 do Código Penal, sendo pertinente, ao seu exame, como traço que a revela, a forma como o crime foi perpetrado. Por igual, sua insensibilidade e o seu destemor à lei penal.

6. Não está o juiz obrigado ao registro expresso de cada qual das circunstâncias judiciais, senão daquelas que tenham efetiva função na concreta individualização da pena.

7. Tampouco, o registro expresso de circunstâncias judiciais atuantes, na fixação gravosa da pena-base, exclui a função implícita daquelas que tendem ao seu estabelecimento no limite mínimo abstrato da lei.

8. Preceituando o Código Penal, contudo, em seu artigo 33, parágrafo 2º, alínea **b**, que, nos casos de “(...) condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) (...)”, o regime prisional poderá ser o semi-aberto, a imposição de regime mais rigoroso requisita, necessariamente, fundamentação específica.

9. *Writ* parcialmente concedido, para que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decida quanto ao regime inicial do cumprimento da pena.

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 parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 06 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 16.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Sétima Câ-

mara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, provendo parcialmente o apelo interposto por Roberto de Lira Tinoco, reduziu para 8 anos de reclusão a pena que lhe foi imposta pela prática do delito de homicídio simples, preservando o regime fechado como inicial de seu cumprimento.

Alega o impetrante que inexistente motivo para a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, eis que “(...) o grau de censurabilidade intenso atribuído ao paciente, que serviu como esteio para aplicação da pena acima do mínimo, sob o argumento de ser ele integrante do Corpo de Bombeiros não procede, uma vez que a sua conduta não estava relacionada à sua atividade-fim, de preservar vidas humanas e respectivos bens; (...)” (fl. 4).

Sustenta, ainda, que o argumento de possuir “(...) o acusado uma personalidade atroz violenta, ao procurar atingir a vítima reiteradas vezes pelas costas (...)” (fl. 5), não poderia ter sido utilizado para exacerbar a sua condenação, posto que o paciente foi denunciado, libelado e pronunciado como incurso tão-somente nas sanções do delito tipificado no artigo 121, **caput**, do Código Penal.

Aduz, mais, que “(...) Há forte corrente jurisprudencial e doutrinária entendendo que, a pena para ser aplicada acima do mínimo legal, em respondendo os senhores jurados afirmativamente haver circunstâncias atenuantes genéricas em favor do acusado, impõe indague o Juiz-Presidente a qual ou as quais delas estavam pretendendo se referir (...)” (fl. 7).

Alega, de resto, a nulidade do acórdão impugnado, ante a omissão na análise do tema referente ao regime prisional.

Pretende o impetrante, ao final:

“(...)

a) Seja anulado o julgamento por vício na quesitação, por não ter indagado o senhor Juiz-Presidente, ao responderem os jurados afirmativamente o último quesito, a qual ou quais atenuantes estavam se referindo, a causar deste modo irreparável prejuízo à defesa;

b) alternativamente, redução da pena ao seu patamar mínimo, *primeiro*, porque erigiu a culpabilidade do paciente a um grau acima da normalidade, à simples consideração de ser ele bombeiro-militar, embora a imputação em nada o vinculasse à sua atividade profissional, *segundo*, porque extraiu o ilustre decisor, da própria gravidade intrínseca do crime a ele imputado subsídio para exasperar a pena, tarefa esta de exclusiva competência do Poder Legislativo, *terceiro*, por ter omitido no trabalho de graduação da pena duas outras diretrizes dispostas no artigo 59 do Código Penal, como sejam, a con-

duta social do paciente e o comportamento da vítima, e finalmente, *quarto*, porque embora reconhecendo a sentença tratar-se de primário, de bons antecedentes e constituir o fato episódio esporádico, único, em sua vida, praticado que foi, em última análise, em defesa de seus pais idosos, aludidos fatores foram desconsiderados na sentença e no acórdão impetrado.

c) subsidiariamente postula o impetrante a anulação do acórdão que, embora reduzindo a pena a 8 (oito) anos de reclusão, aduziu ficasse prevalecendo o regime inicialmente fechado decretado na sentença proferida em plenário, despida a decisão colegiada de qualquer fundamentação a esse respeito, como de rigor.” (Fl. 8)

Liminar indeferida à fl. 29 dos autos.

O parecer do Ministério Público Federal é pela “(...) concessão parcial da ordem a fim de que seja determinado ao egrégio Tribunal **a quo** que aprecie a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.” (Fl. 34)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, provendo parcialmente o apelo interposto por Roberto de Lira Tinoco, reduziu para 8 anos de reclusão a pena que lhe foi imposta pela prática do delito de homicídio simples, preservando o regime fechado como inicial de seu cumprimento.

Alega o impetrante que inexistente motivo para a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, eis que “(...) o grau de censurabilidade intenso atribuído ao paciente, que serviu como esteio para aplicação da pena acima do mínimo, sob o argumento de ser ele integrante do Corpo de Bombeiros não procede, uma vez que a sua conduta não estava relacionada à sua atividade-fim, de preservar vidas humanas e respectivos bens; (...)” (fl. 4).

Sustenta, ainda, que o argumento de possuir “(...) o acusado uma personalidade atroz violenta, ao procurar atingir a vítima reiteradas vezes pelas costas (...)” (fl. 5), não poderia ter sido utilizado para exacerbar a sua condenação, posto que o paciente foi denunciado, libelado e pronunciado como incurso tão-somente nas sanções do delito tipificado no artigo 121, **caput**.

Aduz, mais, que “(...) Há forte corrente jurisprudencial e doutrinária entendendo que, a pena para ser aplicada acima do mínimo legal, em respondendo os

senhores jurados afirmativamente haver circunstâncias atenuantes genéricas em favor do acusado, impõe indague o Juiz-Presidente a qual ou as quais delas estavam pretendendo se referir (...)” (fl. 7).

Alega, de resto, a nulidade do acórdão impugnado, ante a omissão na análise do tema referente ao regime prisional.

Estes, pois, os fundamentos da impetração:

- a) nulidade do julgamento por nulidade na quesitação;
- b) impossibilidade de fixação da pena acima do mínimo legal;
- c) nulidade do acórdão ante a ausência de fundamentação quanto à imposição do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Lê-se na sentença condenatória:

“(…)

Considerando, não observar este juízo, nos antecedentes — salientando-se não constar registro seja na Folha de Antecedentes do Acusado, seja na prova oral produzida em seu desfavor — nos motivos — na medida em que se observa uma ausência de motivação específica — e nas conseqüências do crime — face à ausência de reflexos sociais — razões para aumentar a pena acima do mínimo legal, mas, observar na culpabilidade — que corresponde ao grau de contrariedade ao direito, excessivamente atingida quando se verifica que já era o Réu à época dos fatos membro da Corporação do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, pessoa a que aguarda a Sociedade que lhe paga o salário o dever de preservar a vida, fator de elevada reprovabilidade, e, por fim, na personalidade atroz violenta, ao procurar atingir a vítima reiteradas vezes, pelas costas, destacando-se, outrossim, que não demonstrou este qualquer preocupação com a presença da companheira da vítima e de terceiras pessoas no local, fixo-lhe a pena-base, acima do mínimo legal, em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ausentes, eventuais, circunstâncias agravantes. Presente a circunstância atenuante genérica — conforme o permitido no art. 66 do Código Penal —, razão pela qual *reduzo a pena em 06 (seis) meses*.

8. **Ex positis**, considerando o veredicto do Júri, que acolheu, a pretensão acusatória, reconhecendo ter o réu Roberto de Lira Tinoco praticado um crime de homicídio de que foi vítima Carlos Henrique Souza da Silva *condeno o Acusado à pena de 09 (nove) anos de reclusão*, como incurso nas penas do artigo 121, **caput**, do Código Penal.

9. Declaro, ainda, como efeito da condenação a perda do cargo a que se encontra investido junto ao Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, considerando ter sido fixada pena privativa de liberdade superior a 04 anos, **ex vi** o art. 92, inciso II, alínea **b** do Código Penal.

Impõe-se salientar que se justifica a perda do cargo perante a Corporação, considerando a natureza da conduta empreendida que se incompatibiliza com a função essencial de quem tem como precípua responsabilidade resguardar a vida humana.

Não há como crer o Estado que continue o Acusado zelando pela raça humana, quando tem em seu registro de vida contribuído para a sua extinção.

10. A pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, **ex vi** o disposto no art. 33, § 2º, alínea **a** do Código Penal, salientando-se que não incide na hipótese o disposto no art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, eis que se trata de homicídio simples.

(...)” (fls. 18/19)

E na fundamentação do acórdão impugnado:

“(…)”

Por qualquer ângulo que seja examinado, não merece provimento o presente apelo.

Não vejo a menor procedência na alegação da Defesa de que houve ofensa ao princípio de um julgamento justo.

Ao fazer tal sustentação, escora-se a Defesa no fato de a Juíza que presidiu a Sessão do Júri ter adiado o julgamento do dia 10.11.1999 para o dia 12.11.1999, tendo em vista que o representante do Ministério Público somente devolveu os autos a Cartório às 13h da primeira data, o que a impediu de conhecer a ação penal cujo julgamento ia presidir.

O procedimento da Magistrada, que se encontrava em auxílio no 2º Tribunal do Júri, não está a merecer a menor crítica que seja, mas, tão-somente, elogio. Poderia ela presidir a Sessão do Júri se não conhecia o processo em Julgamento? De modo algum!!!

Ao transferir a data do julgamento para 48 horas depois, a Magistrada reservou para si tempo mais do que suficiente para o pleno conhecimento dos presentes autos, até porque o delito em apuração não é de grande complexidade e porque não tinha ela que dividir tal tempo com quem quer que seja, vale dizer, nem com a acusação, nem com a defesa.

E mais: o conhecimento que a Magistrada precisava ter dos autos era apenas aquele necessário para atender a eventuais pedidos de esclarecimentos formulados por Jurados. Não lhe era necessário esmiuçar o mérito da ação penal, cuja apreciação caberia ao Conselho de Sentença, com as informações e as teses que as partes apresentariam em Plenário.

Assim, rejeito a alegação da Defesa de que houve ofensa ao princípio de um julgamento justo.

No que toca à sustentação de que a decisão dos Senhores Jurados é manifestamente contrária às provas dos autos, melhor sorte não tem o recorrente.

Quando interrogado (fls. 131/132), o apelante Roberto de Lira declarou não ser verdadeira a acusação, alegando que, no dia dos fatos (Sexta-feira Santa), saiu do seu serviço no Corpo de Bombeiros e, por volta das 9h ou 9h30min, estava chegando em sua residência quando encontrou o co-réu Álvaro, sendo que este lhe falou rapidamente que havia se aborrecido com a vítima. Sustentou que o co-réu disse-lhe que a vítima o ofendera, não lhe dizendo que a mesma ameaçou roubar o seu carro. Asseverou que o co-réu não lhe pediu para tomar qualquer providência em relação à vítima. Relatou que, diante da situação, ambos saíram no carro do co-réu, tendo o apelante ficado na Rua Lobo Júnior. Afirmou que, enquanto conversava com o co-réu, viu a vítima passar de bicicleta pelo local, não havendo troca de palavras. Revelou que não ouviu nenhum disparo de arma de fogo no local, que não estava armado e que não possui arma. Alegou que conhecia a vítima apenas de vista, a qual, segundo comentários da localidade, era envolvida com traficantes. Declarou não conhecer a esposa da vítima, nem mesmo de vista.

Interrogado em Plenário (fls. 439/442), o recorrente Roberto de Lira apresentou a mesma versão de seu interrogatório, passando a desmentir afirmações que o co-réu Álvaro fez no curso da ação penal. Voltou a afirmar que não presenciou e que não ouviu os tiros, embora estivesse nas proximidades onde os fatos se passaram, em razão de seus familiares lá residirem. Declarou que, ao chegar na localidade, o co-réu Álvaro disse-lhe que tinha recebido ameaças, o que, logo a seguir, emendou, dizendo que o co-réu apenas disse-lhe que tinha havido discussão e ofensas com a vítima, sem dar detalhes e sem informar a razão da discussão. Embora não sendo segurança de Álvaro, embora não tendo veículo, nem arma e embora a vítima não tenha proferido qualquer ameaça, esclareceu o recorrente que apenas acompanhou o co-réu Álvaro até a Rua Lobo Júnior, vez que temia que alguma coisa acontecesse com Álvaro, eis que a vítima e a amante da mesma pertenciam ao tráfico, não tendo ele, apelante, ciência de que a vítima tivesse sido presa por tráfico, nem

que a amante dele trabalhava em uma farmácia. Sustentou que não comunicou à polícia que a vítima pertencia ao tráfico a fim de preservar seus pais. Alegou que, após deixar o co-réu Álvaro na Rua Lobo Júnior, retornou para a casa de seus pais, sem tomar ciência dos fatos, de onde saiu por volta das 13h, acompanhado de sua esposa e de seus filhos. Após asseverar não ter visto a vítima no dia dos fatos, sustentou que realmente a viu, quando ela passou, isso quando ele estava no interior do veículo de Álvaro. Afiançou que nunca teve celular e que nunca usou celular de terceiro, não conhecendo o n. 9962-8463. Alegou o recorrente acreditar que a vítima não gostasse dele por ser ele pessoa conhecida na localidade por atender aos moradores. Afirmou não saber onde Carlos Henrique foi morto e quem o matou.

No entanto, a prova constante dos autos é totalmente desfavorável à tese de negativa de autoria do apelante. A versão deste ficou isolada nos autos, ao desamparo de mínima prova que seja.

Glícia Marilac Donato Teixeira (fls. 160/163), companheira da vítima e responsável pela apuração da autoria do crime, relatou os acontecimentos de forma extremamente detalhada, esclarecendo que, no dia dos fatos, saiu com a vítima Carlos Henrique para comprar sardinhas, sendo que, no retorno, tinham naturalmente que passar em frente à casa de Seu Zé, que conversava com o co-réu Álvaro, que passou a encarar com insistência a vítima. Relatou que, ante isto, Carlos Henrique perguntou ao co-réu Álvaro qual o motivo de estar sendo olhado daquela maneira, ao que o co-réu respondeu: 'não te interessa; eu vou te pegar', tendo ela feito com que seu companheiro saísse dali, procurando tranquilizá-lo. Esclareceu Glícia que a vítima tinha sérios problemas com o vizinho Seu Zé e sua família, que insistiam na colocação do lixo na porta da casa de Carlos Henrique. Declarou que a vítima Carlos Henrique, que trajava apenas bermuda e chinelo, não estava preocupado com o incidente, tanto que pegou sua bicicleta para ir até a casa de Jorge pedir que este aplicasse uma injeção no cachorro deles, que havia sido envenenado. Relatou que, alguns instantes após a saída da vítima, ouviu disparos de arma de fogo e, apavorada, saiu correndo de casa para ver o que estava ocorrendo, quando deparou com a seguinte cena: o apelante Roberto atirando em direção a Carlos Henrique, que corria à frente, já a pé, sem bicicleta, até entrar em um bar da esquina, sendo que, quando a vítima já estava caída dentro do bar, o recorrente Roberto foi até lá e deu os últimos tiros, dizendo ao sair, ainda de arma em punho e olhando para ela: 'ele tinha que morrer mesmo'. Asseverou que o co-réu Álvaro, que estava encostado em um Monza, também atirou contra Carlos Henrique, sendo que o apelante e o co-réu, após os disparos,

foram embora no tal veículo. Afirmou Glícia que soube, por intermédio de vizinhos que presenciaram os fatos, que Carlos Henrique foi abordado pelo apelante Roberto que, exibindo uma arma, advertiu-o para que deixasse Seu Zé em paz, sendo que o recorrente passou a efetuar disparos pelas costas da vítima quando esta montou em sua bicicleta para afastar-se.

Na fase policial, Glícia Marilac (fls. 09/10), quando ainda era desconhecida a autoria do homicídio, declarou que recebeu de populares um aparelho telefônico celular, da marca Motorola, que o elemento que atirou em Carlos Henrique deixou cair no local dos fatos. Esclareceu que tal aparelho foi entregue aos policiais militares que lá compareceram.

José Ferreira do Nascimento, conhecido por Seu Zé, ouvido às fls. 164/165, confirmou que tinha desavenças com a vítima Carlos Henrique por problemas relacionados com a colocação do lixo na rua. Afirmou que conhece o apelante e o co-réu Álvaro, sendo que este é padrinho de um neto seu e, vez por outra, aparece na comunidade para 'abençoar' o afilhado. Asseverou que o apelante e o co-réu não estiveram em seu bar no dia dos fatos. Declarou que, em tal dia, a vítima passou defronte ao seu bar, sem que ele e ela trocassem palavras. Asseverou que, mais tarde, ouviu disparos de arma de fogo nas proximidades de seu estabelecimento, tendo ido até o local, onde encontrou a vítima caída, não sabendo quem a matou, tendo apenas ouvido comentários a respeito. Sustentou que 'de jeito nenhum' lembra-se de quem os comentários apontavam como autor do crime. Afirmou que, após os disparos e quando ainda Carlos Henrique estava caído no solo, viu passar pelo local um Monza, da cor cinza, que era dirigido pelo co-réu Álvaro, que tinha ao seu lado o apelante Roberto de Lira.

Na fase extrajudicial (fls. 16/16v), José Ferreira afirmou que o co-réu Álvaro, que é compadre de seu filho Fábio, estava na porta de seu estabelecimento com o seu afilhado no colo, no interior do seu veículo Monza, não tendo o mesmo ameaçado a vítima Carlos Henrique. Declarou que, após os disparos, viu a mulher da vítima correr em direção ao corpo de Carlos Henrique e viu o carro Monza se afastando do local, com o co-réu Álvaro e com o apelante Roberto em seu interior. Afirmou que não mandou o co-réu e o recorrente tomarem alguma atitude contra a vítima, sendo que, na hora dos disparos, viu Álvaro e Roberto entrando no Monza preto.

O policial Ronaldo de Fátima Gonçalves Santos (fls. 158/159) declarou que se encontrava nas proximidades do local dos fatos, em uma transportadora, em uma ocorrência de roubo, quando foram ouvidos os tiros desfechados

contra Carlos Henrique. Esclareceu que determinou que dois policiais comparecessem ao local, os quais socorreram a vítima, levando-a para o hospital. Relatou que foi lavrado TRO da ocorrência do homicídio.

Ouvido pela autoridade policial no dia dos fatos (fls. 11/11v), o miliciano Ronaldo de Fátima, além das declarações acima, relatou que Glícia, no local dos fatos, entregou-lhe um aparelho celular, da marca Motorola, relativo à linha (021) 9962-8463.

Leopoldo Carnaval Neto (fl. 167) declarou apenas conhecer o apelante Roberto, afirmando que intermediou a venda de um aparelho telefônico celular da esposa de um amigo, de nome Regina, para o citado recorrente, não se recordando do número da mesma, sendo que o negócio teria sido feito em 1997.

Fernando Teixeira Dantas (fl. 230), Andréa dos Santos de Lira Tinoco (fl. 231), Moisés dos Santos Barreto (fl. 232), Maria Luzinete Mourão (fl. 233), Francisco Tinoco (fl. 234), Maria José de Souza (fls. 235/236), Joeval Alcendino de Oliveira (fl. 237) e Wilton Luciano da Costa (fl. 238), arrolados pelas Defesas, nada de positivo trouxeram aos autos, eis que prestaram declarações apenas em relação ao caráter e conceito do apelante Roberto e do co-réu Álvaro.

De positivo, apenas Andréa dos Santos Tinoco, esposa do recorrente Roberto, informou que este saiu da residência do casal por volta das 9h ou 9h30min, somente retornando por volta das 11h. Tal informação de Andréa serviu para desmentir a versão do apelante, dada por ocasião de seu primeiro interrogatório, de que em tal horário estava chegando do Corpo de Bombeiros.

Maria Luzinete Mourão, tia do apelante Roberto, voltou a ser ouvida em Plenário do Júri (fls. 443/444), sendo que, por não ter presenciado o desenrolar dos fatos, novamente nada de positivo trouxe ao conhecimento dos Senhores Jurados.

Por oportuno, é de se consignar que o co-réu Álvaro Carvalho, quando interrogado (fls. 129/130), disse que resolveu procurar ajuda de um policial quando a vítima Carlos Henrique, ao passar por ele, disse que ele iria perder o carro. Afirmou que encontrou o apelante Roberto, que disse que iria conversar com a vítima. Asseverou que, enquanto o recorrente conversava com a vítima, ele, Álvaro, permaneceu em seu automóvel, até que ouviu vários disparos de arma de fogo, tendo o apelante voltado em sua direção e pedido carona. Por ato falho, relatou que, por ter ficado nervoso, não reparou se a vítima tombou no local.

Enquanto isso, o recorrente Roberto de Lira não produziu qualquer prova que seja para dar um mínimo de credibilidade à sua versão, que acabou por permanecer solitária nos autos.

Diante desse quadro probatório, não há a menor dúvida de que o apelante Roberto de Lira participou, de forma ativa e eficaz, dos atos delituosos que culminaram na morte da vítima Carlos Henrique.

Até mesmo em relação à negativa da propriedade do aparelho celular que foi perdido no local do crime, a versão do recorrente Roberto não encontra abrigo nas provas dos autos. Está comprovado que Leopoldo Carnaval (fl. 167) foi o intermediário da transação que, em 1997, levou o apelante Roberto a adquirir de Regina o referido bem, que foi perdido no palco do delito em apuração.

Assim, ao colher a tese sustentada em Plenário pelo Ministério Público, os Senhores Jurados optaram por aquela que mais se ajusta às provas constantes dos autos. Aliás, a tese de negativa de autoria, esposada pela Defesa, não encontra o menor eco em tais provas. Nem mesmo a tese subsidiária de homicídio privilegiado encontra abrigo no conjunto probatório levado ao conhecimento dos Senhores Jurados.

Diante disso, não há como se reconhecer que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença seja contrária e, muito menos, manifestamente contrária à prova dos autos, como quer a Defesa.

No que toca à pena aplicada, entendo que a mesma deva sofrer ligeira redução, eis que a fundamentação constante da sentença não está a autorizar a reprimenda no patamar em que foi fixado. Entendo que a pena de 8 (oito) anos de reclusão é a que melhor se amolda ao caso dos autos.

Por fim, é de se consignar que a participação de José Ferreira do Nascimento, conhecido como 'Seu Zé', na morte da vítima não foi, devida e convenientemente investigada. Existem fortes indícios de que ele tem muito a ver com o homicídio de Carlos Henrique, seu desafeto declarado. Registre-se que o co-réu Álvaro é padrinho de um neto de Seu Zé.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo defensivo, para, tão-somente, ser feita a redução da pena final a 8 (oito) anos de reclusão, mantendo, em todos os seus demais termos, a decisão recorrida, na forma do voto do Relator, que integra o presente." (Fls. 40/45)

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a falta de formulação de quesito, a respeito da atenuante específica, não acarreta nulidade, se a vontade dos jurados foi atendida na graduação da resposta penal

(*Recurso Especial* n. 218.855/SP *in* DJ de 13.12.1999, Quinta Turma, Relator Ministro Félix Fischer), ajustando-se este entendimento à espécie, eis que, na segunda etapa da fixação da pena, atendendo o Juiz ao reconhecimento, pelos jurados, da existência de circunstância atenuante, reduziu a pena-base em 6 meses.

De qualquer modo, é certo que o paciente, por seu defensor, ao tempo da leitura dos quesitos, na sessão de julgamento em que foi condenado pelo Tribunal do Júri, não fez qualquer requerimento ou reclamação, como lhe propiciava o artigo 479 do Código de Processo Penal, tanto quanto o é também que, na presente impetração, não indicou o quesito de atenuante específica que, a seu ver, deveria ter sido formulado, nem demonstrou, como lhe cabia, o prejuízo que sofreu, insulando-se na dimensão da motivação meramente formal, estranha à disciplina das nulidades relativas, presidida pelo princípio *pas de nullité sans grief*.

Não fosse o bastante, igualmente é seguro que a interpretação dos incisos III e IV do artigo 484 do Código de Processo Penal conduz à afirmação de que a quesitação da atenuante específica só tem cabida em se caracterizando, no caso, as que ou qualquer das que integram o seu elenco legal, sem o que deve o juiz apenas, sem mais, na individualização da resposta penal, reduzir a pena-base, em obediência à vontade manifestada pelos jurados nessa direção.

A culpabilidade do paciente, de seu lado, enquanto circunstância judicial e limite da pena, foi uma das circunstâncias que determinaram o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal, não havendo qualquer óbice a que o juiz, ao graduá-la, considere a função pública do agente, integrante do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, “pessoa a que aguarda a Sociedade que lhe paga o salário o dever de preservar a vida (...)” (Fl. 18)

E que a personalidade do agente deve informar a individualização da pena, di-lo expressamente o artigo 59 do Código Penal, sendo pertinente, ao seu exame, como traço que a revela violenta, a forma como o crime foi perpetrado. Por igual, sua insensibilidade, em nada inibido “com a presença da companheira da vítima” no momento em que procurou atingi-la reiteradas vezes. E também o seu destemor à lei penal, levando o grave delito a cabo diante de “terceiras pessoas no local”.

Averbe-se, no mais, ainda referentemente à fixação da pena-base, que não está o juiz obrigado ao registro expresso de cada qual das circunstâncias judiciais, senão àquelas que tenham efetiva função na concreta individualização da pena, como, aliás, na espécie se fez, entre outros, com relação aos misteres de bombeiro do paciente e o modo e circunstâncias como e em que a vítima foi alcançada pela conduta homicida.

Tampouco, o registro expresso de circunstâncias judiciais atuantes, na fixação gravosa da pena-base, exclui a função implícita daquelas que tendem ao seu estabelecimento no limite mínimo abstrato da lei.

Já no que diz respeito ao terceiro e último fundamento, conquanto fosse legal, ao tempo da sentença, a dispensa de fundamentação na imposição do regime fechado, pois que a pena fora fixada acima de 9 anos, o Tribunal de Justiça ao prover, como proveu, o apelo da defesa, para fixar a pena em 8 anos, não poderia deixar de manifestar-se sobre o regime inicial de cumprimento da pena, escapando, como escapou, a espécie à incidência da alínea **a** do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal.

Pelo exposto, concedo a ordem em parte, para que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decida quanto ao regime inicial do cumprimento da pena, matéria omitida no acórdão.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 21.234 — SP (2002/0029170-2)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Olavo Domingos Nogueira — Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Wagner Soares Souza

EMENTA

Criminal. Apropriação indébita. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito na forma de prestação pecuniária. Possibilidade. Hipossuficiência econômica do réu. Alegação inconsistente.

De acordo com o que reza o art. 44, § 2º, do Código Penal, é viável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito na forma de prestação pecuniária, desde que preenchidos seus requisitos legais e, outrossim, que seja respeitada a proporcionalidade da reparação com o prejuízo sofrido pela vítima.

É inconsistente a alegação da defesa que se sustenta na hipossuficiência econômica do paciente, haja vista o mesmo, de uma forma ou de outra, ter se beneficiado com o produto do crime, devendo reparar o dano material causado à parte lesada.

Denegação da ordem.

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, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 20 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Olavo Domingos Ferreira (Defensor Público), em favor de Wagner Soares Souza, no qual informa que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, a situação do réu foi agravada, pois converteu-se pena restritiva de direitos — limitação de fim de semana —, por uma de prestação pecuniária no valor de 360 salários mínimos, sem haver pedido expresso nesse sentido.

Em primeira instância, o paciente foi condenado às penas do art. 168, § 1º, inc. III, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, à prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana pelo prazo de dois anos e ao pagamento de multa equivalente a 16 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos (fl. 55).

No Tribunal **a quo**, a parte dispositiva do voto condutor (fls. 33/37) restou assim redigida:

“Pelo exposto, por meu voto, dou provimento parcial ao apelo de Wagner Soares Sousa para o fim de substituir a limitação de fim de semana por prestação pecuniária à vítima no valor de 360 salários mínimos e de reduzir o prazo da prestação de serviços à comunidade para 1 ano, 6 meses e 20 dias, mantida no mais a condenação.”

Entende o impetrante que tal reforma veio a piorar a situação do réu, eis ser este hipossuficiente, razão por que está sendo patrocinado por defensor público.

Parecer ministerial opinando pela denegação da ordem (fls. 81/84).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Não merece acolhida a tese exposta pelo impetrante, pois a situação do paciente, como se verá, não foi agravada. Demonstro.

Sustentou o réu em seu recurso (fl. 25): “(...) Ainda por cuidar-se de apte. primário, sem antecedentes e sobretudo confesso, tem-se que merece cumprir uma pena restritiva de direitos e uma de multa (também na modalidade restritiva)”.

O Tribunal de origem, ao substituir uma pena restritiva de direito, qual seja — a limitação de fim de semana —, por prestação pecuniária à vítima no valor de 360 salários mínimos, nada mais fez que aplicar ao caso em comento o parágrafo segundo, parte final, do art. 44, do estatuto repressivo.

Como bem ressaltado pelo impetrante, as penas de multa e as restritivas de direito consistente em prestação pecuniária têm naturezas diversas. Enquanto a *primeira* visa ao pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, a *segunda* objetiva o pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. Esta tem natureza de pena restritiva de direito, como requereu o apelante.

E mais. Acolá ficou assentado que o montante fixado foi bem inferior ao prejuízo sofrido pela vítima, isto é, proporcional ao fato, não podendo o paciente alegar hipossuficiência econômica, haja vista ter se beneficiado com a quantia apropriada indevidamente, materialidade do crime em questão.

Esta colenda Corte já produziu julgados no sentido aqui esposado, no que passo a citar alguns a título de ilustração:

“HC. Apropriação indébita. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pagamento de prestação pecuniária. Critério para fixação do **quantum** devido: Prejuízo causado à vítima. Proporcionalidade. Possibilidade, no juízo competente, de parcelamento do débito.

O Juiz, ao fixar o **quantum** para o pagamento da pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária (art. 45, § 1º, do CP), deve-se pautar pelo prejuízo causado à vítima, conseqüência do ato ilícito cometido, em razão de seu caráter eminentemente reparatório ou indenizatório.

Possibilidade de o paciente pleitear em juízo competente (execução) o parcelamento da quantia fixada a título de prestação pecuniária à vítima.

Ordem denegada.” (HC n. 17.583/MS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ em 04.02.2002)

“Criminal. HC. Pena de multa e de prestação pecuniária. Naturezas jurídicas diversas. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Possibilidade. Ordem denegada.

— A pena de multa e a prestação pecuniária — espécie de pena restritiva de direitos — possuem naturezas jurídicas diversas.

— O art. 44, § 4º, do Código Penal autoriza a reconversão da pena de prestação pecuniária, não cumprida, em privativa de liberdade.

— *Ordem denegada.*” (HC n. 24.442/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 17.03.2003)

Além disso, tem o paciente a faculdade de pleitear o parcelamento da dívida junto ao juízo de execução, como forma de abrandar a sua satisfação junto à vítima credora, de acordo com o decidido pelo eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca na ementa acostada alhures.

Destarte, diante da não-verificação da contrariedade ao princípio da **ne reformatio in pejus**, pelo contrário, pois o paciente não terá sua liberdade restringida nos finais de semana, imperativa é a denegação da ordem.

Posto isso, denego a ordem pleiteada.

HABEAS CORPUS N. 21.635 — SP (2002/0044299-5)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira — Defensor Público

Impetrado: Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Ednaldo da Silva

EMENTA

Penal e Processo Penal. Apelação. Liberdade provisória. Réu foragido. Impossibilidade.

A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu ou deveria ter permanecido preso durante toda a instrução criminal, visto ser um dos efeitos da sentença condenatória o recolhimento do réu à prisão.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 17 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** em favor de Ednaldo da Silva, que restou condenado a cumprir pena corporal de 6 (seis) anos de reclusão, com o pagamento de 16 dias-multa, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O impetrante aponta como coator a Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, porque negou provimento a recurso em sentido estrito, interposto com o escopo de reformar acórdão que deixou de receber recurso de apelação sem o cumprimento do que dispõe o artigo 594 do Código de Processo Penal (fls. 86/91 e 98/101).

Alega o impetrante que o aresto impôs ao paciente constrangimento ilegal, porquanto não fundamenta os motivos pelos quais há de recolher-se à prisão para poder apelar.

Afirma que “a mera e monocórdia afirmação de que o acusado é reincidente não atende à exigência constitucional da obrigatoriedade de fundamentação do decreto de prisão: é necessário que a autoridade judicante que ordena a prisão fixe as razões desta ordem, encontrando suporte em fatos concretos”.

Argúi que “o recolhimento à prisão para possibilitar o recurso deve ser admitido quando presentes os motivos autorizadores da prisão provisória cautelar, constantes do artigo 312 do CPP, pois somente através desses requisitos é que resta demonstrada a necessidade e a conveniência da custódia preventiva e não através da reincidência ou maus antecedentes” (fl. 04).

Acresce que o rigor da Súmula n. 9 do STJ tem sido abrandado diante da presunção constitucional de inocência e assevera que “lançada a sentença condenatória, deve-se de imediato admitir que o **fumus boni juris** está presente”, mas “nada dispensa a juíza de esclarecer em que consiste o **periculum in mora**” (fl. 06).

Deduz que, a teor do que dispõe o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, a regra da liberdade provisória não pode ceder à verificação da reincidência, porque não constitui requisito da prisão decorrente de sentença penal recorrível (fl. 07).

Inferre que “muitos acusados, condenados a regime semi-aberto ou aberto, ou, ainda com direito a **sursis**, deixam de apelar, preferindo intentar posteriormente a revisão criminal ... o que não ocorre com a apelação” e, assim, “mesmo que decretada a custódia, seja em que momento for, ainda que com fundamento nos motivos ensejadores da prisão preventiva e estando o acusado foragido ou vier a fugir, jamais a apelação poderá deixar de ser conhecida ou ser julgada deserta” (fl. 11).

Requer a concessão da ordem para que possa o paciente apelar em liberdade.

As informações solicitadas foram prestadas (fls. 46/111).

A Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da ordem, sob o entendimento de que “não tem o direito de apelar em liberdade quem é reincidente, haja vista o disposto no art. 594, do CPP” (fl. 114).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, persegue o paciente o direito de apelar em liberdade, que lhe foi negado por ser reincidente.

O comando, contra o qual insurge, foi proferido nos seguintes termos (fls. 20/21 e 59/60):

“Há prova da reincidência do réu (fl. 43), razão pela qual, fixo sua pena-base acima do mínimo legal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, estabelecidos estes em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente no País na época do fato, devidamente corrigidos, na forma da lei, até o efetivo pagamento. Presente a causa de aumento do emprego de arma a pena é majorada de 1/3 (um terço), resultando em 6 (seis) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa no valor já estabelecido. Torno essa pena definitiva na ausência de modificadoras.

Por ser reincidente, não faz jus a qualquer benefício e iniciará o cumprimento da pena em regime fechado e não poderá recorrer da sentença em liberdade.”

Desta decisão decorre a recusa em receber o recurso de apelação sem que, para tanto e previamente, fosse o paciente recolhido à prisão (fls. 23 e 63).

Foi interposto recurso em sentido estrito, ao qual a Corte Regional negou provimento, nos seguintes termos (fls. 38 e 89):

“Ora, o fato de o réu ser reincidente é indicativo de que tentará escapar à ação da Justiça, o que no caso se confirma, com a evasão do acusado do presídio em que se encontrava, conforme noticiado à fl. 57.

Portanto, a exigência da prisão do acusado para recorrer está devidamente fundamentada na r. sentença de primeiro grau.” (Grifei)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, sob o entendimento de que “a exigência do recolhimento do réu condenado à prisão, autorizado pelo art. 594 do CPP, não ofende a garantia constitucional da ampla defesa” (fl. 100).

A jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte proclama que a despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu ou deveria ter permanecido preso durante toda a instrução criminal, visto ser um dos efeitos da sentença condenatória o recolhimento do réu à prisão.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Direito de apelar em liberdade. Falta de fundamentação. Réu que respondeu solto ao processo criminal. Reincidência reconhecida pela sentença. Ordem denegada.

O benefício de que trata o art. 594, do CPP, não alcança o paciente reincidente, assim proclamado no decreto condenatório, devendo recolher-se à prisão para recorrer, ainda que tenha aguardado o julgamento da ação penal em liberdade. Precedentes.

Ordem denegada.”

(HC n. 17.088/SP Relator o Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 1^a.04.2002, p. 189)

“REsp. Criminal. Recurso em liberdade. Art. 594 do CPP. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

1. O STF se posiciona no sentido de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) “não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes...” (HC n. 73.151/RJ).

2. Neste contexto, com integral subsistência do comando do art. 594 do

Código de Processo Penal, não se reconhece o direito ao recurso em liberdade ao acusado reincidente e que durante a instrução esteve foragido.

3. Apelação não recebida corretamente.

4. Recurso especial conhecido em parte, mas improvido.”

(REsp n. 264.263/SP, Relator o Min. Vicente Leal, DJ de 13.05.2002, p. 236)

Os autos registram que o réu é reincidente e está foragido, de sorte que, a par da exigência legal contida no artigo 594 do CPP, estão presentes também os requisitos do artigo 312 do mesmo *codex*, razão por que inexistente qualquer constrangimento ilegal na decisão aqui impugnada.

Posto isso, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 22.899 — SC (2002/0069882-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Edson Aparecido Stadler

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Pacientes: Almir Fernando Lopes (Preso) e Fernando Sebastião Lopes (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado. Exame pericial extemporâneo. Ausência de intimação da defesa. Prova inquisitorial. Não sujeita ao contraditório. Eventuais vícios que não repercutem no processo judicial. Custódia cautelar. Reiteração de pedido.

1. À luz do sistema de direito positivo vigente, nas infrações penais intranseuntes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea **b**).

2. Não há falar em nulidade da pronúncia quando a materialidade do delito, de natureza intranseunte, restou suficientemente comprovada por exame pericial.

3. É norma do Código de Processo Penal não só que o Defensor, ao oferecer a contrariedade ao libelo, poderá apresentar rol de testemunhas, juntar documentos e requerer diligências, incluídas de natureza pericial, mas também que o próprio juiz poderá ordenar, de ofício, tais provas e providências, o que afasta, de modo peremptório, toda a alegação de prejuízo ao réu fundada na ausência de realização de exame pericial.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou *writ* impetrado em favor de Almir Fernando Lopes e Fernando Sebastião Lopes, pronunciados pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV do Código Penal, em decisão assim ementada:

“**Habeas corpus**. Alegada nulidade do processo em decorrência afronta à garantia constitucional do contraditório. Prova pericial requerida pela autoridade policial e deferida no curso da instrução do processo. Ausência de intimação das partes para a formulação de quesitos. Vício inexistente. Prova que visa à complementação do inquérito.

Não obstante deferida no curso da ação penal, a perícia requerida pela autoridade policial que presidiu o inquérito não se sujeita ao contraditório, pois ainda se constituiu em ato inquisitório, realizado com a finalidade de complementar as investigações iniciadas com a **notitia criminis**.” (Fl. 60)

Alega o impetrante nulidade absoluta do processo, à falta de exame de corpo de delito, em face da ausência do exame de balística que deveria ter sido realizado no fragmento do projétil e que só ocorreu após a sentença de pronúncia, “(...) ou seja, somente quase 5 meses após os fatos é que foi tomada alguma providência quanto ao material apreendido, que deveria ter sido periciado quando da sua apreensão, para que se pudesse determinar a natureza da arma que causou o ferimento mortal da vítima.” (Fl. 10)

Sustenta, mais, que “(...) mesmo quando juntado aos autos o referido Laudo Pericial, não houve a intimação da defesa deste ato, assim como quando do oferecimento dos quesitos, causando claro prejuízo aos pacientes na medida em que limitou o Contraditório e a Ampla Defesa.” (Fl. 12)

E ainda, que “(...) os esclarecimentos trazidos pelo Laudo Pericial, mesmo que retardatários, revelam a trama odiosa em que estes foram envolvidos”, certo que o réu confesso afirma ter sido utilizado um revólver marca Taurus, calibre 38, enquanto que a perícia afastou esta possibilidade, isso diante da inexistência de raias no projétil periciado, típicas daquela arma.

Pugna pela concessão da ordem para que seja anulado o feito desde a pronúncia, com a conseqüente expedição de alvará de soltura.

Liminar indeferida às fls. 162/163 dos autos.

Informações prestadas pela autoridade indigitada coatora (fls. 186/188).

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus.** Substitutivo de recurso ordinário. Prova pericial complementar. Ausência de intimação das partes para ofertarem quesitos. Fase inquisitorial. Afronta ao princípio do contraditório e nulidade processual indemonstradas. Prisão cautelar que deve ser mantida.

— Porquanto cuida-se da fase inquisitorial do processo, não configura nulidade processual, nos termos do art. 564, III, **b**, do CPP, nem ofende ao princípio constitucional do contraditório, a ausência de intimação das partes para ofertarem quesitos a exame pericial, consubstanciado em análise balística, levado a efeito pela autoridade policial na instrução do inquérito, em complementação ao exame cadavérico.

— Subsistindo os motivos da preventiva, conforme salientado na sentença de pronúncia, deve a constrição cautelar dos pacientes ser mantida.

— Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 202)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou *writ* impetrado em favor de Almir Fernando Lopes e Fernando Sebastião Lopes, pronunciados pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV do Código Penal, em decisão assim ementada:

“**Habeas corpus**. Alegada nulidade do processo em decorrência afronta à garantia constitucional do contraditório. Prova pericial requerida pela autoridade policial e deferida no curso da instrução do processo. Ausência de intimação das partes para a formulação de quesitos. Vício inexistente. Prova que visa à complementação do inquérito.

Não obstante deferida no curso da ação penal, a perícia requerida pela autoridade policial que presidiu o inquérito não se sujeita ao contraditório, pois ainda se constituiu em ato inquisitório, realizado com a finalidade de complementar as investigações iniciadas com a **notitia criminis**.” (Fl. 60)

Alega o impetrante nulidade absoluta do processo, à falta de exame de corpo de delito, em face da ausência do exame de balística que deveria ter sido realizado no fragmento do projétil e que só ocorreu após a sentença de pronúncia, “(...) ou seja, somente quase 5 meses após os fatos é que foi tomada alguma providência quanto ao material apreendido, que deveria ter sido periciado quando da sua apreensão, para que se pudesse determinar a natureza da arma que causou o ferimento mortal da vítima.” (Fl. 10)

Sustenta, mais, que “(...) mesmo quando juntado aos autos o referido Laudo Pericial, não houve a intimação da defesa deste ato, assim como quando do oferecimento dos quesitos, causando claro prejuízo aos pacientes na medida em que limitou o Contraditório e a Ampla Defesa.” (Fl. 12)

E ainda, que “(...) os esclarecimentos trazidos pelo Laudo Pericial, mesmo que retardatários, revelam a trama odiosa em que estes foram envolvidos”, certo que o réu confesso afirma ter sido utilizado um revólver marca Taurus, calibre 38, enquanto que a perícia afastou esta possibilidade, isso diante da inexistência de raias no projétil periciado, típicas daquela arma.

Razão não assiste ao impetrante.

É indubitoso, à luz do sistema de direito positivo vigente, que, nas infrações penais intranseuntes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o

suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea **b**).

In casu, nos próprios da materialidade do delito, editou-se a pronúncia, por demonstrada “(...) a existência material do crime de homicídio (...) pelas fotografias de fls. 12/13 e Auto Cadavérico de fl. 14 que atesta ferimento aberto em região frontal e infranasal. Fratura nasal. Presença de orifício de aproximadamente 2 cm. de bordos irregulares e invertidos localizados na região tempro-parietal direita com exposição de massa encefálica (...) A **causa mortis** foi traumatismo crânio-encefálico” (fl. 140), não havendo falar em nulidade do processo, a partir da pronúncia, por falta de exame de corpo de delito.

Qualquer vício há também na realização da perícia balística da arma de fogo apreendida e do projétil extraído da cabeça da vítima, como se anota no acórdão impugnado, eis que:

“(...) a perícia realizada nos fragmentos de chumbo extraídos da cabeça da vítima foi requerida pela autoridade policial (fls. 58 e 59), como ato complementar do inquérito que presidiu. Não se trata de prova judicial postulada por qualquer das partes ou determinada de ofício pelo julgador. Cuida-se, diversamente, de perícia que visa concluir as investigações iniciadas com a **notitia criminis**, constituindo-se em ato inquisitorial, em que pese ao fato de sua realização haver sido deferida após a deflagração da ação penal, no curso da respectiva instrução.

Em face disso, considerando-se que o inquérito policial não se submete ao contraditório, era desnecessária a intimação das partes para a apresentação de quesitos quando deferido o pedido de exame de balística formulado pelo Dr. Delegado de Polícia (fl. 60 verso).

Nesse rumo, assentou a jurisprudência:

‘A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Precedente: RE n. 136.239-1, Rel. Min. Celso de Mello’ (STF — HC — Rel. Celso de Mello — j. 22.09.1992 — RTJ 147/219 — RT 689/439).’ (**Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva**

Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Láuria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani e Ninno, Wilson, “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, volume 1, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 40)” (fls. 191/192).

Demais, afora não haver a Defesa deduzido postulação qualquer nas suas alegações preliminares e finais, a propósito do exame pericial que dá matéria à questão em deslinde, é norma do Código de Processo Penal não só que o Defensor, ao oferecer a contrariedade ao libelo, poderá apresentar rol de testemunhas, juntar documentos e requerer diligências, incluídamente de natureza pericial, mas também que o próprio juiz pode ordenar, de ofício, tais provas e providências, o que afasta, de modo peremptório, toda a alegação de prejuízo ao réu.

A não-oportunização de manifestação sobre o laudo de exame pericial não colhe, sequer, sufrágios de conhecimento, porque a sua juntada aos autos do *writ* no grau inferior é posterior à impugnação e estranha, em conseqüência, ao **decisum** da Corte Estadual, devendo essa questão superveniente, de qualquer modo, ser levada ao órgão jurisdicional com competência, certamente outro que não os deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“(…)

Impende ressaltar, ainda, que o respectivo laudo não foi juntado aos autos, uma vez que foi recebido na Comarca em 05.02.2002, data em que já se encontrava neste Sodalício o Recurso em Sentido Estrito n. 2001.024816-6, interposto pelos acusados, distribuído ao Sr. Desembargador Sérgio Paladino, aguardando apreciação desta Corte.” (Fl. 187)

Averbe-se, por derradeiro, sem mais, para que se não prejudique o réu, que outra pode e *deve ser* a leitura da peça pericial do exame da arma e do projétil.

Ordem denegada, pelo exposto.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 24.050 — SP (2002/0104986-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Adalberto Antônio do Rego

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Adalberto Antônio do Rego (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Falsificação de notas promissórias para abertura de conta bancária. Alegação de que as cópias não foram apresentadas, não se configurando o delito de falsificação de documento público. Exame de mérito não admitido na via estreita do *writ*. Desnecessário o uso do documento contrafeito para a consumação do crime. Ordem denegada.

1. É inviável, na via estreita do **habeas corpus**, por demandar revolvimento de matéria fática, o exame da alegação de inexistência de prova suficiente a demonstrar o uso de documento falso pelo paciente, no caso, notas promissórias para a abertura de conta bancária, máxime se a sentença e o acórdão concluíram pela caracterização do delito de falsificação de documento público.

2. Não é necessário, para a configuração do crime de falsificação de documento público, o uso do documento contrafeito ou a concretização do fim visado pelo agente.

3. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 03 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

Publicado no DJ 04.08.2003

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado, em causa própria, por Adalberto Antônio do Rego contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

O paciente, preso em flagrante, foi denunciado pela prática de estelionato, na forma tentada, corrupção ativa e falsificação de documento particular, restando condenado, no Juízo de 1º grau, unicamente pelo crime de falsificação de documento público, à pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial fechado, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento a seu apelo para reduzir a reprimenda a 2 anos e 3 meses de reclusão.

Busca o impetrante a absolvição, sustentando que “o decreto condenatório não encontra qualquer respaldo legal na prova produzida no processo”, alegando tratar a hipótese de crime impossível, não existindo prova suficiente de que iria colocar em cobrança as notas promissórias falsificadas.

Prestadas as informações de estilo, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem realmente não deve ser concedida.

De início, de observar que agiu acertadamente o Tribunal de origem ao não conhecer do **habeas corpus**.

De fato, tendo a Corte **a quo** julgado o recurso da defesa, é do Superior Tribunal de Justiça a competência para o exame da impetração em que se afirma a ilegalidade emanada da condenação.

No que diz com o mérito do pedido, a alegação de não existir prova suficiente de que o réu pretendia colocar as notas promissórias em cobrança na instituição financeira demanda o revolvimento de matéria fática, insuscetível de ser operado na via estreita do **habeas corpus**, máxime se a sentença e o acórdão concluíram pela caracterização do delito de falsificação de documento público.

Observe-se, no que interessa, a sentença:

“Com efeito, provado restou nos autos, à saciedade, que, no dia e hora declinados na peça primeira, o acusado, de posse de três notas promissórias, que havia falsificado previamente, foi até a agência local do Banco Bamerindus S/A., onde iniciou a abertura de uma conta corrente, para recebimento de talões de cheques, que pretendia utilizá-los com a emissão de cheques sem fundos, exibindo ao funcionário do banco, para a abertura da conta, as três promissórias falsificadas, nos valores de Cr\$ 40.000.000,00, Cr\$ 50.000.000,00 e Cr\$ 50.000.000,00, que seriam colocadas em cobrança, só

não conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, vez que o funcionário do banco, desconfiando de sua intenção, e, em seguida, confirmando tratar-se de um estelionatário (fl. 43), chamou a polícia, através da qual o acusado foi autuado em flagrante.

Indiscutível, na espécie, a configuração do falso. O acusado, tanto na polícia (fls. 10/12) como em Juízo (fls. 80/81), confessou ter falsificado as três notas promissórias, confissão essa que foi integralmente corroborada pelo exame grafotécnico de fls. 133/138. E, como se não bastasse o caráter estritamente formal do delito de falso, em que não se cogita, para a sua configuração, dos fins pretendidos pelo agente, o acusado, conforme restou sobejamente comprovado nos autos, utilizou as promissórias falsificadas junto à agência local do Banco Bamerindus S/A, onde tentou — sem êxito — a abertura de uma conta corrente (fls. 10, 97, 99, 100 e 101), impondo-se, aqui, a condenação.

Muito embora a denúncia tenha equivocadamente enquadrado o acusado no art. 298 (falsificação de documento particular), a tipificação correta é a do art. 297 (falsificação de documento público), uma vez que a nota promissória é equiparada a documento público (§ 2º, do art. 297). Essa nova definição jurídica do fato independe de qualquer outra providência e é autorizada pelo art. 383 do Código de Processo Penal.” (Fls. 32/33)

E no acórdão:

“No concernente ao mérito, indiscutível foi a participação do réu. Após transacionar compra de imóvel com Ciro Winckler de Oliveira, parte do qual seria pago com cheque do Banco Bamerindus, deslocou-se ao estabelecimento bancário. Pretendeu abrir conta bancária e contou seus dotes de fortuna, como grande fazendeiro, dono de avião e exibiu as 3 notas promissórias aludidas, para abertura de conta especial, aos funcionários Paulo Ferreira e Carlos Roberto Meneguim. Este último, desconfiado, consultou os arquivos da agência, divisando o ofício de fl. 42. Solicitou auxílio aos policiais militares Irineu Pontes e Ézio Felipe, que o prenderam, apreendendo as notas promissórias.

Os depoimentos das aludidas testemunhas foram firmes e conclusivos.

Diante da evidência, o réu confessou minudentemente a imputação no auto de prisão em flagrante. É verdade que, em Juízo, procurou negar seu intuito, dizendo que abria conta normalmente e que não chegou a exhibir as notas promissórias que preencheria por distração dias antes.

A prova não comporta sua nova versão, eis que a apresentação das notas promissórias para cobrança, crédito em conta e lastro foi firmemente evidenciada e a falsificação está comprovada no laudo grafotécnico de fls. 133/138.” (Fls. 114/115)

Ainda que assim não fosse, não é necessário, para a consumação do delito, o uso do documento falsificado, nem a caracterização do fim visado pelo agente, no caso, a abertura de conta bancária para posterior emissão de cheques sem provisão de fundos, não havendo que se falar, desta forma, em crime impossível.

Veja-se o precedente:

“Penal. Recurso especial. CP. Art. 297. Documento falso. Não-utilização. Irrelevância.

1. Inegável o dolo genérico consistente na vontade consciente de falsificar ou alterar o documento público verdadeiro. Irrelevante, do ponto de vista criminal, ter sido feito efetivo uso ou não do documento falso.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 116.011/PR, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 16.11.1998)

Diante do exposto, denego o **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 26.872 — SP (2003/0017827-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: José Geraldo Nogueira

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Jorge Luiz Lombardi da Costa (Preso)

EMENTA

Processo Penal. Roubo. Prisão. Fundamentação. Réu foragido.

A prisão preventiva é medida excepcional que somente tem cabimento quando presentes as hipóteses autorizadoras inscritas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Bem demonstrada a necessidade da custódia cautelar do paciente, eis que há indicativos de ameaças contra os co-réus e, ademais, o paciente está foragido do distrito da culpa.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 17 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, em favor de Jorge Luiz Lombardi da Costa, contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anterior (HC n. 352.784.3/0), ali impetrada.

O paciente está preso preventivamente desde 11.05.2001, em face de processo ao qual responde por infração aos artigos 157, incisos I e V c.c. 288 ambos do Código Penal (Autos n. 151/2001 — 2ª Vara da Comarca de Guaratinguetá — SP).

Alega o impetrante que “os motivos que delinearão o decreto da prisão preventiva, são à toda evidência, arbitrários e vazios de fundamentação”, pois a medida fora baseada em “meras conjecturas”.

Afirma que “não existe qualquer elo de ligação entre o paciente e os demais envolvidos”, porquanto “estava em lugar diverso do roubo ocorrido”.

Aduz que o paciente é radicado na cidade de Cruzeiro, possui emprego lícito e família regularmente constituída.

Por fim, argúi a nulidade da decisão, sob o fundamento de que a mesma fere o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Requer a distribuição deste **mandamus** por dependência do HC n. 19.375/SP, a concessão da liminar para revogar prisão preventiva e afinal, a concessão definitiva da ordem.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas (fls. 30/31).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, sob o entendimento de que “A fuga do acusado, por si só, constitui-se em motivo suficiente a fundamentar um decreto de segregação provisória, para garantir a aplicação da lei penal, nos termos do disposto no art. 312, do Diploma Processual Penal.” (Fl. 72)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o impetrante pretende a revogação do decreto da custódia preventiva, mantido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, alegando deficiência na fundamentação da decisão, para justificar a adoção da medida extrema.

Trata-se de roubo de combustíveis, em que os agentes, mediante quadrilha organizada, seqüestraram motoristas de caminhões-tanques, os quais eram mantidos em cárcere privado, enquanto se fazia o descarregamento da carga em tanque existente em local adrede preparado.

Os co-réus foram todos presos preventivamente, sendo que esta Turma já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão, por ocasião do julgamento do HC 19.375/SP da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, que restou assim ementado:

“**Habeas corpus.** Prisão preventiva. Necessidade da medida. Demonstração. Apresentação espontânea.

1. O decreto de prisão preventiva deve objetiva e concretamente, ainda que de forma ténue, demonstrar a presença do elemento necessidade a justificá-la, com real incidência de uma das hipóteses catalogadas na disposição constante do art. 312 do Código de Processo Penal. Proposições abstratas e considerações subjetivas afastam a rigorosa exigência de adequação legal dos fatos de modo a embasar a rigorosa medida.

2. A espontânea apresentação do acusado, mesmo depois de decretada a custódia, quando nada revela intenção de responder ao processo sem criar embaraços, exigindo-se, então, outro fundamento que não o adotado de conveniência da instrução criminal.

3. Ordem concedida.”

O decreto prisional proferido pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Guaratinguetá — SP, está assentado no seguinte convencimento (fl. 56):

“Com efeito, trata-se de delito grave, considerado hediondo, onde a vítima foi mantida em cárcere privado, em cativeiro. A conduta dos indiciados revela serem portadores de certa periculosidade. Ademais, em liberdade, fa-

talmente evadir-se-ão do distrito da culpa, em prejuízo da instrução criminal e conseqüente aplicação da lei penal, sem se falar ainda no risco de influenciarem na colheita da prova, intimidando a vítima e testemunhas de prestarem seus depoimentos com tranqüilidade.”

A Corte Regional, para denegar a ordem lá impetrada e manter a custódia preventiva do paciente, assentou seu juízo nos seguintes termos (fl. 60):

“E, pelo que se vê dos autos, Jorge Luiz é acusado pela prática de delitos graves, com envolvimento de onze pessoas na empreitada criminosa, o que justifica sua permanência no cárcere como garantia da ordem pública (STF, HC n. 78.901-3, São Paulo, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, 30.03.1999, v.u.).

Além disso, o paciente encontra-se em local incerto e não sabido, o que denota sua intenção de não colaborar com a instrução processual, o que certamente colocará em risco a escorreita aplicação da lei penal.”

Registre-se que o co-réu Joaquim Felipe Santolia de Souza fora libertado provisoriamente por esta Corte, porque não se furtou à aplicação da lei, o que ficou evidente com sua apresentação espontânea em Juízo.

Aqui, conversamente, o paciente fugiu, de modo que não se lhe pode aplicar igual benefício, até porque, como registra o Magistrado em suas informações de fls. 37/38:

“Com efeito, como consignado, havia indícios suficientes para a medida, pois durante as investigações da Autoridade Policial, foram obtidos elementos probatórios sobre o roubo de cargas, sendo que o indiciado Alexandre Vilas Cunha relatou a maneira pela qual as subtrações ocorriam, com detalhes, cuja versão foi corroborada pelo indiciado Juliano José de Campos, verificando-se a existência de formação de quadrilha, a qual tinha como mentor, o comerciante Joaquim Felipe Santiola de Souza, que se enriquecera em curto período; os autos ainda davam conta de possuir este indiciado, conhecimento na polícia civil do Estado, e evidencia ser portador de alta periculosidade, *a ponto de amedrontar um dos assaltantes, integrante da quadrilha, mediante ameaça de morte, se delatado fosse*. Trata-se de delito grave, considerado hediondo, onde a vítima foi mantida em cárcere privado, no cativeiro.

Não poderia ter sido outra a presunção deste Juízo, senão a de que, em liberdade, fatalmente os requeridos evadir-se-iam do distrito da culpa, em prejuízo da instrução criminal e conseqüente aplicação da lei penal, *sem se falar ainda, no risco de influenciarem na colheita da prova, pois já havia notícias, como acima mencionado, que ameaças entre eles próprios, já haviam sido feitas, a par dos agentes tentarem, a todo custo, furtarem-se da ação policial*.

[...] há indícios suficientes para a manutenção da custódia determinada, como afirmou este Juízo na decisão que proferiu. Note-se, ainda, ter o réu Juliano reiterado as afirmações feitas no inquérito policial, agora também em Juízo e o réu Alexandre esclareceu, no interrogatório judicial, o envolvimento de Joaquim Santolia e Antonio César. *É de ser ressaltado que para ser o réu Juliano interrogado em Juízo, houve necessidade em vestir colete à prova de bala e redobrar a segurança pessoal deste, por parte da polícia, em virtude das ameaças sofridas e notícia de resgates de presos.*

Verifica-se então não ser a decisão deste Juízo vazia ou despida de fundamentos. Os elementos necessários para a custódia dos pacientes estão presentes, não havendo razão para que este Juízo modifique a decisão.” (Grifei)

Entendo que a decisão proferida em 1º grau e também aquela do Tribunal local, no que diz com a conduta do Paciente, está devidamente fundamentada, tanto no que concerne à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal como, por igual, quanto à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Em verdade, materializou-se o temor do Magistrado quanto ao prejuízo que poderia decorrer para a instrução criminal e para a aplicação da lei penal, porquanto o paciente foragiu.

A propósito, trago à colação, naquilo que interessa, os seguintes precedentes:

“Recurso em **habeas corpus**. Estupro com violência presumida, contra a própria neta, de 3 anos de idade. Crime hediondo. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Alegação de inexistência de indícios de autoria. Reexame profundo de provas. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(...)

4. Em sede de prisão preventiva, deve-se prestar máxima confiabilidade ao Juízo de 1º grau, por mais próximo e, pois, sensível às vicissitudes do processo.

5. Não há falar em constrangimento a ser reparado pelo remédio heróico, quando a prisão preventiva, contra a qual se insurge, se mostra ajustada à lei e à Constituição da República, fundada que restou não somente na garantia da ordem pública, diante da personalidade do agente e da enorme gravidade do crime que, em tese, cometera, mas também dos sérios indícios de que pretende dificultar a instrução criminal e se furtar à aplicação da lei, tanto que de paradeiro ignorado.

6. A jurisprudência dos tribunais superiores firmou entendimento no sentido de que, em sede de prisão cautelar, não se faz imprescindível a certeza da autoria delitiva, somente reclamada quando da edição da sentença condenatória.

7. O remédio heróico do **habeas corpus**, na sua angusta e restrita via, não se presta a veicular questões que, como a sustentada negativa de autoria, demandam profunda incursão no conjunto fático-probatório.

8. Recurso parcialmente conhecido e improvido”.

(RHC n. 13.166/SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 22.04.2003).

“Processual Penal — Constrangimento ilegal e cárcere privado — Prisão preventiva — Necessidade — Excesso de prazo.

— A prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. No caso, o paciente, acusado pela prática de constrangimento ilegal e cárcere privado, ameaçou testemunhas, sendo estas, inclusive, inseridas no programa de proteção judicial, além de empreender fuga do distrito da culpa. A constrição, portanto, é medida que se impõe.

— Por outro lado, a existência de processo complexo, encontrando-se o réu, na maior parte da instrução, foragido, além da necessidade da oitiva de testemunhas de defesa residindo em outras Comarcas, exigindo, assim, a expedição de precatórias, ensejam a observância menos rigorosa do prazo de 81 dias para o encerramento da instrução.

— Ordem denegada.”

(HC n. 19.057/RJ, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 18.11.2002, p. 248)

“Recurso em **habeas corpus** — Processual Penal — Prisão preventiva — Sentença de pronúncia — Homicídio — Fuga do acusado do distrito da culpa — Ameaça a testemunha.

O acusado que foge do distrito da culpa e ameaça testemunha, demonstra disposição para resistir à aplicação da lei penal, além de pôr em risco a instrução criminal.

Por isso, a custódia preventiva se faz necessária.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 9.417/SP, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 24.04.2000, p. 62)

E, ainda, em idêntico caso de roubo de cargas:

“Criminal. HC. Roubo de carga de caminhão. Combustível. Quadrilha armada. Indeferimento de liberdade provisória. Ilegalidade não-vislumbrada. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Gravidade do crime e periculosidade dos agentes. Pedido de extensão de liminar deferida a co-réu. Indeferimento. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada.

Não é ilegal a decisão que mantém a custódia cautelar dos pacientes, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito e a periculosidade dos agentes podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes do STF e desta Corte.

Hipótese que trata de possível quadrilha armada para a prática de roubo de cargas de caminhões.

Não há ilegalidade na decisão que não estendeu, aos pacientes, liminar concedida a co-réu, se evidenciada a diversidade das situações pessoais.

Ressalva de que os pacientes possuem a peculiar situação de não residirem na Comarca.

Ordem denegada.”

(HC n. 23.438/MG, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 24.03.2003, p. 250)

Registram os autos que as situações de cada co-réu são distintas, de modo que, independentemente da decisão favorável proferida no julgamento do **mandamus** impetrado em favor do co-réu Joaquim Santolia, é de rigor a manutenção da prisão cautelar do paciente, posto que a par das ameaças recíprocas, noticiadas pelo Juiz de 1ª grau, evadiu-se, de modo a evitar, contra si, a aplicação da lei penal.

Posto isso, denego a ordem.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.252 — SP (2002/0105172-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Érica Adusei

Advogados: Fábio da Costa Vilar e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Érica Adusei (Presa)

EMENTA

RHC. Execução penal. Comutação da pena. Livramento condicional. Condições subjetivas. Não-preenchimento. Dilação probatória. HC. Via imprópria.

1. Não apresentando a recorrente, segundo o juízo de 1ª grau, condições subjetivas à obtenção dos benefícios de comutação da pena ou livramento condicional, cujo aferimento reclama dilação probatória, adequada ao recurso de agravo, malgrado a “largueza e extensão” com que devem ser utilizadas na interpretação do **habeas corpus**, não há como se travar o debate nesta via, cuja prova deve ser luzidia, extreme de dúvidas e apontar numa única e exclusiva direção. Havendo mais de em norte a matéria não se presta ao **habeas corpus**.

2. Recurso de **habeas corpus** não provido.

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. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

Publicado no DJ de 02.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não conhecendo de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Érica Adusei, assim sintetizado:

“**Habeas corpus**.

Indeferimento de pedido de comutação de penas. Benefício negado em execução criminal. Pedido sujeito a profunda análise fática. Constrangimento inexistente. Ordem não conhecida.” (Fl. 145)

Declinam as razões, no essencial, o cabimento de **habeas corpus** contra decisão que indefere benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, inclusive como substitutivo ao agravo em execução. Aduzem, ainda, a existência de constrangimento ilegal, devendo ser concedidos à paciente a comutação da pena, mesmo que tenha sido condenada por tráfico de entorpecentes, e o livramento condicional.

A douta Subprocuradoria Geral da República, manifesta-se pelo parcial provimento do recurso, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“Execução penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Estrangeira. Tráfico internacional de entorpecentes. Crime hediondo. Comutação da pena. Art. 7º, inciso I, do Decreto n. 3.226/1999. Impossibilidade. Liberdade condicional. Possibilidade, desde que se concretize a expulsão.

— Não é de se conceder o indulto parcial — comutação da pena — ao condenado por tráfico internacional de entorpecentes, consoante o disposto no art. 7º, inciso I, do Decreto Presidencial n. 3.226/1999.

— A condenação por crime hediondo não exclui o benefício do livramento condicional, ainda que o sentenciado seja estrangeiro, se cumpridos mais de 2/3 da pena imposta e preenchidos os requisitos dispostos no art. 710, do Código de Processo Penal, *desde que se concretize a expulsão*.

— Parecer pelo parcial provimento do recurso, para o fim de — por entrever a possibilidade de concessão do benefício do livramento condicional à Recorrente, observadas as condições do art. 710, do Código de Processo Penal — *que se acione o Ministério da Justiça com o fito de se dar celeridade ao seu processo de expulsão.*” (Fls. 189/190)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A recorrente, natural de Gana — África — foi condenada à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, por ter sido surpreendida transportando quase treze quilos de cocaína, em companhia de outra pessoa. Houve pedido de comutação de pena, nos termos do Decreto n. 3.226/1999, e livramento condicional, diante do desconto de 2/3 da reprimenda.

Os pedidos — comutação e livramento condicional — foram indeferidos, por não apresentar a sentenciada condições subjetivas (fl. 50). Nada obstante o trânsito em julgado da decisão, circunstância não impeditiva do uso do **habeas corpus** que, segundo **Pontes de Miranda**, “deve ser interpretado com largueza e extensão”,

a colenda Sexta Câmara Criminal do TJSP, destacando a competência do juízo da execução, faz ressaltar, **verbis**:

“A questão acerca de ter o paciente direito, ou não, à comutação indeferida na origem, ou, ainda, a necessidade de o pedido preencher alguns pressupostos de procedibilidade, exorbitam desta via heróica.” (Fl. 146)

De fato, não há como se debater na estreita via da ordem, malgrado a recomendação do eminente **Pontes de Miranda**, o preenchimento pela recorrente das condições de caráter subjetivo necessárias à obtenção de um ou outro benefício. A prova em **habeas corpus**, segundo pacífico entendimento pretoriano, deve ser luzidia, extreme de dúvida e apontar em uma única e exclusiva direção. Havendo mais de um norte, a matéria não se presta ao **habeas corpus**.

Cabe enfatizar, também, que o v. acórdão, apesar da conclusão de não conhecer da impetração (fl. 146), na realidade, houve por bem estabelecer, com âncoras no julgado de 1ª grau, a falta de condições subjetivas da recorrente, cujo aferimento reclama dilação probatória, própria do recurso de agravo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.079 — PI (2000/0053955-4)**

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: José Pereira Lima

Advogados: Luiz Martins Bomfim Filho e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Impetrado: Governador do Estado do Piauí

Recorrido: Estado do Piauí

Procuradores: João Emílio Falcão Costa Neto e outros

EMENTA

RMS. Servidor público. Demissão. Arquivamento do inquérito policial. Irrelevância. Processo administrativo disciplinar.

1. O arquivamento do inquérito policial por inexistência de provas quanto à autoria do delito em apuração, não impede a demissão do servidor, fundada em regular processo administrativo disciplinar, dada a

independência das duas esferas (administrativa e penal), mas, também, à luz do disposto no art. 67, I, do Código de Processo Penal e do Enunciado n. 18 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso ordinário 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. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2002 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: A espécie versa recurso ordinário interposto por José Pereira Lima contra acórdão do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, denegatório de mandado de segurança impetrado para obter reintegração no cargo de Escrivão de Polícia Civil da Secretaria de Justiça, do qual foi demitido por ato do Governador do Estado.

Segundo razões de recurso, o recorrente foi acusado da prática do crime previsto no art. 155 do Código Penal, quando, na realidade, houve por bem apenas, na cidade de Parnaíba, prestar auxílio a colegas policiais na captura dos autores de uma infração penal, como, aliás, demonstrado nos autos do inquérito que, a rogo do Ministério Público, foi arquivado.

Sem contra-razões ascenderam os autos a esta Superior Corte, opinando a Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O recorrente, na condição de integrante da Polícia Civil do Estado do Piauí, submetido a Processo Administrativo Disciplinar para apuração de ato infracional descrito como furto, por decisão do

Governador do Estado, apoiado nas conclusões da Comissão instituída pelo Secretário de Segurança Pública, foi demitido do serviço público.

Na realidade, verificada a ocorrência de furto de automóvel, com a prisão em flagrante do recorrente que, segundo alega, encontrava-se na ocasião, na cidade de Parnaíba, em frente à casa de um compadre, local que desconhecia ser para “desmonte de carro”, lavando o Jeep de sua propriedade, foram instaurados dois inquéritos: um policial e outro administrativo. O primeiro foi concluído e arquivado, a requerimento do Ministério Público (fl. 40), em função da “inexistência de provas quanto à autoria do delito”. A decisão judicial a respeito está às fls. 41/42, acolhendo o pedido e reportando-se ao art. 18 do CPP.

Já na esfera administrativa, a Comissão de Inquérito, apontando a prática de falta disciplinar, sugere a demissão do recorrente (fl. 307), hipótese perfeitamente normal, não apenas em decorrência da independência das duas esferas (administrativa e penal), mas, também, à luz do disposto no art. 67, I, do Código de Processo Penal e da Súmula n. 18 do Supremo Tribunal Federal. O detalhe, em outros termos, foi evidenciado pelo v. acórdão:

“... de fato, nem sempre o servidor público indiciado se exime da responsabilidade administrativa e de uma conseqüente punição nessa área somente por se ter eximido da responsabilidade em sede penal, como bem acentuaram, com outras palavras, a autoridade nominada coatora e o douto representante do *Parquet*. Sobretudo, acentue-se, quando o que se tem é o mero arquivamento de inquérito policial por insuficiência ou falta de provas, como na espécie.” (Fl. 406)

Como se observa, nenhum reparo está a merecer o julgado que se coloca em plena concordância com a legislação de regência, a jurisprudência e a doutrina a respeito da matéria na medida em que o arquivamento do inquérito policial por fragilidade de provas, em princípio, não interfere na conclusão do inquérito administrativo.

De qualquer modo, o exame do eventual maltrato às normas administrativas próprias e, em princípio, impeditivas da prática do ato de demissão, não se revela adequado na via eleita, dado reclamar investigação probatória, vedada no seu estreito limite.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 13.441 — SE (2001/0067841-6)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Renato Rezende Machado

Advogados: Geraldo Resende Filho e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Recorrido: Estado de Sergipe

Procuradores: Antonio José de Oliveira Botelho e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual ocupante de cargo em comissão e sem vínculo efetivo. Aposentadoria por invalidez. Possibilidade. Artigo 40, § 2º, da Constituição Federal, na redação anterior à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998. Omissão legislativa. Precedentes.

1. Nos termos do artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, na redação anterior à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998, “a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.”

2. Preenchidos os requisitos previstos na legislação de regência, o servidor ocupante de cargo em comissão tem direito de se aposentar por invalidez.

3. Precedentes.

4. Recurso provido.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Renato Rezende Machado, servidor público do Estado de Sergipe, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça que lhe indeferiu pedido de aposentadoria por invalidez e o exonerou do cargo em comissão que ocupava, do qual se encontrava afastado por motivo de licença médica.

Ao apreciar o **mandamus**, o Plenário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por maioria de votos, denegou a segurança em acórdão resumido na seguinte ementa:

“Administrativo e constitucional — Cargo em comissão — Invalidez do ocupante para o serviço público — Aposentadoria — Ausência de contribuição à Previdência — Inexistência de direito líquido e certo — Denegação da ordem — Decisão por maioria.

— A Constituição Federal, mesmo que permitindo a aposentadoria no cargo em comissão, exige que esta seja feita em vista da contribuição do servidor ao sistema previdenciário, o qual, após a Emenda Constitucional n. 20/1998, passou a ser o regime geral de previdência social (INSS), pelo que não havendo prova do pagamento da contribuição, quer seja à previdência estadual ou federal, não existe direito líquido e certo a ser amparado na via do *writ*.” (Fl. 844)

Daí o presente recurso ordinário, com fundamento no artigo 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, onde o impetrante, além de reeditar argumentos da inicial, alega, em síntese, que:

— mostrou-se incontroverso nos autos o direito à aposentadoria do ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a administração pública, restando o debate sobre os requisitos para a aposentação;

— o acórdão recorrido, ao invocar o disposto na Emenda Constitucional n. 20/1998, calçou-se em sistemática jurídico-processual posterior à causa de pedir da ação mandamental, negando, com base nisso, o direito líquido e certo que agasalha a pretensão;

— o direito, além de incorporado ao seu patrimônio em época anterior à aludida emenda, também foi exercitado antes de seu advento;

— o direito líquido e certo reivindicado tem fundamento no art. 40, § 2º, da Constituição Federal, na redação vigente ao tempo da invalidez e do respectivo pedido de aposentação (ambos ocorridos no ano de 1996).

Sustenta, ainda:

“Em verdade, como dito pelo *Parquet*, ‘o ordenamento jurídico não permite a existência de lacunas’, o que, por si só, demonstra a fragilidade do argumento de que ‘a aposentadoria de cargo em comissão pelo regime peculiar de previdência estadual, consubstanciada nas normas constitucionais citadas, não é possível, pois tal direito não se encontrava disciplinado pelo legislador ordinário de Sergipe’.

(...)

Ratificando a exordial deste mandado de segurança, corroborada pelo órgão do Ministério Público, ressalte-se que havia à época legislação estadual genérica, instituidora do regime jurídico neste Estado — Lei Estadual n. 2.779, 18.12.1989, (nos autos) — prevendo taxativamente a inclusão dos ocupantes de cargo em comissão nesse regime estatutário, inclusive os que até então não estavam sujeitos a esse regime, o que se subsume da leitura do art. 1^o da mencionada lei.”

Por fim, afirma cumpridos os requisitos necessários ao deferimento do pedido de aposentadoria por invalidez.

O Estado de Sergipe requereu a republicação do aviso da interposição do presente recurso, visto que a intimação deveria ter sido realizada em nome do Procurador-Geral para o oferecimento de contra-razões.

O pedido foi indeferido (fl. 875), interpondo o Estado agravo regimental ao qual se negou provimento.

Manejado recurso especial, inadmitido na origem, proferi decisão não conhecendo do Agravo de Instrumento n. 394.384 por irregularidade em sua formação.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A controvérsia posta em exame diz com a possibilidade de servidor público estadual, detentor de cargo em comissão e sem vínculo efetivo, ser aposentado por invalidez.

Registre-se, desde logo, a pertinência da argumentação deduzida pelo recorrente no sentido de que o acórdão recorrido equivocou-se ao invocar o disposto na Emenda Constitucional n. 20/1998 para indeferir o pedido formulado no **mandamus**.

Com efeito, observado o princípio **tempus regit actum**, a legislação que rege a aposentadoria é aquela vigente no momento em que o servidor preenche os requisitos para sua obtenção.

Assim, as modificações introduzidas em nosso ordenamento a respeito do tema não podem alcançar o recorrente, revelando-se incontrovertido nos autos que tanto o pedido, quanto as supostas condições necessárias à aposentação, são anteriores à vigência da aludida emenda constitucional.

Fixada essa premissa, impõe-se seja apreciada a pretensão.

Os fatos narrados na inicial podem assim ser resumidos:

— O impetrante foi nomeado para exercer o cargo em comissão de Secretário Judiciário do Poder Judiciário do Estado de Sergipe por ato datado de 09.02.1989, sendo exonerado do referido cargo em 31.01.1991, mesma data em que foi nomeado para o cargo de conciliador também do Poder Judiciário, cargo esse, da mesma forma, de provimento em comissão;

— exerceu o **munus** público regularmente até 08.10.1992, tendo, a partir dessa data e até 09.08.1996, em períodos diversos, necessitado afastar-se legalmente por licença para tratamento de sua própria saúde, em um total de 271 (duzentos e setenta e um) dias;

— em 13.09.1996, o impetrante requereu a sua aposentadoria por invalidez;

— prestadas as informações funcionais necessárias pelo Departamento de Pessoal do Poder Judiciário de Sergipe, foram os autos administrativos encaminhados à Assessoria Jurídica, sendo exarado parecer concluindo pelo deferimento da aposentadoria;

— o Tribunal de Sergipe, então, formulou consulta ao Tribunal de Contas, que entendeu assistir razão ao servidor;

— exarado novo parecer favorável à aposentadoria do impetrante, sugerindo, contudo, a apreciação do pedido pelo Plenário do Tribunal, decidiu este que a competência seria do Presidente da Corte;

— o pedido administrativo foi indeferido, sendo publicado em 11 de outubro de 1999, no Diário da Justiça, ato exarado pela autoridade apontada como coa-tora, exonerando o impetrante do cargo de conciliador.”

Citando **Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini e José Afonso da Silva**, bem como decisões do Tribunal de Contas da União, o impetrante, com base no art. 40, § 2º, da Constituição Federal e no artigo 30, § 2º, da Carta Política Estadual, sustenta a plausibilidade do direito vindicado.

Esta Sexta Turma, ao apreciar o RMS n. 11.722/DF, relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, reconheceu o direito à aposentadoria de servidores públicos ocupantes de cargos em comissão e sem vínculo efetivo com o serviço público.

Com a tradicional segurança, disse o Relator:

“O artigo 40 da Constituição da República, na sua redação original, preceituava que:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, **a** e **c**, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou

reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.’

O Professor **José Afonso da Silva**, comentando o aludido dispositivo constitucional, ensina que:

‘São outros tantos direitos constitucionais dos servidores públicos.

A aposentadoria dar-se-á: I - por invalidez permanente, com proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcional nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (art. 40).

Lei complementar, ainda, poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, **a** e **c**, do art. 40, para permitir a redução do tempo de serviço para aposentadoria do homem e da mulher, prevista naquelas duas alíneas, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. ‘Perigosas’, quando o servidor, pelas suas atribuições, fica sujeito, no seu exercício, a permanente situação de risco de vida, como certas atividades policiais. ‘Insalubres’ são atividades que submetem seu exercente a permanente risco de contrair moléstias profissionais. ‘Penosas’ são atividades que exigem desmedido esforço para seu exercício, e submetem o exercente a pressões físicas e morais intensas e, por tudo isso, geram nele profundo desgaste, quem sabe os mergulhadores sob pressão enorme das águas que requer se alivie de tempo em tempo regressando à superfície; o metalúrgico submetido a altas temperaturas. A lei complementar o dirá.

Cumpram também à lei, mas lei ordinária, dispor sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Aqui a homogeneidade terminológica complica. Cargos temporários, na verdade, cargos de pro-

vimento temporário, a Constituição admite, e são os cargos em comissão declarados em lei de livre exoneração. Em princípio, os titulares desses cargos não deveriam aposentar-se neles, pois os exercem a título de confiança, e logo deverão ser exonerados, para retornar à sua situação anterior. Se funcionário, volta a seu cargo efetivo. Se particular, regressa às suas atividades privadas. Contudo, a Constituição não mencionou hipóteses de empregos temporários, mas acaba admitindo-os por essa forma indireta, pois não se há de confundir emprego com a contratação por tempo determinado do art. 37, IX. Mas, e estes não terão direito à aposentadoria, se completarem tempo ou idade durante a vigência do contrato? Parece que, ao teor do art. 202, § 2º, não se pode recusar aposentadoria ao contratado na situação indicada. O que a Constituição também autoriza é a existência de servidores no exercício de funções de confiança (art. 37, V), que não foram lembradas no dispositivo comentado, mas a lei igualmente poderá levá-las em consideração.' (In "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª edição, 1994, Malheiros Editores, pp. 588/589).

Tem-se, assim, que, por força de norma constitucional, a aposentadoria dos servidores ocupantes de cargo em comissão, assim considerados aqueles de ocupação transitória, será regulada por lei ordinária (artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição da República).

No âmbito federal, foi editada a Lei n. 8.112/1990, que nos seus artigos 186 e seguintes estabelece que:

‘Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais;

b) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério se professor, e 25 (vinte e cinco) se professora, com proventos integrais;

c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e aos 60 (sessenta) se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

§ 2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, **a** e **c**, observará o disposto em lei específica.

§ 3º Na hipótese do inciso I, o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.

Art. 188. A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.

§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.

§ 3º O lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença.

Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º, do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo único. São estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

Art. 190. O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias especificadas no art. 186, § 1^a, passará a perceber provento integral.

Art. 191. Quando proporcional ao tempo de serviço, o provento não será inferior a 1/3 (um terço) da remuneração da atividade.

Art. 192. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Art. 193. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Art. 194. Ao servidor aposentado será paga a gratificação natalina, até o dia vinte do mês de dezembro, em valor equivalente ao respectivo provento, deduzido o adiantamento recebido.

Art. 195. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas, durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, será concedida aposentadoria, com provento integral, aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço efetivo.'

Ao que se tem, a Lei n. 8.112/1990, ela mesma, para fins de aposentadoria, não estabeleceu qualquer distinção entre servidor público ocupante de cargo efetivo e servidor público ocupante de cargo em comissão.

De outro lado, resta saber se as formas de aposentadoria previstas nos incisos I, II e III do artigo 186 da Lei n. 8.112/1990 também se aplicam aos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, diante da própria natureza jurídica do cargo exercido.

Nesse sentido, vale anotar a lição de **Lúcia Valle Figueiredo, verbis**:

‘Os princípios da Administração Pública vão ser aplicáveis diretamente a todos os funcionários, a toda relação Administração/servidor, e, via de consequência, aos cargos em comissão e funções de confiança.

Dissemos que os cargos em comissão excepcionam a regra geral do concurso; e, destarte, devem ser traçados os limites dessa exceção. Afiramos, ainda, que os cargos em comissão, de preferência, teriam de ser ocupados por integrantes da carreira, como, aliás, já disposto no Texto Constitucional de 1988, e mais enfaticamente na Emenda n. 19/1998, que determinou fossem reservados percentuais mínimos para os ‘servidores

de carreira'. Na verdade, o cargo em comissão difere basicamente do cargo efetivo porque, embora fazendo parte do quadro de funcionários de determinada instituição, desassemelham-se, entretanto, na forma de provimento e de exoneração, que é livre. Em conseqüência, temos precariedade de permanência do funcionário ocupante de cargo em comissão.

Os direitos e deveres dos exercentes de cargos em comissão decorrem diretamente da Constituição. Se todos os trabalhadores, em geral, têm determinados direitos, como, por exemplo, a aposentadoria, não seria permitido que o ocupante de cargo em comissão permanecesse no cargo por muito tempo, ou seja, pelo tempo necessário para implementar a aposentadoria, e não a conseguisse. Os direitos e vantagens dos estatutários, disciplinados no Título III da já mencionada Lei n. 8.112/1990, vão necessariamente se aplicar. É claro que não na sua totalidade.

(...)

Com relação aos direitos, os que ocupam cargos em comissão são tão funcionários quanto os efetivos. A única diferença é a precariedade da permanência no cargo. Porém, têm direito às férias, aos adicionais por tempo de serviço (quando existentes) e às licenças. Naturalmente, não à licença de dois anos para tratar de interesses pessoais, porque esta não prescinde da estabilidade, e efetividade, da qual não gozam os ocupantes dos cargos em comissão.

(...)

É situação anômala a de o funcionário ficar ocupando cargo em comissão até que implemente tempo de aposentadoria. Não há, entretanto, por que aquele servidor não ter direito a se aposentar. Haverá direito à aposentadoria, sim, em face da Constituição, que prevê contribuição também dos servidores para sua aposentadoria, não estando mais somente a cargo do Tesouro Público.” (In “Curso de Direito Administrativo”, 5ª edição, 2001, Malheiros Editores, pp. 555/557.)

De todo o exposto, resulta que a aposentação dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão tem como estatuto primeiro a própria Constituição da República.

Tanto isso é verdade que em cumprimento ao disposto no artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição da República, foi editada a Lei n. 8.647, de 13 de abril de 1993, que dispõe sobre a vinculação do servidor público civil, ocupante de cargo em comissão sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, ao Regime Geral de Previdência e dá outras providências, dispondo o seu artigo 1º, **verbis**:

‘Art. 1º O servidor público civil ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais, vincula-se obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.’

O recorrente, como dito, é servidor público, ocupante de cargo em comissão sem vínculo efetivo, do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, impondo-se trazer a exame o que dispõe a Lei Orgânica do Distrito Federal, no referente à aposentadoria de seus servidores públicos:

‘Art. 41. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor ou especialista de educação, e aos vinte e cinco anos, se professora ou especialista de educação, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar estabelecerá exceções ao disposto no inciso III, **a e c**, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, na forma do que dispuser lei federal.

§ 2º A lei disporá sobre aposentadoria em cargos em empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma

proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de reenquadramento, transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício de pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, qualquer que seja a **causa mortis**, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

§ 6º É assegurada a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio não gozados, para efeito de aposentadoria.

§ 7º Aos servidores com carga horária variável, são assegurados os proventos de acordo com a jornada predominante dos últimos três anos anteriores à aposentadoria.

§ 8º O tempo de serviço prestado sob o regime de aposentadoria especial será computado da mesma forma, quando o servidor ocupar outro cargo de regime idêntico, ou pelo critério da proporcionalidade, quando se tratar de regimes diversos, na forma da lei.’

Como se vê, assim como determinado na Constituição da República, a Lei Orgânica do Distrito Federal deferiu a disciplina da aposentadoria dos servidores ocupantes de cargos de ocupação transitória à lei ordinária.

E a lei que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos do Tribunal de Contas do Distrito Federal é a Lei Distrital n. 211/1991, que determinou a aplicação da Lei n. 8.112/1990.

De todo o exposto, resulta que, por força da Lei Distrital n. 211/1991, aplicam-se aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal os preceitos da Lei n. 8.112/1990, que nenhuma distinção estabelece um servidor público ocupante de cargo efetivo e servidor público ocupante de cargo em comissão.

Ocorre que inexistente, no plano local, norma que regule especificamente o regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, assim como aconteceu no plano federal, até a edição da Lei n. 8.647, de 13 de abril de 1993, que não tem incidência no âmbito do Distrito Federal, em face do princípio federativo e da autonomia administrativa do Distrito Federal.

Certamente, o direito à aposentadoria do recorrente não pode ser elidido, ao argumento de espaço legal, ainda mais diante do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil:

‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’.

Referida compreensão do tema foi confirmada no julgamento do Recurso Especial n. 306.804/DF, DJ de 27.05.2002, também Relator o Ministro Hamilton Carvalhido.

In casu, conforme asseverado na consulta feita ao Tribunal de Contas Estadual, “não há legislação infraconstitucional específica que restrinja a eficácia dos dispositivos constitucionais apontados pelos arts. 40, § 2º, da Constituição Federal e 30, § 2º, da Constituição Estadual. Ao contrário, há uma lei genérica, instituidora do regime jurídico único neste Estado que prevê, taxativamente, a inclusão dos ocupantes dos cargos em comissão nesse regime estatutário, inclusive os que até então não estavam sujeitos a esse regime”.

Dessa mesma consulta, extraio ainda o seguinte excerto:

“Ora, de toda a transcrição legal é a conclusão de que o servidor público estadual ocupante apenas de cargo em comissão está sujeito aos direitos e deveres previstos no regime estatutário disposto na Lei Estadual n. 2.148/1977, entre eles o direito à aposentadoria, desde que preencha os requisitos exigidos por lei, **in casu**, os pressupostos necessários à aposentação por invalidez permanente. Patentes estão as normas legais insculpidas no art. 40, I, e § 2º, da Constituição Federal, combinado com o art. 30, I e § 2º, da Constituição Estadual, além da legislação estatutária estadual concernente ao servidor público alhures transcrita.” (Fl. 477)

Registre-se, por fim, a manifestação ministerial de fls. 982/983:

“Com efeito, a decisão recorrida não elegeu a melhor interpretação ao denegar a segurança. Isto porque, à data do pedido de aposentadoria, — ocorrido em 13.09.1996 (fl. 51) —, vigia o art. 40, § 2º, da CF/1988 em sua redação originária, a saber: ‘A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários’. Desta forma, o dispositivo em comento não vinculava a inatividade ao tempo de contribuição, alteração que, posteriormente, foi introduzida pela EC 20/1998.

Nessa vertente, cumpre ressaltar que, **in casu**, existia uma lei genérica — Lei n. 2.779/1989 — instituidora do regime jurídico único no Estado de Sergipe que previa expressamente, em seu contexto, a inclusão dos ocupantes de cargo comissionado no regime estatutário, bem como a hipótese de aposentadoria por invalidez.

Todavia, ainda que os argumentos expendidos não fossem suficientes para o provimento do presente recurso, nem mesmo a alegada ausência de lei normatizadora poderia obstar a aposentadoria do requerente. É que, não sendo permitida a existência de lacunas em nosso ordenamento jurídico, não pode o intérprete escusar-se de decidir sob alegação de ausência de norma. Cabe a ele o cumprimento da prestação jurisdicional, valendo-se de recursos do próprio sistema, tais como a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito.” (Fls. 982/983)

Na espécie, o requisito para a aposentação por invalidez restou sobejamente comprovado nos autos, conforme se vê do laudo de fl. 55 que atesta estar o recorrente “definitivamente inválido para o serviço público em geral, sem condições de recuperação, nem de readaptação.”

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança e determinar a aposentadoria do recorrente com proventos calculados com base nas leis estaduais vigentes à época do pedido administrativo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 425.605 — RJ (2002/0042507-3)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Roberto Nunes e outros

Recorrido: José Teixeira Jorge

Advogado: Valter Esteves Alves

EMENTA

Reexame necessário.

— INSS. Sentença posterior à edição da MP n. 1.561/1997 está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

— Recurso especial atendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Tur-

ma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

Publicado no DJ de 12.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal interposto pela autarquia contra aresto que considerou que a sentença não estava submetida ao duplo grau obrigatório, pois esta foi publicada anteriormente à edição da Medida Provisória n. 1.561-5, de 15 de maio de 1997 que foi convertida na Lei n. 9.469 de 10.07.1997.

Houve embargos declaratórios, que foram rejeitados (fl. 94).

Na irresignação sustenta a recorrente que o aresto negou vigência ao art. 10 da MP n. 1.561.

Pelo despacho de fl.107 foi o recurso admitido.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Esclareço que a sentença foi publicada no Diário Oficial de 27.02.1997 (fl. 52 v).

Ocorre que a publicação da primeira edição da Medida Provisória n. 1.561 foi datada de 17.01.1997, sendo reeditada a quinta em 15 de maio de 1997. Por conseguinte desta a data da primeira edição da MP n. 1.561, já vigorava a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

Assim, tendo a sentença sido publicada após a edição da MP n. 1.561, estava esta, ao contrário do entender posto no aresto impugnado, submetida ao duplo grau.

Assim ficou assentado nesta Corte quando do julgamento dos EREsp n. 170.384, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, onde se lê:

“Embargos de divergência. Processual Civil. Lei n. 9.469/1997. Reexame necessário. Medida Provisória n. 1.561/1997. Aplicabilidade.

Este egrégio Tribunal tem pacificado o entendimento de que as “sentenças publicadas posteriormente à edição da MP n. 1.561/1997, convertida na

Lei n. 9.469/1997 — que determinou a aplicação, às autarquias e fundações públicas, do disposto no Código de Processo Civil, arts. 188 e 475 — devem ser confirmadas pelo Tribunal, como condição de exequibilidade”.

Tal posicionamento vem amparado em decisão do próprio Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a ADIn de n. 1.603/PE, se pronunciou pela legalidade da reedição das MPs.

Embargos recebidos”.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que a sentença seja submetida ao duplo grau.

Súmulas

(*) SÚMULA N. 263
(CANCELADA)

A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação.

Referência legislativa:

Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. art. 11, § 1º.

Precedentes:

AgRg nos EREsp 230.239/RS (2ª S 23.05.2001 — DJ de 18.06.2001)

REsp 172.432/RS (Quarta Turma, 16.11.1999 — DJ de 08.03.2000)

REsp 181.095/RS (Quarta Turma, 18.03.1999 — DJ de 09.08.1999)

REsp 196.209/RS (Terceira Turma, 09.11.1999 — DJ de 18.12.2000)

REsp 196.873/RS (Quarta Turma, 19.10.2000 — DJ de 12.02.2001)

REsp 255.628/SP (Quarta Turma, 29.06.2000 — DJ de 11.09.2000)

REsp 302.448/SP (Terceira Turma, 26.06.2001 — DJ de 17.09.2001)

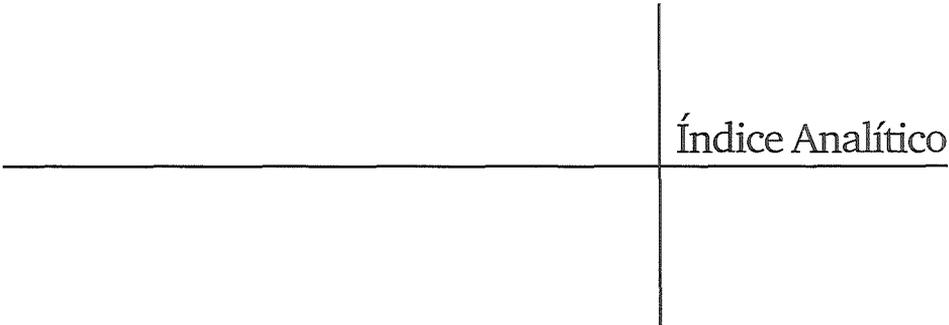
Segunda Seção, em 08.05.2002.

DJ de 20.05.2002, p. 188

DJ de 24.09.2003, p. 216

RSTJ 155/383

(*) Na sessão de 27.08.2003, a Segunda Sessão deliberou pelo cancelamento da Súmula. DJ de 24.09.2003, p. 216.



Índice Analítico

A

- PrCv Ação civil coletiva - **Execução de sentença** - Honorários advocatícios - Lei n. 9.494/1997, art. 1^ª-D - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 489.348-0/PR. RSTJ 174/93.
- PrCv Ação de cobrança - Seguro de vida - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Justiça Federal - Legitimidade passiva **ad causam** - Fundação pública federal. CC n. 38.734-0/MS. RSTJ 174/293.
- PrCv Ação de imissão de posse - Bem - Prazo para entrega - CPC, art. 621 - Inaplicabilidade - **Execução de sentença** - Medida cautelar - Prejudicialidade. REsp n. 264.554-0/MG. E 32/157. RSTJ 174/315.
- PrCv Ação de repetição do indébito - CPC, art. 475, II - Inaplicabilidade - Honorários advocatícios - Valor irrisório - **Remessa ex officio** - Não-cabimento. REsp n. 464.708-0/SC. RSTJ 174/191.
- Trbt Ação de repetição do indébito - Decreto-Lei n. 2.445/1988 - Inconstitucionalidade - Decreto-Lei n. 2.449/1988 - Inconstitucionalidade - Prescrição - Termo inicial - **Programa de Integração Social (PIS)**. REsp n. 356.318-0/SP RSTJ 174/252.
- PrCv **Ação indenizatória** - Acidente de trânsito - Vítima fatal - Dano moral - Fixação - Critério subjetivo - Responsabilidade civil. REsp n. 297.888-0/RJ. RSTJ 174/377.
- PrCv Ação indenizatória - Necessidade - Liminar - Prejudicialidade - Mandado de segurança - Perda de objeto - Perdas e danos - **Suspensão de segurança**. AgRg na SS n. 1.144-0/RS. RSTJ 174/35.
- PrPn Ação penal - Trancamento - **Embargos declaratórios** - Rejeição - Matéria constitucional. EDcl no AgRg na APn n. 229-0/SP RSTJ 174/50.
- PrCv **Ação rescisória** - Coisa julgada - Observância - Efeito suspensivo - Ausência - Execução de sentença. AgRg na MC n. 5.930-0/PE. RSTJ 174/79.

- PrCv **Ação revisional** - Contrato bancário - Cláusula abusiva - Valor da causa - Fixação. REsp n. 450.631-0/RJ. RSTJ 174/408.
- PrCv Acidente de trânsito - Bem de família - Penhora - Possibilidade - **Execução de sentença** - Indenização - Ato ilícito. REsp n. 437.144-0/RS. RSTJ 174/346.
- PrCv Acidente de trânsito - Vítima fatal - **Ação indenizatória** - Dano moral - Fixação - Critério subjetivo - Responsabilidade civil. REsp n. 297.888-0/RJ. RSTJ 174/377.
- Cv Acidente de trânsito - Vítima fatal - Fato de terceiro - Caracterização - **Responsabilidade civil** - Inexistência - Serviço público - Ferrovia. REsp n. 204.826-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/363.
- Adm Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Cláusula contratual - Alteração - **Contrato administrativo** - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Onerosidade excessiva - Rescisão contratual - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Carência de ação - Exame de mérito - Não-ocorrência - Prequestionamento - Ausência. AgRg no Ag n. 437.069-0/SP. RSTJ 174/82.
- PrCv Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Apelação** - Via eleita inadequada - Litisconsorte - Exclusão - Princípio da fungibilidade - Inaplicabilidade. REsp n. 427.786-0/RS. RSTJ 174/264.
- PrCv **Agravo regimental** - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Lesão à ordem e à saúde públicas - Suspensão de segurança - Deferimento. AgRg na SS n. 1.072-0/GO. RSTJ 174/21.
- PrCv Agravo retido - **Apelação** - Nulidade - Deserção - Preparo - Aproveitamento - Impossibilidade. REsp n. 316.035-0/RJ. RSTJ 174/387.
- PrPn Apelação - Aplicação analógica - Nulidade - Crime contra o patrimônio - **Habeas corpus**. HC n. 28.158-0/RJ. RSTJ 174/477.
- PrPn **Apelação** - Crime de corrupção de menores - Crime de roubo qualificado - Reincidência - Comprovação - Meio idôneo. REsp n. 373.641-0/DF. RSTJ 174/525.
- PrCv **Apelação** - Nulidade - Agravo retido - Deserção - Preparo - Aproveitamento - Impossibilidade. REsp n. 316.035-0/RJ. RSTJ 174/387.
- PrCv **Apelação** - Via eleita inadequada - Agravo de instrumento - Recurso cabível - Litisconsorte - Exclusão - Princípio da fungibilidade - Inaplicabilidade. REsp n. 427.786-0/RS. RSTJ 174/264.
- PrPn Apelação em liberdade - Impossibilidade - CPP arts. 312 e 594 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Inaplicabilidade - Réu foragido. HC n. 21.635-0/SP. RSTJ 174/555.
- Adm Aposentadoria por invalidez - Possibilidade - CF/1988, art. 40, § 2º - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Cargo em comissão. RMS n. 13.441-0/SE. E 37/ . RSTJ 174/580.

- Cv **Arrendamento rural** - Decreto n. 59.566/1966 - Notificação premonitória - Validade - Ausência. REsp n. 334.394-0/RS. RSTJ 174/325.
- PrCv Arresto - **Fumus boni iuris** - **Perculum in mora** - Indisponibilidade de bens - Ex-administradores - Instituição financeira - Liquidação extrajudicial - **Medida cautelar**. REsp n. 172.736-0/RO. RSTJ 174/223.
- PrCv **Audiência de conciliação** - Nulidade - Citação - Prazo - Não-observância - CPC, arts. 241, III, e 277 - Rito sumário. REsp n. 416.217-0/MA. RSTJ 174/399.
- PrCv Autarquia federal - Medida Provisória n. 1.561/1997 - Aplicabilidade - **Remessa ex officio**. REsp n. 425.605-0/RJ. RSTJ 174/593.
- Pv Auxílio-alimentação - Valor excedente - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). REsp n. 345.946-0/PR. RSTJ 174/249.

B

- Trbt Base de cálculo - Alteração - Ilegalidade - **Imposto de Renda (IR)** - Pessoa jurídica - Princípio da legalidade - Ofensa. REsp n. 443.910-0/PR. E 35/97. RSTJ 174/163.
- Pv Base de cálculo - Alteração - Não-ocorrência - **Contribuição previdenciária** - Lei n. 9.711/1998 - Substituição tributária. AgRg no REsp n. 509.016-0/RS. RSTJ 174/105.
- PrCv Bem - Prazo para entrega - Ação de imissão de posse - CPC, art. 621 - Inaplicabilidade - **Execução de sentença** - Medida cautelar - Prejudicialidade. REsp n. 264.554-0/MG. E 32/157. RSTJ 174/315.
- PrCv Bem de família - Penhora - Possibilidade - Acidente de trânsito - **Execução de sentença** - Indenização - Ato ilícito. REsp n. 437.144-0/RS. RSTJ 174/346.

C

- Cv **Caderneta de poupança** - Carência de ação - Correção monetária - Índice aplicável - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Banco depositário. REsp n. 287.857-0/AL. RSTJ 174/367.
- PrCv Caderneta de poupança - Correção monetária - Cruzados bloqueados - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Matéria constitucional - Recurso especial - Não-conhecimento. EDcl no REsp n. 159.394-0/PR. RSTJ 174/201.
- PrCv Carência de ação - **Agravo de instrumento** - Exame de mérito - Não-ocorrência - Questionamento - Ausência. AgRg no Ag n. 437.069-0/SP. RSTJ 174/82.
- Cv Carência de ação - **Caderneta de poupança** - Correção monetária - Índice aplicável - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Banco depositário. REsp n. 287.857-0/AL. RSTJ 174/367.

- PrCv Carência de ação - **Embargos à execução** - Cabimento - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Penhora - Ampliação - Vício formal superveniente. REsp n. 234.160-0/SC. RSTJ 174/301.
- Adm Carteira Nacional de Habilitação (CNH) - Exame - Local do domicílio - Inviabilidade - Lei n. 9.503/1997, art. 140 - Lei n. 9.602/1998 - **Mandado de segurança**. REsp n. 242.840-0/SP. RSTJ 174/149.
- Adm Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Administração Pública - Mora - Cláusula contratual - Alteração - **Contrato administrativo** - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Onerosidade excessiva - Rescisão contratual - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.
- PrCv Certidão de Dívida Ativa - Substituição - CPC, art. 296 - **Execução fiscal** - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade. REsp n. 286.035-0/SP. RSTJ 174/232.
- Trbt **Certidão Negativa de Débito (CND)** - Fornecimento - Impossibilidade - Crédito tributário - Inadimplemento - Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) - Decreto-Lei n. 2.124/1984, art. 5º, § 1º. REsp n. 416.701-0/SC. RSTJ 174/161.
- Adm CF/1988, art. 40, § 2º - Aposentadoria por invalidez - Possibilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Cargo em comissão. RMS n. 13.441-0/SE. E 37/. RSTJ 174/580.
- PrCv CF/1988, art. 109, I - Ação de cobrança - Seguro de vida - **Competência** - Justiça Federal - Legitimidade passiva **ad causam** - Fundação pública federal. CC n. 38.734-0/MS. RSTJ 174/293.
- Trbt CF/1988, art. 150, § 7º - Emenda Constitucional n. 3/1993 - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento antecipado - Possibilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Substituição tributária. RMS n. 7.031-0/MT. RSTJ 174/212.
- PrPn Circunstâncias judiciais favoráveis - CP, art. 33, §§ 2º, b, e 3º - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Regime prisional semi-aberto - Possibilidade. HC n. 26.773-0/SP. RSTJ 174/472.
- PrCv Citação - Prazo - Não-observância - **Audiência de conciliação** - Nulidade - CPC, arts. 241, III, e 277 - Rito sumário. REsp n. 416.217-0/MA. RSTJ 174/399.
- PrPn Citação editalícia - Termo inicial - **Habeas corpus** - Processo - Nulidade - Prova testemunhal - Reaproveitamento. HC n. 28.830-0/SP. RSTJ 174/494.
- Adm Cláusula contratual - Alteração - Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - **Contrato administrativo** - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Onerosidade excessiva - Rescisão contratual - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.

- Cv Cláusula contratual - Nulidade - Ausência - **Contrato de mútuo** - Imóvel - Lei n. 8.692/1993 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 382.875-0/SC. RSTJ 174/392.
- Cv Cobrança antecipada - **Contrato de arrendamento mercantil** - Descaracterização - Contrato de compra e venda à prestação - Conversão - Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. 11, § 1º - Valor Residual Garantido (VRG). Súmula n. 263-STJ (**Cancelada**). RSTJ 155/383. RSTJ 174/599.
- Trbt **Cofins** - Isenção - Compensação tributária - Cabimento - Regime tributário - Irrelevância - Sociedade civil - Prestação de serviços profissionais. REsp n. 440.219-0/PR. RSTJ 174/269.
- PrCv Coisa julgada - Inexistência - Correção monetária - Cálculo - **Execução de sentença** - Expurgos inflacionários - Inclusão. REsp n. 475.081-0/RS. RSTJ 174/417.
- PrCv Coisa julgada - Observância - **Ação rescisória** - Efeito suspensivo - Ausência - Execução de sentença. AgRg na MC n. 5.930-0/PE. RSTJ 174/79.
- PrCv Comissão - Cabimento - **Execução** - Hasta pública - Leiloeiro - Culpa - Ausência - Segunda praça - Não-ocorrência. REsp n. 310.798-0/RJ. E 36/217. RSTJ 174/380.
- Trbt Compensação tributária - Cabimento - **Cofins** - Isenção - Regime tributário - Irrelevância - Sociedade civil - Prestação de serviços profissionais. REsp n. 440.219-0/PR. RSTJ 174/269.
- Trbt **Compensação tributária** - Limitação - Contribuição Social sobre o Lucro - Finsocial - Lei n. 10.637/2002. REsp n. 373.264-0/RJ. RSTJ 174/153.
- PrCv **Competência** - Ação de cobrança - Seguro de vida - CF/1988, art. 109, I - Justiça Federal - Legitimidade passiva **ad causam** - Fundação pública federal. CC n. 38.734-0/MS. RSTJ 174/293.
- PrPn **Competência** - Crime contra o meio ambiente - Justiça Estadual - União - Interesse - Ausência. CC n. 36.483-0/MG. RSTJ 174/428.
- PrPn **Competência** - Crime eleitoral - Justiça Eleitoral - Lei n. 9.099/1995 - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Transação penal - Cabimento. CC n. 37.595-0/SC. E 37/. RSTJ 174/430.
- PrCv **Competência** - Depósito recursal - Levantamento - Falência - Juízo falimentar - Processo trabalhista. CC n. 32.836-0/MG. RSTJ 174/281.
- PrCv **Competência** - Justiça Estadual - Relação de consumo - Caracterização - Tarifa - Aumento abusivo - Transporte fluvial irregular - União - Interesse - Ausência. CC n. 20.820-0/MA. E 36/40. RSTJ 174/57.
- Adm Condição da ação - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Autoridade coatora - **Mandado de segurança**. RMS n. 15.124-0/SC. RSTJ 174/112.
- PrPn Condições subjetivas - Inexistência - Livramento condicional - Não-cabimento - Pena - Comutação - Impossibilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.252-0/SP. RSTJ 174/574.

- Cv **Condomínio** - Cota condominial - Inadimplemento - Responsabilidade - Usufrutuário. REsp n. 242.168-0/RJ. RSTJ 174/311.
- Cv **Condomínio de construção** - Condômino - Inadimplência - Lei n. 4.591/1964, art. 63 - Leilão extrajudicial - Impossibilidade. REsp n. 345.677-0/SP. RSTJ 174/341.
- Cv Condômino - Inadimplência - **Condomínio de construção** - Lei n. 4.591/1964, art. 63 - Leilão extrajudicial - Impossibilidade. REsp n. 345.677-0/SP. RSTJ 174/341.
- Cv Conduta desonrosa - Descumprimento de dever conjugal - Não-comprovação - Reconvenção - **Separação judicial** - Decretação - Possibilidade. REsp n. 467.184-0/SP. RSTJ 174/411.
- PrPn Condutas autônomas - CP, art. 288, parágrafo único - Crime de porte ilegal de arma - Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - **Habeas corpus** - Lei n. 9.437/1997 - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 25.157-0/SP. E 37/. RSTJ 174/465.
- PrCv Confissão de dívida - Novação - Contrato de desconto de duplicata - **Execução** - Multa - Ilegalidade - Título executivo extrajudicial - Caracterização. REsp n. 440.160-0/MS. RSTJ 174/403.
- Adm **Contrato administrativo** - Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Cláusula contratual - Alteração - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Onerosidade excessiva - Rescisão contratual - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.
- PrCv Contrato bancário - Cláusula abusiva - **Ação revisional** - Valor da causa - Fixação. REsp n. 450.631-0/RJ. RSTJ 174/408.
- Cv **Contrato de arrendamento mercantil** - Descaracterização - Cobrança antecipada - Contrato de compra e venda à prestação - Conversão - Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. 11, § 1º - Valor Residual Garantido (VRG). Súmula n. 263-STJ (**Cancelada**). RSTJ 155/383. RSTJ 174/599.
- Cv Contrato de compra e venda à prestação - Conversão - Cobrança antecipada - **Contrato de arrendamento mercantil** - Descaracterização - Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. 11, § 1º - Valor Residual Garantido (VRG). Súmula n. 263-STJ (**Cancelada**). RSTJ 155/383. RSTJ 174/599.
- Cm Contrato de compra e venda mercantil - **Duplicata** - Nulidade - Pagamento parcial - Princípio da economia processual - Saldo devedor - Cobrança - Possibilidade. REsp n. 302.028-0/MG. RSTJ 174/322.
- PrCv Contrato de desconto de duplicata - Confissão de dívida - Novação - **Execução** - Multa - Ilegalidade - Título executivo extrajudicial - Caracterização. REsp n. 440.160-0/MS. RSTJ 174/403.
- Cv **Contrato de mútuo** - Cláusula contratual - Nulidade - Ausência - Imóvel - Lei n. 8.692/1993 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 382.875-0/SC. RSTJ 174/392.

- PrCv Contrato de prestação de serviço - Erro médico - Prequestionamento - Ausência - Prova - Ônus - Inversão - Inviabilidade - **Recurso especial**. REsp n. 442.854-0/SP E 36/182. RSTJ 174/351.
- Pv **Contribuição previdenciária** - Base de cálculo - Alteração - Não-ocorrência - Lei n. 9.711/1998 - Substituição tributária. AgRg no REsp n. 509.016-0/RS. RSTJ 174/105.
- Pv **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Auxílio-alimentação - Valor excedente - Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). REsp n. 345.946-0/PR. RSTJ 174/249.
- Trbt Contribuição Social sobre o Lucro - **Compensação tributária** - Limitação - Finsocial - Lei n. 10.637/2002. REsp n. 373.264-0/RJ. RSTJ 174/153.
- Trbt Convênio n. 69/1998-Confaz - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - **Recurso em mandado de segurança** - Súmula n. 266-STF - Telefonia móvel celular - Habilitação. RMS n. 10.832-0/AC. RSTJ 174/216.
- PrCv Correção monetária - Cálculo - Coisa julgada - Inexistência - **Execução de sentença** - Expurgos inflacionários - Inclusão. REsp n. 475.081-0/RS. RSTJ 174/417.
- PrCv Correção monetária - Cruzados bloqueados - Caderneta de poupança - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Matéria constitucional - Recurso especial - Não-conhecimento. EDcl no REsp n. 159.394-0/PR. RSTJ 174/201.
- Cv Correção monetária - Índice aplicável - **Caderneta de poupança** - Carência de ação - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Banco depositário. REsp n. 287.857-0/AL. RSTJ 174/367.
- Cv Cota condominial - Inadimplemento - **Condomínio** - Responsabilidade - Usufrutuário. REsp n. 242.168-0/RJ. RSTJ 174/311.
- PrPn CP, art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º - Circunstâncias judiciais favoráveis - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Regime prisional semi-aberto - Possibilidade. HC n. 26.773-0/SP RSTJ 174/472.
- PrPn CP, art. 44, § 2º - Crime de apropriação indébita - **Habeas corpus** - Pena - Substituição - Possibilidade - Réu - Hipossuficiência econômica - Não-comprovação. HC n. 21.234-0/SP RSTJ 174/552.
- PrPn CP, art. 288, parágrafo único - Condutas autônomas - Crime de porte ilegal de arma - Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - **Habeas corpus** - Lei n. 9.437/1997 - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 25.157-0/SP E 37/ . RSTJ 174/465.
- PrCv CPC, art. 20, § 4º - Embargos do devedor - Inexistência - **Execução fiscal** - Honorários advocatícios - Cabimento - Lei n. 9.494/1997 - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 503.490-0/RS. RSTJ 174/95.
- PrCv CPC, arts. 241, III, e 277 - **Audiência de conciliação** - Nulidade - Citação - Prazo - Não-observância - Rito sumário. REsp n. 416.217-0/MA. RSTJ 174/399.

- PrCv CPC, art. 296 - Certidão de Dívida Ativa - Substituição - **Execução fiscal** - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade. REsp n. 286.035-0/SP RSTJ 174/232.
- PrCv CPC, art. 475, II - Inaplicabilidade - Ação de repetição do indébito - Honorários advocatícios - Valor irrisório - **Remessa ex officio** - Não-cabimento. REsp n. 464.708-0/SC. RSTJ 174/191.
- PrCv CPC, arts. 475, II, e 520, V - **Embargos à execução** - Rejeição - Execução - Efeito suspensivo - Impossibilidade - Fazenda Pública. REsp n. 189.652-0/SP RSTJ 174/143.
- PrCv CPC, art. 535, II - Violação - **Embargos declaratórios** - Omissão - Tribunal **a quo** - Retorno dos autos - União - Interesse. REsp n. 503.037-0/PR. RSTJ 174/192.
- PrCv CPC, art. 621 - Inaplicabilidade - Ação de imissão de posse - Bem - Prazo para entrega - **Execução de sentença** - Medida cautelar - Prejudicialidade. REsp n. 264.554-0/MG. E 32/157. RSTJ 174/315.
- Adm CPP, art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- PrPn CPP, art. 312 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Fundamentação - Réu foragido. HC n. 26.872-0/SP RSTJ 174/568.
- PrPn CPP arts. 312 e 594 - Apelação em liberdade - Impossibilidade - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Inaplicabilidade - Réu foragido. HC n. 21.635-0/SP RSTJ 174/555.
- Trbt Crédito tributário - Inadimplemento - **Certidão Negativa de Débito (CND)** - Fornecimento - Impossibilidade - Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) - Decreto-Lei n. 2.124/1984, art. 5º, § 1º. REsp n. 416.701-0/SC. RSTJ 174/161.
- PrPn Crime contra a administração pública - **Habeas corpus** - Nulidade - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Recurso em sentido estrito. HC n. 18.166-0/SP E 36/317. RSTJ 174/535.
- PrPn Crime contra o meio ambiente - **Competência** - Justiça Estadual - União - Interesse - Ausência. CC n. 36.483-0/MG. RSTJ 174/428.
- PrPn Crime contra o patrimônio - Apelação - Aplicação analógica - Nulidade - **Habeas corpus**. HC n. 28.158-0/RJ. RSTJ 174/477.
- PrPn Crime de apropriação indébita - CP, art. 44, § 2º - **Habeas corpus** - Pena - Substituição - Possibilidade - Réu - Hipossuficiência econômica - Não-comprovação. HC n. 21.234-0/SP RSTJ 174/552.

- PrPn Crime de atentado violento ao pudor - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Prova - Reexame - Vedação - Revisão criminal - Reiteração - Inadmissibilidade - Súmula n. 7-STJ. HC n. 22.539-0/SC. RSTJ 174/454.
- PrPn Crime de corrupção de menores - **Apelação** - Crime de roubo qualificado - Reincidência - Comprovação - Meio idôneo. REsp n. 373.641-0/DF. RSTJ 174/525.
- PrPn Crime de estelionato - Excesso de prazo - Não-caracterização - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Prisão preventiva - Necessidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.458-0/PR. RSTJ 174/511.
- PrPn Crime de falsificação de documento público - Configuração - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Prova - Exame - Impossibilidade. HC n. 24.050-0/SP E 37/ . RSTJ 174/564.
- Adm Crime de furto - Não-comprovação - CPP, art. 67, I - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- PrPn Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Julgamento superveniente - Liberdade provisória - **Reclamação**. AgRg na Rcl n. 1.179-0/DF. RSTJ 174/425.
- PrPn Crime de homicídio duplamente qualificado - Exame pericial extemporâneo - **Habeas corpus** - Intimação da defesa - Não-ocorrência - Prejuízo - Ausência - Prisão cautelar - Reiteração do pedido - Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade. HC n. 22.899-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/559.
- PrPn Crime de homicídio simples - **Habeas corpus** - Nulidade - Argüição - Preclusão - Pena - Fixação - Regularidade - Quesito - Atenuante específica - Tribunal do Júri. HC n. 20.273-0/RJ. RSTJ 174/540.
- PrPn Crime de latrocínio - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Regime prisional integralmente fechado. HC n. 26.744-0/RJ. RSTJ 174/470.
- PrPn Crime de porte ilegal de arma - Condutas autônomas - CP, art. 288, parágrafo único - Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - **Habeas corpus** - Lei n. 9.437/1997 - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 25.157-0/SP E 37/ . RSTJ 174/465.
- PrPn Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - Condutas autônomas - CP, art. 288, parágrafo único - Crime de porte ilegal de arma - **Habeas corpus** - Lei n. 9.437/1997 - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 25.157-0/SP E 37/ . RSTJ 174/465.
- PrPn Crime de roubo - Apelação em liberdade - Impossibilidade - CPP, arts. 312 e 594 - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Inaplicabilidade - Réu foragido. HC n. 21.635-0/SP. RSTJ 174/555.

- PrPn Crime de roubo - CPP, art. 312 - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Fundamentação - Réu foragido. HC n. 26.872-0/SP RSTJ 174/568.
- PrPn Crime de roubo qualificado - **Apelação** - Crime de corrupção de menores - Reincidência - Comprovação - Meio idôneo. REsp n. 373.641-0/DF RSTJ 174/525.
- PrPn Crime de roubo qualificado - Circunstâncias judiciais favoráveis - CP art. 33, §§ 2^a, **b**, e 3^a - **Habeas corpus** - Regime prisional semi-aberto - Possibilidade. HC n. 26.773-0/SP RSTJ 174/472.
- PrPn Crime de roubo qualificado - Estabelecimento adequado - Vaga - Inexistência - Execução penal - **Habeas corpus** - Prisão domiciliar - Cabimento - Regime prisional semi-aberto. HC n. 18.870-0/SP RSTJ 174/451.
- PrPn Crime eleitoral - **Competência** - Justiça Eleitoral - Lei n. 9.099/1995 - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Transação penal - Cabimento. CC n. 37.595-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/430.
- PrPn Crime falimentar - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.195-0/RS. RSTJ 174/501.
- PrPn Crime hediondo - Crime de latrocínio - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 2^a, § 1^a - Regime prisional integralmente fechado. HC n. 26.744-0/RJ. RSTJ 174/470.
- Trbt CTN, arts. 19, 111 e 144 - Decreto-Lei n. 37/1966, arts. 1^a e 23 - Fato gerador - Legislação aplicável - Guia de importação - Hipótese de incidência - **Imposto de Importação (II)** - Aeronave. EREsp n. 78.277-0/MG. E 34/40. RSTJ 174/60.
- Trbt CTN, art. 43 - Fundo de previdência privada - Extinção - **Imposto de Renda (IR)** - Incidência - Lei n. 9.250/1995 - Patrimônio líquido - Rateio. AgRg no Ag n. 490.510-0/RS. RSTJ 174/84.
- PrCv CTN, art. 135, III - **Execução fiscal** - Responsabilidade tributária - Sócio-gerente - Limitação. REsp n. 471.107-0/MG. RSTJ 174/271.
- Trbt CTN, art. 160 - **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Lançamento **ex officio** - Possibilidade - Pagamento - Antecipação. RMS n. 12.970-0/RJ. RSTJ 174/221.

D

- Adm Dano hipotético - Indenização - Não-cabimento - Dano material - Comprovação - Necessidade - **Desapropriação** - Honorários advocatícios - Revisão - Inviabilidade - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 325.335-0/SP E 36/94. RSTJ 174/243.
- Adm Dano material - Comprovação - Necessidade - Dano hipotético - Indenização - Não-cabimento - **Desapropriação** - Honorários advocatícios - Revisão - Inviabilidade - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 325.335-0/SP E 36/94. RSTJ 174/243.

- PrCv Dano moral - Fixação - Critério subjetivo - **Ação indenizatória** - Acidente de trânsito - Vítima fatal - Responsabilidade civil. REsp n. 297.888-0/RJ. RSTJ 174/377.
- Trbt Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) - **Certidão Negativa de Débito (CND)** - Fornecimento - Impossibilidade - Crédito tributário - Inadimplemento - Decreto-Lei n. 2.124/1984, art. 5º, § 1º. REsp n. 416.701-0/SC. RSTJ 174/161.
- Cv Decreto n. 59.566/1966 - **Arrendamento rural** - Notificação premonitória - Validade - Ausência. REsp n. 334.394-0/RS. RSTJ 174/325.
- Trbt Decreto-Lei n. 37/1966, arts. 1º e 23 - CTN, arts. 19, 111 e 144 - Fato gerador - Legislação aplicável - Guia de importação - Hipótese de incidência - **Imposto de Importação (II)** - Aeronave. EREsp n. 78.277-0/MG. E 34/40. RSTJ 174/60.
- Trbt Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Não-incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Previsão legal - Ausência - Serviço de reboque marítimo. REsp n. 514.675-0/RS. RSTJ 174/273.
- Trbt Decreto-Lei n. 2.124/1984, art. 5º, § 1º - **Certidão Negativa de Débito (CND)** - Fornecimento - Impossibilidade - Crédito tributário - Inadimplemento - Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF). REsp n. 416.701-0/SC. RSTJ 174/161.
- Trbt Decreto-Lei n. 2.445/1988 - Inconstitucionalidade - Ação de repetição do indébito - Decreto-Lei n. 2.449/1988 - Inconstitucionalidade - Prescrição - Termo inicial - **Programa de Integração Social (PIS)**. REsp n. 356.318-0/SP. RSTJ 174/252.
- Trbt Decreto-Lei n. 2.449/1988 - Inconstitucionalidade - Ação de repetição do indébito - Decreto-Lei n. 2.445/1988 - Inconstitucionalidade - Prescrição - Termo inicial - **Programa de Integração Social (PIS)**. REsp n. 356.318-0/SP. RSTJ 174/252.
- Adm Demissão - CPP, art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- PrPn Denúncia - Aditamento - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Prescrição - Interrupção - Não-ocorrência. HC n. 23.493-0/RS. RSTJ 174/461.
- PrPn Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência - Crime falimentar - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.195-0/RS. RSTJ 174/501.
- PrCv Depósito recursal - Levantamento - **Competência** - Falência - Juízo falimentar - Processo trabalhista. CC n. 32.836-0/MG. RSTJ 174/281.
- Adm **Desapropriação** - Dano hipotético - Indenização - Não-cabimento - Dano material - Comprovação - Necessidade - Honorários advocatícios - Revisão - Inviabilidade - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 325.335-0/SP. E 36/94. RSTJ 174/243.

- Adm **Desapropriação** - Indenização - Cabimento - Súmula n. 479-STF - Inaplicabilidade - Terrenos reservados - Margem fluvial. AgRg no REsp n. 125.968-0/PR. RSTJ 174/89.
- PrCv Deserção - Agravo retido - **Apelação** - Nulidade - Preparo - Aproveitamento - Impossibilidade. REsp n. 316.035-0/RJ. RSTJ 174/387.
- Adm Direito líquido e certo - Lei n. 5.645/1970 - Litisconsórcio ativo - Limitação - Desnecessidade - **Mandado de segurança** - Servidor público - Plano de Classificação de Cargos - Inclusão. MS n. 8.828-0/DF E 37/ . RSTJ 174/444.
- PrCv Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Embargos de divergência em recurso especial** - Incompetência - Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 299.118-0/PI. RSTJ 174/39.
- Cm **Duplicata** - Nulidade - Contrato de compra e venda mercantil - Pagamento parcial - Princípio da economia processual - Saldo devedor - Cobrança - Possibilidade. REsp n. 302.028-0/MG. RSTJ 174/322.

E

- PrCv Efeito suspensivo - Ausência - **Ação rescisória** - Coisa julgada - Observância - Execução de sentença. AgRg na MC n. 5.930-0/PE. RSTJ 174/79.
- PrCv **Embargos à execução** - Cabimento - Carência de ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Penhora - Ampliação - Vício formal superveniente. REsp n. 234.160-0/SC. RSTJ 174/301.
- PrCv **Embargos à execução** - Rejeição - CPC, arts. 475, II, e 520, V - Execução - Efeito suspensivo - Impossibilidade - Fazenda Pública. REsp n. 189.652-0/SP RSTJ 174/143.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Incompetência - Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 299.118-0/PI. RSTJ 174/39.
- PrCv **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Caderneta de poupança - Correção monetária - Cruzados bloqueados - Matéria constitucional - Recurso especial - Não-conhecimento. EDcl no REsp n. 159.394-0/PR. RSTJ 174/201.
- PrCv **Embargos declaratórios** - Omissão - CPC, art. 535, II - Violação - Tribunal **a quo** - Retorno dos autos - União - Interesse. REsp n. 503.037-0/PR. RSTJ 174/192.
- PrPn **Embargos declaratórios** - Rejeição - Ação penal - Trancamento - Matéria constitucional. EDcl no AgRg na APn n. 229-0/SP RSTJ 174/50.
- PrCv Embargos do devedor - Inexistência - CPC, art. 20, § 4º - **Execução fiscal** - Honorários advocatícios - Cabimento - Lei n. 9.494/1997 - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 503.490-0/RS. RSTJ 174/95.

- Trbt Emenda Constitucional n. 3/1993 - CF/1988, art. 150, § 7^o - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento antecipado - Possibilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Substituição tributária. RMS n. 7.031-0/MT. RSTJ 174/212.
- Adm **Energia elétrica** - Suspensão do fornecimento - Possibilidade - Lei n. 8.987/1995, art. 6^o, § 3^o, II - Município - Inadimplemento - Princípio da proporcionalidade. REsp n. 302.620-0/SP. RSTJ 174/236.
- PrCv Erro médico - Contrato de prestação de serviço - Prequestionamento - Ausência - Prova - Ônus - Inversão - Inviabilidade - **Recurso especial**. REsp n. 442.854-0/SP. E 36/182. RSTJ 174/351.
- Cv Erro médico - Hospital - Entidade sem fins lucrativos - Irrelevância - Procedimento de risco - Consentimento informado - Necessidade - **Responsabilidade civil**. REsp n. 467.878-0/RJ. E 36/194. RSTJ 174/413.
- PrPn Estabelecimento adequado - Vaga - Inexistência - Crime de roubo qualificado - Execução penal - **Habeas corpus** - Prisão domiciliar - Cabimento - Regime prisional semi-aberto. HC n. 18.870-0/SP. RSTJ 174/451.
- Adm Estabilidade - Prazo - Lei n. 6.880/1980 - Licenciamento - Suspensão - Medida cautelar - **Militar** - Reintegração. REsp n. 447.745-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/528.
- Adm Exame - Local do domicílio - Inviabilidade - Carteira Nacional de Habilitação (CNH) - Lei n. 9.503/1997, art. 140 - Lei n. 9.602/1998 - **Mandado de segurança**. REsp n. 242.840-0/SP. RSTJ 174/149.
- PrCv Exame de mérito - Não-ocorrência - **Agravo de instrumento** - Carência de ação - Prequestionamento - Ausência. AgRg no Ag n. 437.069-0/SP. RSTJ 174/82.
- PrPn Exame pericial extemporâneo - Crime de homicídio duplamente qualificado - **Habeas corpus** - Intimação da defesa - Não-ocorrência - Prejuízo - Ausência - Prisão cautelar - Reiteração do pedido - Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade. HC n. 22.899-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/559.
- PrPn Excesso de prazo - Não-caracterização - Crime de estelionato - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Prisão preventiva - Necessidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.458-0/PR. RSTJ 174/511.
- PrCv **Execução** - Comissão - Cabimento - Hasta pública - Leiloeiro - Culpa - Ausência - Segunda praça - Não-ocorrência. REsp n. 310.798-0/RJ. E 36/217. RSTJ 174/380.
- PrCv **Execução** - Confissão de dívida - Novação - Contrato de desconto de duplicata - Multa - Ilegalidade - Título executivo extrajudicial - Caracterização. REsp n. 440.160-0/MS. RSTJ 174/403.
- PrCv Execução - Efeito suspensivo - Impossibilidade - CPC, arts. 475, II, e 520, V - **Embargos à execução** - Rejeição - Fazenda Pública. REsp n. 189.652-0/SP. RSTJ 174/143.

- PrCv **Execução de sentença** - Ação civil coletiva - Honorários advocatícios - Lei n. 9.494/1997, art. 1^o-D - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 489.348-0/PR. RSTJ 174/93.
- PrCv **Execução de sentença** - Ação de imissão de posse - Bem - Prazo para entrega - CPC, art. 621 - Inaplicabilidade - Medida cautelar - Prejudicialidade. REsp n. 264.554-0/MG. E 32/157. RSTJ 174/315.
- PrCv Execução de sentença - **Ação rescisória** - Coisa julgada - Observância - Efeito suspensivo - Ausência. AgRg na MC n. 5.930-0/PE. RSTJ 174/79.
- PrCv **Execução de sentença** - Acidente de trânsito - Bem de família - Penhora - Possibilidade - Indenização - Ato ilícito. REsp n. 437.144-0/RS. RSTJ 174/346.
- PrCv **Execução de sentença** - Coisa julgada - Inexistência - Correção monetária - Cálculo - Expurgos inflacionários - Inclusão. REsp n. 475.081-0/RS. RSTJ 174/417.
- PrCv **Execução fiscal** - Certidão de Dívida Ativa - Substituição - CPC, art. 296 - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) - Lei n. 6.830/1980, art. 2^o, § 8^o - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade. REsp n. 286.035-0/SP RSTJ 174/232.
- PrCv **Execução fiscal** - CPC, art. 20, § 4^o - Embargos do devedor - Inexistência - Honorários advocatícios - Cabimento - Lei n. 9.494/1997 - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 503.490-0/RS. RSTJ 174/95.
- PrCv **Execução fiscal** - CTN, art. 135, III - Responsabilidade tributária - Sócio-gerente - Limitação. REsp n. 471.107-0/MG. RSTJ 174/271.
- PrPn Execução penal - Crime de roubo qualificado - Estabelecimento adequado - Vaga - Inexistência - **Habeas corpus** - Prisão domiciliar - Cabimento - Regime prisional semi-aberto. HC n. 18.870-0/SP RSTJ 174/451.
- PrCv Expurgos inflacionários - Inclusão - Coisa julgada - Inexistência - Correção monetária - Cálculo - **Execução de sentença**. REsp n. 475.081-0/RS. RSTJ 174/417.
- PrPn Extinção da punibilidade - Denúncia - Aditamento - **Habeas corpus** - Prescrição - Interrupção - Não-ocorrência. HC n. 23.493-0/RS. RSTJ 174/461.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Carência de ação - **Embargos à execução** - Cabimento - Penhora - Ampliação - Vício formal superveniente. REsp n. 234.160-0/SC. RSTJ 174/301.
- Adm Extinção do processo sem julgamento do mérito - Condição da ação - Ausência - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Autoridade coatora - **Mandado de segurança**. RMS n. 15.124-0/SC. RSTJ 174/112.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Empregador - **Liquidação de sentença** - Sentença penal condenatória - Título executivo judicial - Não-configuração. REsp n. 343.917-0/MA. RSTJ 174/336.

F

- PrCv Falência - **Competência** - Depósito recursal - Levantamento - Juízo falimentar - Processo trabalhista. CC n. 32.836-0/MG. RSTJ 174/281.
- Cv Fato de terceiro - Caracterização - Acidente de trânsito - Vítima fatal - **Responsabilidade civil** - Inexistência - Serviço público - Ferrovia. REsp n. 204.826-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/363.
- Trbt Fato gerador - Legislação aplicável - CTN, arts. 19, 111 e 144 - Decreto-Lei n. 37/1966, arts. 1º e 23 - Guia de importação - Hipótese de incidência - **Imposto de Importação (II)** - Aeronave. EREsp n. 78.277-0/MG. E 34/40. RSTJ 174/60.
- PrCv Fazenda Pública - CPC, arts. 475, II, e 520, V - **Embargos à execução** - Rejeição - Execução - Efeito suspensivo - Impossibilidade. REsp n. 189.652-0/SP RSTJ 174/143.
- Trbt Finsocial - **Compensação tributária** - Limitação - Contribuição Social sobre o Lucro - Lei n. 10.637/2002. REsp n. 373.264-0/RJ. RSTJ 174/153.
- PrCv **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Arresto - Indisponibilidade de bens - Ex-administradores - Instituição financeira - Liquidação extrajudicial - **Medida cautelar**. REsp n. 172.736-0/RO. RSTJ 174/223.
- Trbt Fundo de previdência privada - Extinção - CTN, art. 43 - **Imposto de Renda (IR)** - Incidência - Lei n. 9.250/1995 - Patrimônio líquido - Rateio. AgRg no Ag n. 490.510-0/RS. RSTJ 174/84.

G

- Trbt Guia de importação - CTN, arts. 19, 111 e 144 - Decreto-Lei n. 37/1966, arts. 1º e 23 - Fato gerador - Legislação aplicável - Hipótese de incidência - **Imposto de Importação (II)** - Aeronave. EREsp n. 78.277-0/MG. E 34/40. RSTJ 174/60.

H

- PrPn **Habeas corpus** - Apelação - Aplicação analógica - Nulidade - Crime contra o patrimônio. HC n. 28.158-0/RJ. RSTJ 174/477.
- PrPn **Habeas corpus** - Apelação em liberdade - Impossibilidade - CPP, arts. 312 e 594 - Crime de roubo - Princípio da presunção de inocência - Inaplicabilidade - Réu foragido. HC n. 21.635-0/SP RSTJ 174/555.
- PrPn **Habeas corpus** - Circunstâncias judiciais favoráveis - CP, art. 33, §§ 2º, b, e 3º - Crime de roubo qualificado - Regime prisional semi-aberto - Possibilidade. HC n. 26.773-0/SP RSTJ 174/472.
- PrPn **Habeas corpus** - Citação editalícia - Termo inicial - Processo - Nulidade - Prova testemunhal - Reaproveitamento. HC n. 28.830-0/SP RSTJ 174/494.
- PrPn **Habeas corpus** - Condutas autônomas - CP, art. 288, parágrafo único - Crime de porte ilegal de arma - Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - Lei n. 9.437/1997 - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 25.157-0/SP E 37/ . RSTJ 174/465.

- PrPn **Habeas corpus** - CP, art. 44, § 2º - Crime de apropriação indébita - Pena - Substituição - Possibilidade - Réu - Hipossuficiência econômica - Não-comprovação. HC n. 21.234-0/SP RSTJ 174/552.
- PrPn **Habeas corpus** - CPP, art. 312 - Crime de roubo - Prisão preventiva - Fundamentação - Réu foragido. HC n. 26.872-0/SP RSTJ 174/568.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime contra a administração pública - Nulidade - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Recurso em sentido estrito. HC n. 18.166-0/SP E 36/317. RSTJ 174/535.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de homicídio duplamente qualificado - Exame pericial extemporâneo - Intimação da defesa - Não-ocorrência - Prejuízo - Ausência - Prisão cautelar - Reiteração do pedido - Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade. HC n. 22.899-0/SC. E 37/. RSTJ 174/559.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de homicídio simples - Nulidade - Argüição - Preclusão - Pena - Fixação - Regularidade - Quesito - Atenuante específica - Tribunal do Júri. HC n. 20.273-0/RJ. RSTJ 174/540.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de latrocínio - Crime hediondo - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Regime prisional integralmente fechado. HC n. 26.744-0/RJ. RSTJ 174/470.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de roubo qualificado - Estabelecimento adequado - Vaga - Inexistência - Execução penal - Prisão domiciliar - Cabimento - Regime prisional semi-aberto. HC n. 18.870-0/SP RSTJ 174/451.
- PrPn **Habeas corpus** - Denúncia - Aditamento - Extinção da punibilidade - Prescrição - Interrupção - Não-ocorrência. HC n. 23.493-0/RS. RSTJ 174/461.
- PrPn **Habeas corpus** - Julgamento superveniente - Crime de homicídio - Liberdade provisória - **Reclamação**. AgRg na Rcl n. 1.179-0/DF RSTJ 174/425.
- PrPn **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Crime de atentado violento ao pudor - Prova - Reexame - Vedação - Revisão criminal - Reiteração - Inadmissibilidade - Súmula n. 7-STJ. HC n. 22.539-0/SC. RSTJ 174/454.
- PrPn **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Crime de falsificação de documento público - Configuração - Prova - Exame - Impossibilidade. HC n. 24.050-0/SP E 37/. RSTJ 174/564.
- PrCv Hasta pública - Comissão - Cabimento - **Execução** - Leiloeiro - Culpa - Ausência - Segunda praça - Não-ocorrência. REsp n. 310.798-0/RJ. E 36/217. RSTJ 174/380.
- Trbt Hipótese de incidência - CTN, arts. 19, 111 e 144 - Decreto-Lei n. 37/1966, arts. 1º e 23 - Fato gerador - Legislação aplicável - Guia de importação - **Imposto de Importação (II)** - Aeronave. EREsp n. 78.277-0/MG. E 34/40. RSTJ 174/60.

- PrCv Honorários advocatícios - Ação civil coletiva - **Execução de sentença** - Lei n. 9.494/1997, art. 1^ª-D - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 489.348-0/PR. RSTJ 174/93.
- PrCv Honorários advocatícios - Cabimento - CPC, art. 20, § 4^º - Embargos do devedor - Inexistência - **Execução fiscal** - Lei n. 9.494/1997 - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 503.490-0/RS. RSTJ 174/95.
- PrCv Honorários advocatícios - Fixação - Critério - **Mandado de segurança preventivo** - Não-cabimento. RMS n. 15.943-0/RJ. RSTJ 174/521.
- Adm Honorários advocatícios - Revisão - Inviabilidade - Dano hipotético - Indenização - Não-cabimento - Dano material - Comprovação - Necessidade - **Desapropriação** - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 325.335-0/SP E 36/94. RSTJ 174/243.
- PrCv Honorários advocatícios - Valor irrisório - Ação de repetição do indébito - CPC, art. 475, II - Inaplicabilidade - **Remessa ex officio** - Não-cabimento. REsp n. 464.708-0/SC. RSTJ 174/191.
- Adm **Honorários médicos** - Desconto indevido - Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (Inamps) - Hospital conveniado. REsp n. 423.795-0/RS. RSTJ 174/259.
- Cv Hospital - Entidade sem fins lucrativos - Irrelevância - Erro médico - Procedimento de risco - Consentimento informado - Necessidade - **Responsabilidade civil**. REsp n. 467.878-0/RJ. E 36/194. RSTJ 174/413.

I

- Adm Ilegitimidade passiva **ad causam** - Autoridade coatora - Condição da ação - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Mandado de segurança**. RMS n. 15.124-0/SC. RSTJ 174/112.
- Cv Ilegitimidade passiva **ad causam** - Banco depositário - **Caderneta de poupança** - Carência de ação - Correção monetária - Índice aplicável. REsp n. 287.857-0/AL. RSTJ 174/367.
- PrCv Ilegitimidade passiva **ad causam** - Empregador - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Liquidação de sentença** - Sentença penal condenatória - Título executivo judicial - Não-configuração. REsp n. 343.917-0/MA. RSTJ 174/336.
- Cv Imóvel - Cláusula contratual - Nulidade - Ausência - **Contrato de mútuo** - Lei n. 8.692/1993 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 382.875-0/SC. RSTJ 174/392.
- Cv Imóvel comercial - Financiamento - Quitação - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Transferência a terceiro - Impossibilidade. REsp n. 124.014-0/AM. RSTJ 174/299.
- Trbt **Imposto de Importação (II)** - Aeronave - CTN, arts. 19, 111 e 144 - Decreto-Lei n. 37/1966, arts. 1^ª e 23 - Fato gerador - Legislação aplicável - Guia de importação - Hipótese de incidência. EREsp n. 78.277-0/MG. E 34/40. RSTJ 174/60.

- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Base de cálculo - Alteração - Ilegalidade - Pessoa jurídica - Princípio da legalidade - Ofensa. REsp n. 443.910-0/PR. E 35/97. RSTJ 174/163.
- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Incidência - CTN, art. 43 - Fundo de previdência privada - Extinção - Lei n. 9.250/1995 - Patrimônio líquido - Rateio. AgRg no Ag n. 490.510-0/RS. RSTJ 174/84.
- Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Convênio n. 69/1998-Confaz - **Recurso em mandado de segurança** - Súmula n. 266-STF - Telefonia móvel celular - Habilitação. RMS n. 10.832-0/AC. RSTJ 174/216.
- Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento antecipado - Possibilidade - CF/1988, art. 150, § 7^a - Emenda Constitucional n. 3/1993 - **Recurso em mandado de segurança** - Substituição tributária. RMS n. 7.031-0/MT. RSTJ 174/212.
- PrCv Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) - Certidão de Dívida Ativa - Substituição - CPC, art. 296 - **Execução fiscal** - Lei n. 6.830/1980, art. 2^a, § 8^a - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade. REsp n. 286.035-0/SP. RSTJ 174/232.
- Trbt **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - CTN, art. 160 - Lançamento **ex officio** - Possibilidade - Pagamento - Antecipação. RMS n. 12.970-0/RJ. RSTJ 174/221.
- Trbt **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Não-incidência - Decreto-Lei n. 406/1968 - Lei Complementar n. 56/1987 - Previsão legal - Ausência - Serviço de reboque marítimo. REsp n. 514.675-0/RS. RSTJ 174/273.
- PrCv Incompetência - Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - **Embargos de divergência em recurso especial**. AgRg nos EREsp n. 299.118-0/PI. RSTJ 174/39.
- PrCv Indenização - Ato ilícito - Acidente de trânsito - Bem de família - Penhora - Possibilidade - **Execução de sentença**. REsp n. 437.144-0/RS. RSTJ 174/346.
- Adm Indenização - Cabimento - **Desapropriação** - Súmula n. 479-STF - Inaplicabilidade - Terrenos reservados - Margem fluvial. AgRg no REsp n. 125.968-0/PR. RSTJ 174/89.
- PrCv Indisponibilidade de bens - Ex-administradores - Arresto - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Instituição financeira - Liquidação extrajudicial - **Medida cautelar**. REsp n. 172.736-0/RO. RSTJ 174/223.
- Adm Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - CPP, art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- Adm Instância administrativa - Independência - CPP, art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento -

- Irrelevância - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- PrCv Instituição financeira - Arresto - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Indisponibilidade de bens - Ex-administradores - Liquidação extrajudicial - **Medida cautelar**. REsp n. 172.736-0/RO. RSTJ 174/223.
- Adm Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (Inamps) - Hospital conveniado - **Honorários médicos** - Desconto indevido. REsp n. 423.795-0/RS. RSTJ 174/259.
- PrPn Intimação da defesa - Não-ocorrência - Crime de homicídio duplamente qualificado - Exame pericial extemporâneo - **Habeas corpus** - Prejuízo - Ausência - Prisão cautelar - Reiteração do pedido - Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade. HC n. 22.899-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/559.
- Adm Irregularidade - Ausência - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Processo administrativo - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Dispensa. RMS n. 14.687-0/MG. RSTJ 174/515.

J

- PrCv Juízo falimentar - **Competência** - Depósito recursal - Levantamento - Falência - Processo trabalhista. CC n. 32.836-0/MG. RSTJ 174/281.
- PrPn Justiça Eleitoral - **Competência** - Crime eleitoral - Lei n. 9.099/1995 - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Transação penal - Cabimento. CC n. 37.595-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/430.
- PrPn Justiça Estadual - **Competência** - Crime contra o meio ambiente - União - Interesse - Ausência. CC n. 36.483-0/MG. RSTJ 174/428.
- PrCv Justiça Estadual - **Competência** - Relação de consumo - Caracterização - Tarifa - Aumento abusivo - Transporte fluvial irregular - União - Interesse - Ausência. CC n. 20.820-0/MA. E 36/40. RSTJ 174/57.
- PrCv Justiça Federal - Ação de cobrança - Seguro de vida - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Legitimidade passiva **ad causam** - Fundação pública federal. CC n. 38.734-0/MS. RSTJ 174/293.

L

- Trbt Lançamento **ex officio** - Possibilidade - CTN, art. 160 - **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Pagamento - Antecipação. RMS n. 12.970-0/RJ. RSTJ 174/221.
- PrCv Legitimidade passiva **ad causam** - Fundação pública federal - Ação de cobrança - Seguro de vida - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Justiça Federal. CC n. 38.734-0/MS. RSTJ 174/293.
- Trbt Lei Complementar n. 56/1987 - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Não-incidência - Previsão legal - Ausência - Serviço de reboque marítimo. REsp n. 514.675-0/RS. RSTJ 174/273.

- PrCv Lei n. 4.348/1964, art. 4º - **Agravo regimental** - Lesão à ordem e à saúde públicas - Suspensão de segurança - Deferimento. AgRg na SS n. 1.072-0/GO. RSTJ 174/21.
- Cv Lei n. 4.591/1964, art. 63 - **Condomínio de construção** - Condomínio - Inadimplência - Leilão extrajudicial - Impossibilidade. REsp n. 345.677-0/SP. RSTJ 174/341.
- Adm Lei n. 5.645/1970 - Direito líquido e certo - Litisconsórcio ativo - Limitação - Desnecessidade - **Mandado de segurança** - Servidor público - Plano de Classificação de Cargos - Inclusão. MS n. 8.828-0/DF. E 37/ . RSTJ 174/444.
- Cv Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. 11, § 1º - Cobrança antecipada - **Contrato de arrendamento mercantil** - Descaracterização - Contrato de compra e venda à prestação - Conversão - Valor Residual Garantido (VRG). Súmula n. 263-STJ (**Cancelada**). RSTJ 155/383. RSTJ 174/599.
- PrCv Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º - Certidão de Dívida Ativa - Substituição - CPC, art. 296 - **Execução fiscal** - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade. REsp n. 286.035-0/SP. RSTJ 174/232.
- Adm Lei n. 6.880/1980 - Estabilidade - Prazo - Licenciamento - Suspensão - Medida cautelar - **Militar** - Reintegração. REsp n. 447.745-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/528.
- PrPn Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Crime de latrocínio - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Regime prisional integralmente fechado. HC n. 26.744-0/RJ. RSTJ 174/470.
- Adm Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Cláusula contratual - Alteração - **Contrato administrativo** - Onerosidade excessiva - Rescisão contratual - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.
- Cv Lei n. 8.692/1993 - Cláusula contratual - Nulidade - Ausência - **Contrato de mútuo** - Imóvel - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 382.875-0/SC. RSTJ 174/392.
- Adm Lei n. 8.987/1995, art. 6º, § 3º, II - **Energia elétrica** - Suspensão do fornecimento - Possibilidade - Município - Inadimplemento - Princípio da proporcionalidade. REsp n. 302.620-0/SP. RSTJ 174/236.
- PrPn Lei n. 9.099/1995 - **Competência** - Crime eleitoral - Justiça Eleitoral - Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Transação penal - Cabimento. CC n. 37.595-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/430.
- Trbt Lei n. 9.250/1995 - CTN, art. 43 - Fundo de previdência privada - Extinção - **Imposto de Renda (IR)** - Incidência - Patrimônio líquido - Rateio. AgRg no Ag n. 490.510-0/RS. RSTJ 174/84.
- PrPn Lei n. 9.437/1997 - Condutas autônomas - CP, art. 288, parágrafo único - Crime de porte ilegal de arma - Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - **Habeas corpus** - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 25.157-0/SP. E 37/ . RSTJ 174/465.

- PrCv Lei n. 9.494/1997 - Inaplicabilidade - CPC, art. 20, § 4º - Embargos do devedor - Inexistência - **Execução fiscal** - Honorários advocatícios - Cabimento. AgRg no REsp n. 503.490-0/RS. RSTJ 174/95.
- PrCv Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D - Inaplicabilidade - Ação civil coletiva - **Execução de sentença** - Honorários advocatícios. AgRg no REsp n. 489.348-0/PR. RSTJ 174/93.
- Adm Lei n. 9.503/1997, art. 140 - Carteira Nacional de Habilitação (CNH) - Exame - Local do domicílio - Inviabilidade - Lei n. 9.602/1998 - **Mandado de segurança**. REsp n. 242.840-0/SP RSTJ 174/149.
- Adm Lei n. 9.602/1998 - Carteira Nacional de Habilitação (CNH) - Exame - Local do domicílio - Inviabilidade - Lei n. 9.503/1997, art. 140 - **Mandado de segurança**. REsp n. 242.840-0/SP RSTJ 174/149.
- Pv Lei n. 9.711/1998 - Base de cálculo - Alteração - Não-ocorrência - **Contribuição previdenciária** - Substituição tributária. AgRg no REsp n. 509.016-0/RS. RSTJ 174/105.
- Trbt Lei n. 10.637/2002 - **Compensação tributária** - Limitação - Contribuição Social sobre o Lucro - Finsocial. REsp n. 373.264-0/RJ. RSTJ 174/153.
- Cv Leilão extrajudicial - Impossibilidade - **Condomínio de construção** - Condômino - Inadimplência - Lei n. 4.591/1964, art. 63. REsp n. 345.677-0/SP RSTJ 174/341.
- PrCv Leiloeiro - Culpa - Ausência - Comissão - Cabimento - **Execução** - Hasta pública - Segunda praça - Não-ocorrência. REsp n. 310.798-0/RJ. E 36/217. RSTJ 174/380.
- PrCv Lesão à ordem e à saúde públicas - **Agravo regimental** - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Suspensão de segurança - Deferimento. AgRg na SS n. 1.072-0/GO. RSTJ 174/21.
- PrPn Liberdade provisória - Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Julgamento superveniente - **Reclamação**. AgRg na Rcl n. 1.179-0/DF RSTJ 174/425.
- Adm Licenciamento - Suspensão - Estabilidade - Prazo - Lei n. 6.880/1980 - Medida cautelar - **Militar** - Reintegração. REsp n. 447.745-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/528.
- PrCv Liminar - Prejudicialidade - Ação indenizatória - Necessidade - Mandado de segurança - Perda de objeto - Perdas e danos - **Suspensão de segurança**. AgRg na SS n. 1.144-0/RS. RSTJ 174/35.
- PrCv **Liquidação de sentença** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Empregador - Sentença penal condenatória - Título executivo judicial - Não-configuração. REsp n. 343.917-0/MA. RSTJ 174/336.
- PrCv Liquidação extrajudicial - Arresto - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Indisponibilidade de bens - Ex-administradores - Instituição financeira - **Medida cautelar**. REsp n. 172.736-0/RO. RSTJ 174/223.
- Adm Litisconsórcio ativo - Limitação - Desnecessidade - Direito líquido e certo - Lei n. 5.645/1970 - **Mandado de segurança** - Servidor público - Plano de Classificação de Cargos - Inclusão. MS n. 8.828-0/DF. E 37/ . RSTJ 174/444.

- PrCv Litisconsorte - Exclusão - Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Apelação** - Via eleita inadequada - Princípio da fungibilidade - Inaplicabilidade. REsp n. 427.786-0/RS. RSTJ 174/264.
- PrPn Livramento condicional - Não-cabimento - Condições subjetivas - Inexistência - Pena - Comutação - Impossibilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.252-0/SP RSTJ 174/574.

M

- Adm **Mandado de segurança** - Carteira Nacional de Habilitação (CNH) - Exame - Local do domicílio - Inviabilidade - Lei n. 9.503/1997, art. 140 - Lei n. 9.602/1998. REsp n. 242.840-0/SP RSTJ 174/149.
- Adm **Mandado de segurança** - Condição da ação - Ausência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Autoridade coatora. RMS n. 15.124-0/SC. RSTJ 174/112.
- Adm **Mandado de segurança** - Direito líquido e certo - Lei n. 5.645/1970 - Litisconsórcio ativo - Limitação - Desnecessidade - Servidor público - Plano de Classificação de Cargos - Inclusão. MS n. 8.828-0/DF. E 37/ . RSTJ 174/444.
- PrCv Mandado de segurança - Perda de objeto - Ação indenizatória - Necessidade - Liminar - Prejudicialidade - Perdas e danos - **Suspensão de segurança**. AgRg na SS n. 1.144-0/RS. RSTJ 174/35.
- PrCv **Mandado de segurança preventivo** - Não-cabimento - Honorários advocatícios - Fixação - Critério. RMS n. 15.943-0/RJ. RSTJ 174/521.
- PrPn Matéria constitucional - Ação penal - Trancamento - **Embargos declaratórios** - Rejeição. EDcl no AgRg na APn n. 229-0/SP RSTJ 174/50.
- PrCv Matéria constitucional - Caderneta de poupança - Correção monetária - Cruzados bloqueados - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Recurso especial - Não-conhecimento. EDcl no REsp n. 159.394-0/PR. RSTJ 174/201.
- PrCv **Medida cautelar** - Arresto - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Indisponibilidade de bens - Ex-administradores - Instituição financeira - Liquidação extrajudicial. REsp n. 172.736-0/RO. RSTJ 174/223.
- Adm Medida cautelar - Estabilidade - Prazo - Lei n. 6.880/1980 - Licenciamento - Suspensão - **Militar** - Reintegração. REsp n. 447.745-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/528.
- PrCv Medida cautelar - Prejudicialidade - Ação de imissão de posse - Bem - Prazo para entrega - CPC, art. 621 - Inaplicabilidade - **Execução de sentença**. REsp n. 264.554-0/MG. E 32/157. RSTJ 174/315.
- PrCv Medida Provisória n. 1.561/1997 - Aplicabilidade - Autarquia federal - **Remessa ex officio**. REsp n. 425.605-0/RJ. RSTJ 174/593.

- Adm **Militar** - Estabilidade - Prazo - Lei n. 6.880/1980 - Licenciamento - Suspensão - Medida cautelar - Reintegração. REsp n. 447.745-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/528.
- Adm Militar - Ex-combatente - Caracterização - **Pensão especial** - Concessão. EREsp n. 255.376-0/SC. RSTJ 174/434.
- PrCv Multa - Ilegalidade - Confissão de dívida - Novação - Contrato de desconto de duplicata - **Execução** - Título executivo extrajudicial - Caracterização. REsp n. 440.160-0/MS. RSTJ 174/403.
- Adm Município - Inadimplemento - **Energia elétrica** - Suspensão do fornecimento - Possibilidade - Lei n. 8.987/1995, art. 6^a, § 3^a, II - Princípio da proporcionalidade. REsp n. 302.620-0/SP. RSTJ 174/236.

N

- Cv Notificação premonitória - Validade - Ausência - **Arrendamento rural** - Decreto n. 59.566/1966. REsp n. 334.394-0/RS. RSTJ 174/325.
- PrPn Nulidade - Arguição - Preclusão - Crime de homicídio simples - **Habeas corpus** - Pena - Fixação - Regularidade - Quesito - Atenuante específica - Tribunal do Júri. HC n. 20.273-0/RJ. RSTJ 174/540.
- PrPn Nulidade - Crime contra a administração pública - **Habeas corpus** - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Recurso em sentido estrito. HC n. 18.166-0/SP. E 36/317. RSTJ 174/535.

O

- Adm Onerosidade excessiva - Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Cláusula contratual - Alteração - **Contrato administrativo** - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Rescisão contratual - Possibilidade - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.

P

- Trbt Pagamento - Antecipação - CTN, art. 160 - **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Lançamento **ex officio** - Possibilidade. RMS n. 12.970-0/RJ. RSTJ 174/221.
- Cm Pagamento parcial - Contrato de compra e venda mercantil - **Duplicata** - Nulidade - Princípio da economia processual - Saldo devedor - Cobrança - Possibilidade. REsp n. 302.028-0/MG. RSTJ 174/322.
- Trbt Patrimônio líquido - Rateio - CTN, art. 43 - Fundo de previdência privada - Extinção - **Imposto de Renda (IR)** - Incidência - Lei n. 9.250/1995. AgRg no Ag n. 490.510-0/RS. RSTJ 174/84.

- PrPn Pena - Comutação - Impossibilidade - Condições subjetivas - Inexistência - Livramento condicional - Não-cabimento - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.252-0/SP RSTJ 174/574.
- PrPn Pena - Fixação - Regularidade - Crime de homicídio simples - **Habeas corpus** - Nulidade - Arguição - Preclusão - Quesito - Atenuante específica - Tribunal do Júri. HC n. 20.273-0/RJ. RSTJ 174/540.
- PrPn Pena - Substituição - Possibilidade - CP art. 44, § 2º - Crime de apropriação indébita - **Habeas corpus** - Réu - Hipossuficiência econômica - Não-comprovação. HC n. 21.234-0/SP RSTJ 174/552.
- PrCv Penhora - Ampliação - Carência de ação - **Embargos à execução** - Cabimento - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Vício formal superveniente. REsp n. 234.160-0/SC. RSTJ 174/301.
- Adm **Pensão especial** - Concessão - Militar - Ex-combatente - Caracterização. EREsp n. 255.376-0/SC. RSTJ 174/434.
- PrCv Perdas e danos - Ação indenizatória - Necessidade - Liminar - Prejudicialidade - Mandado de segurança - Perda de objeto - **Suspensão de segurança**. AgRg na SS n. 1.144-0/RS. RSTJ 174/35.
- Trbt Pessoa jurídica - Base de cálculo - Alteração - Ilegalidade - **Imposto de Renda (IR)** - Princípio da legalidade - Ofensa. REsp n. 443.910-0/PR. E 35/97. RSTJ 174/163.
- PrCv Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade - Certidão de Dívida Ativa - Substituição - CPC, art. 296 - **Execução fiscal** - Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) - Lei n. 6.830/1980, art. 2º, § 8º. REsp n. 286.035-0/SP RSTJ 174/232.
- PrPn Prejuízo - Ausência - Crime de homicídio duplamente qualificado - Exame pericial extemporâneo - **Habeas corpus** - Intimação da defesa - Não-ocorrência - Prisão cautelar - Reiteração do pedido - Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade. HC n. 22.899-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/559.
- PrCv Preparo - Aproveitamento - Impossibilidade - Agravo retido - **Apelação** - Nulidade - Deserção. REsp n. 316.035-0/RJ. RSTJ 174/387.
- PrCv Prequestionamento - Ausência - **Agravo de instrumento** - Carência de ação - Exame de mérito - Não-ocorrência. AgRg no Ag n. 437.069-0/SP RSTJ 174/82.
- PrCv Prequestionamento - Ausência - Contrato de prestação de serviço - Erro médico - Prova - Ônus - Inversão - Inviabilidade - **Recurso especial**. REsp n. 442.854-0/SP E 36/182. RSTJ 174/351.
- PrPn Prescrição - Interrupção - Não-ocorrência - Denúncia - Aditamento - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus**. HC n. 23.493-0/RS. RSTJ 174/461.
- Trbt Prescrição - Termo inicial - Ação de repetição do indébito - Decreto-Lei n. 2.445/1988 - Inconstitucionalidade - Decreto-Lei n. 2.449/1988 - Inconstitucionalidade - **Programa de Integração Social (PIS)**. REsp n. 356.318-0/SP RSTJ 174/252.

- Trbt Previsão legal - Ausência - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Não-incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Serviço de reboque marítimo. REsp n. 514.675-0/RS. RSTJ 174/273.
- Adm Princípio da ampla defesa - Irregularidade - Ausência - Princípio do contraditório - Processo administrativo - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Dispensa. RMS n. 14.687-0/MG. RSTJ 174/515.
- PrPn Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Condutas autônomas - CP art. 288, parágrafo único - Crime de porte ilegal de arma - Crime de quadrilha ou bando qualificado - Uso de arma - **Habeas corpus** - Lei n. 9.437/1997. HC n. 25.157-0/SP E 37/ . RSTJ 174/465.
- Cm Princípio da economia processual - Contrato de compra e venda mercantil - **Duplicata** - Nulidade - Pagamento parcial - Saldo devedor - Cobrança - Possibilidade. REsp n. 302.028-0/MG. RSTJ 174/322.
- PrCv Princípio da fungibilidade - Inaplicabilidade - Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Apelação** - Via eleita inadequada - Litisconsorte - Exclusão. REsp n. 427.786-0/RS. RSTJ 174/264.
- Trbt Princípio da legalidade - Ofensa - Base de cálculo - Alteração - Ilegalidade - **Imposto de Renda (IR)** - Pessoa jurídica. REsp n. 443.910-0/PR. E 35/97. RSTJ 174/163.
- PrPn Princípio da presunção de inocência - Inaplicabilidade - Apelação em liberdade - Impossibilidade - CP, arts. 312 e 594 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Réu foragido. HC n. 21.635-0/SP RSTJ 174/555.
- PrPn Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Crime de estelionato - Excesso de prazo - Não-caracterização - Prisão preventiva - Necessidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.458-0/PR. RSTJ 174/511.
- Adm Princípio da proporcionalidade - **Energia elétrica** - Suspensão do fornecimento - Possibilidade - Lei n. 8.987/1995, art. 6º, § 3º, II - Município - Inadimplemento. REsp n. 302.620-0/SP RSTJ 174/236.
- Adm Princípio do contraditório - Irregularidade - Ausência - Princípio da ampla defesa - Processo administrativo - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Dispensa. RMS n. 14.687-0/MG. RSTJ 174/515.
- PrPn Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Crime contra a administração pública - **Habeas corpus** - Nulidade - Recurso em sentido estrito. HC n. 18.166-0/SP E 36/317. RSTJ 174/535.
- PrPn Prisão cautelar - Reiteração do pedido - Crime de homicídio duplamente qualificado - Exame pericial extemporâneo - **Habeas corpus** - Intimação da defesa - Não-ocorrência - Prejuízo - Ausência - Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade. HC n. 22.899-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/559.

- PrPn Prisão domiciliar - Cabimento - Crime de roubo qualificado - Estabelecimento adequado - Vaga - Inexistência - Execução penal - **Habeas corpus** - Regime prisional semi-aberto. HC n. 18.870-0/SP RSTJ 174/451.
- PrPn Prisão preventiva - Fundamentação - CPQ art. 312 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Réu foragido. HC n. 26.872-0/SP RSTJ 174/568.
- PrPn Prisão preventiva - Necessidade - Crime de estelionato - Excesso de prazo - Não-caracterização - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.458-0/PR. RSTJ 174/511.
- Cv Procedimento de risco - Consentimento informado - Necessidade - Erro médico - Hospital - Entidade sem fins lucrativos - Irrelevância - **Responsabilidade civil**. REsp n. 467.878-0/RJ. E 36/194. RSTJ 174/413.
- PrPn Processo - Nulidade - Citação editalícia - Termo inicial - **Habeas corpus** - Prova testemunhal - Reaproveitamento. HC n. 28.830-0/SP RSTJ 174/494.
- Adm Processo administrativo - Irregularidade - Ausência - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Dispensa. RMS n. 14.687-0/MG. RSTJ 174/515.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Legalidade - CPQ art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- PrCv Processo trabalhista - **Competência** - Depósito recursal - Levantamento - Falência - Juízo falimentar. CC n. 32.836-0/MG. RSTJ 174/281.
- Pv Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) - Auxílio-alimentação - Valor excedente - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência. REsp n. 345.946-0/PR. RSTJ 174/249.
- Trbt **Programa de Integração Social (PIS)** - Ação de repetição do indébito - Decreto-Lei n. 2.445/1988 - Inconstitucionalidade - Decreto-Lei n. 2.449/1988 - Inconstitucionalidade - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 356.318-0/SP RSTJ 174/252.
- PrPn Prova - Exame - Impossibilidade - Condições subjetivas - Inexistência - Livramento condicional - Não-cabimento - Pena - Comutação - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 13.252-0/SP RSTJ 174/574.
- PrPn Prova - Exame - Impossibilidade - Crime de falsificação de documento público - Configuração - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada. HC n. 24.050-0/SP E 37/ . RSTJ 174/564.
- PrCv Prova - Ônus - Inversão - Inviabilidade - Contrato de prestação de serviço - Erro médico - Prequestionamento - Ausência - **Recurso especial**. REsp n. 442.854-0/SP E 36/182. RSTJ 174/351.

- PrPn Prova - Reexame - Vedação - Crime de atentado violento ao pudor - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Revisão criminal - Reiteração - Inadmissibilidade - Súmula n. 7-STJ. HC n. 22.539-0/SC. RSTJ 174/454.
- Adm Prova - Reexame - Vedação - Dano hipotético - Indenização - Não-cabimento - Dano material - Comprovação - Necessidade - **Desapropriação** - Honorários advocatícios - Revisão - Inviabilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 325.335-0/SP E 36/94. RSTJ 174/243.
- PrPn Prova inquisitorial - Contraditório - Impossibilidade - Crime de homicídio duplamente qualificado - Exame pericial extemporâneo - **Habeas corpus** - Intimação da defesa - Não-ocorrência - Prejuízo - Ausência - Prisão cautelar - Reiteração do pedido. HC n. 22.899-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/559.
- PrPn Prova testemunhal - Reaproveitamento - Citação editalícia - Termo inicial - **Habeas corpus** - Processo - Nulidade. HC n. 28.830-0/SP RSTJ 174/494.

Q

- PrPn Quesito - Atenuante específica - Crime de homicídio simples - **Habeas corpus** - Nulidade - Arguição - Preclusão - Pena - Fixação - Regularidade - Tribunal do Júri. HC n. 20.273-0/RJ. RSTJ 174/540.

R

- PrPn **Reclamação** - Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Julgamento superveniente - Liberdade provisória. AgRg na Rcl n. 1.179-0/DF. RSTJ 174/425.
- Cv Reconvenção - Conduta desonrosa - Descumprimento de dever conjugal - Não-comprovação - **Separação judicial** - Decretação - Possibilidade. REsp n. 467.184-0/SP. RSTJ 174/411.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Condições subjetivas - Inexistência - Livramento condicional - Não-cabimento - Pena - Comutação - Impossibilidade - Prova - Exame - Impossibilidade. RHC n. 13.252-0/SP. RSTJ 174/574.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Crime de estelionato - Excesso de prazo - Não-caracterização - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Prisão preventiva - Necessidade. RHC n. 13.458-0/PR. RSTJ 174/511.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Crime falimentar - Denúncia - Inépcia - Não-ocorrência. RHC n. 13.195-0/RS. RSTJ 174/501.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Aposentadoria por invalidez - Possibilidade - CF/1988, art. 40, § 2º - Servidor público estadual - Cargo em comissão. RMS n. 13.441-0/SE. E 37/ . RSTJ 174/580.

- Trbt **Recurso em mandado de segurança** - CF/1988, art. 150, § 7^a - Emenda Constitucional n. 3/1993 - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento antecipado - Possibilidade - Substituição tributária. RMS n. 7.031-0/MT. RSTJ 174/212.
- Trbt **Recurso em mandado de segurança** - Convênio n. 69/1998-Confaz - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Súmula n. 266-STF - Telefonia móvel celular - Habilitação. RMS n. 10.832-0/AC. RSTJ 174/216.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - CPP, art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - Servidor público - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Irregularidade - Ausência - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Processo administrativo - Servidor público - Dispensa. RMS n. 14.687-0/MG. RSTJ 174/515.
- PrPn Recurso em sentido estrito - Crime contra a administração pública - **Habeas corpus** - Nulidade - Princípio do contraditório - Princípio da ampla defesa - Princípio do devido processo legal - Ofensa. HC n. 18.166-0/SP E 36/317. RSTJ 174/535.
- PrCv **Recurso especial** - Contrato de prestação de serviço - Erro médico - Prequestionamento - Ausência - Prova - Ônus - Inversão - Inviabilidade. REsp n. 442.854-0/SP E 36/182. RSTJ 174/351.
- PrCv Recurso especial - Não-conhecimento - Caderneta de poupança - Correção monetária - Cruzados bloqueados - **Embargos declaratórios** - Efeito modificativo - Matéria constitucional. EDcl no REsp n. 159.394-0/PR. RSTJ 174/201.
- PrPn Regime prisional integralmente fechado - Crime de latrocínio - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 2^a, § 1^a. HC n. 26.744-0/RJ. RSTJ 174/470.
- PrPn Regime prisional semi-aberto - Crime de roubo qualificado - Estabelecimento adequado - Vaga - Inexistência - Execução penal - **Habeas corpus** - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 18.870-0/SP RSTJ 174/451.
- PrPn Regime prisional semi-aberto - Possibilidade - Circunstâncias judiciais favoráveis - CP, art. 33, §§ 2^a, **b**, e 3^a - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus**. HC n. 26.773-0/SP RSTJ 174/472.
- Trbt Regime tributário - Irrelevância - **Cofins** - Isenção - Compensação tributária - Cabimento - Sociedade civil - Prestação de serviços profissionais. REsp n. 440.219-0/PR. RSTJ 174/269.
- PrPn Reincidência - Comprovação - Meio idôneo - **Apelação** - Crime de corrupção de menores - Crime de roubo qualificado. REsp n. 373.641-0/DF. RSTJ 174/525.

- Adm Reintegração - Estabilidade - Prazo - Lei n. 6.880/1980 - Licenciamento - Suspensão - Medida cautelar - **Militar**. REsp n. 447.745-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/528.
- PrCv Relação de consumo - Caracterização - **Competência** - Justiça Estadual - Tarifa - Aumento abusivo - Transporte fluvial irregular - União - Interesse - Ausência. CC n. 20.820-0/MA. E 36/40. RSTJ 174/57.
- PrCv **Remessa ex officio** - Autarquia federal - Medida Provisória n. 1.561/1997 - Aplicabilidade. REsp n. 425.605-0/RJ. RSTJ 174/593.
- PrCv **Remessa ex officio** - Não-cabimento - Ação de repetição do indébito - CPC, art. 475, II - Inaplicabilidade - Honorários advocatícios - Valor irrisório. REsp n. 464.708-0/SC. RSTJ 174/191.
- Adm Rescisão contratual - Possibilidade - Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Cláusula contratual - Alteração - **Contrato administrativo** - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Onerosidade excessiva - Teoria da imprevisão - Aplicabilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.
- Cv Responsabilidade - Usufrutuário - **Condomínio** - Cota condominial - Inadimplemento. REsp n. 242.168-0/RJ. RSTJ 174/311.
- PrCv Responsabilidade civil - **Ação indenizatória** - Acidente de trânsito - Vítima fatal - Dano moral - Fixação - Critério subjetivo. REsp n. 297.888-0/RJ. RSTJ 174/377.
- Cv **Responsabilidade civil** - Erro médico - Hospital - Entidade sem fins lucrativos - Irrelevância - Procedimento de risco - Consentimento informado - Necessidade. REsp n. 467.878-0/RJ. E 36/194. RSTJ 174/413.
- Cv **Responsabilidade civil** - Inexistência - Acidente de trânsito - Vítima fatal - Fato de terceiro - Caracterização - Serviço público - Ferrovia. REsp n. 204.826-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/363.
- PrCv Responsabilidade tributária - Sócio-gerente - Limitação - CTN, art. 135, III - **Execução fiscal**. REsp n. 471.107-0/MG. RSTJ 174/271.
- PrPn Réu - Hipossuficiência econômica - Não-comprovação - CP, art. 44, § 2º - Crime de apropriação indébita - **Habeas corpus** - Pena - Substituição - Possibilidade. HC n. 21.234-0/SP. RSTJ 174/552.
- PrPn Réu foragido - Apelação em liberdade - Impossibilidade - CPP, arts. 312 e 594 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Inaplicabilidade. HC n. 21.635-0/SP. RSTJ 174/555.
- PrPn Réu foragido - CPP, art. 312 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Fundamentação. HC n. 26.872-0/SP. RSTJ 174/568.
- PrPn Revisão criminal - Reiteração - Inadmissibilidade - Crime de atentado violento ao pudor - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 7-STJ. HC n. 22.539-0/SC. RSTJ 174/454.
- PrCv Rito sumário - **Audiência de conciliação** - Nulidade - Citação - Prazo - Não-observância - CPC, arts. 241, III, e 277. REsp n. 416.217-0/MA. RSTJ 174/399.

S

- Cm Saldo devedor - Cobrança - Possibilidade - Contrato de compra e venda mercantil - **Duplicata** - Nulidade - Pagamento parcial - Princípio da economia processual. REsp n. 302.028-0/MG. RSTJ 174/322.
- PrCv Segunda praça - Não-ocorrência - Comissão - Cabimento - **Execução** - Hasta pública - Leiloeiro - Culpa - Ausência. REsp n. 310.798-0/RJ. E 36/217. RSTJ 174/380.
- PrCv Sentença penal condenatória - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Empregador - **Liquidação de sentença** - Título executivo judicial - Não-configuração. REsp n. 343.917-0/MA. RSTJ 174/336.
- Cv **Separação judicial** - Decretação - Possibilidade - Conduta desonrosa - Descumprimento de dever conjugal - Não-comprovação - Reconvensão. REsp n. 467.184-0/SP. RSTJ 174/411.
- Trbt Serviço de reboque marítimo - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Não-incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Previsão legal - Ausência. REsp n. 514.675-0/RS. RSTJ 174/273.
- Cv Serviço público - Ferrovia - Acidente de trânsito - Vítima fatal - Fato de terceiro - Caracterização - **Responsabilidade civil** - Inexistência. REsp n. 204.826-0/RJ. E 37/ . RSTJ 174/363.
- Adm Servidor público - CPÉ art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Súmula n. 18-STF. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- Adm Servidor público - Dispensa - Irregularidade - Ausência - Princípio da ampla defesa - Princípio do contraditório - Processo administrativo - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 14.687-0/MG. RSTJ 174/515.
- Adm Servidor público - Plano de Classificação de Cargos - Inclusão - Direito líquido e certo - Lei n. 5.645/1970 - Litisconsórcio ativo - Limitação - Desnecessidade - **Mandado de segurança**. MS n. 8.828-0/DF E 37/ . RSTJ 174/444.
- Adm Servidor público estadual - Cargo em comissão - Aposentadoria por invalidez - Possibilidade - CF/1988, art. 40, § 2º - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 13.441-0/SE. E 37/ . RSTJ 174/580.
- Cv Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Cláusula contratual - Nulidade - Ausência - **Contrato de mútuo** - Imóvel - Lei n. 8.692/1993. REsp n. 382.875-0/SC. RSTJ 174/392.
- Cv **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Imóvel comercial - Financiamento - Quitação - Transferência a terceiro - Impossibilidade. REsp n. 124.014-0/AM. RSTJ 174/299.

- Trbt Sociedade civil - Prestação de serviços profissionais - **Cofins** - Isenção - Compensação tributária - Cabimento - Regime tributário - Irrelevância. REsp n. 440.219-0/PR. RSTJ 174/269.
- Pv Substituição tributária - Base de cálculo - Alteração - Não-ocorrência - **Contribuição previdenciária** - Lei n. 9.711/1998. AgRg no REsp n. 509.016-0/RS. RSTJ 174/105.
- Trbt Substituição tributária - CF/1988, art. 150, § 7º - Emenda Constitucional n. 3/1993 - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Recolhimento antecipado - Possibilidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 7.031-0/MT. RSTJ 174/212.
- PrPn Súmula n. 7-STJ - Crime de atentado violento ao pudor - **Habeas corpus** - Via eleita inadequada - Prova - Reexame - Vedação - Revisão criminal - Reiteração - Inadmissibilidade. HC n. 22.539-0/SC. RSTJ 174/454.
- Adm Súmula n. 7-STJ - Dano hipotético - Indenização - Não-cabimento - Dano material - Comprovação - Necessidade - **Desapropriação** - Honorários advocatícios - Revisão - Inviabilidade - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 325.335-0/SP. E 36/94. RSTJ 174/243.
- Adm Súmula n. 18-STF - CPÉ art. 67, I - Crime de furto - Não-comprovação - Demissão - Inquérito policial - Arquivamento - Irrelevância - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público. RMS n. 12.079-0/PI. RSTJ 174/577.
- Cv Súmula n. 263-STJ (**Cancelada**) - **Contrato de arrendamento mercantil** - Descaracterização - Cobrança antecipada - Contrato de compra e venda à prestação - Conversão - Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. 11, § 1º - Valor Residual Garantido (VRG). RSTJ 155/383. RSTJ 174/599.
- Trbt Súmula n. 266-STF - Convênio n. 69/1998-Confaz - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - **Recurso em mandado de segurança** - Telefonia móvel celular - Habilitação. RMS n. 10.832-0/AC. RSTJ 174/216.
- Adm Súmula n. 479-STF - Inaplicabilidade - **Desapropriação** - Indenização - Cabimento - Terrenos reservados - Margem fluvial. AgRg no REsp n. 125.968-0/PR. RSTJ 174/89.
- PrPn Suspensão condicional do processo - Possibilidade - **Competência** - Crime eleitoral - Justiça Eleitoral - Lei n. 9.099/1995 - Transação penal - Cabimento. CC n. 37.595-0/SC. E 37/. RSTJ 174/430.
- PrCv **Suspensão de segurança** - Ação indenizatória - Necessidade - Liminar - Prejudicialidade - Mandado de segurança - Perda de objeto - Perdas e danos. AgRg na SS n. 1.144-0/RS. RSTJ 174/35.
- PrCv Suspensão de segurança - Deferimento - **Agravo regimental** - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Lesão à ordem e à saúde públicas. AgRg na SS n. 1.072-0/GO. RSTJ 174/21.

T

- PrCv Tarifa - Aumento abusivo - **Competência** - Justiça Estadual - Relação de consumo - Caracterização - Transporte fluvial irregular - União - Interesse - Ausência. CC n. 20.820-0/MA. E 36/40. RSTJ 174/57.
- Trbt Telefonia móvel celular - Habilitação - Convênio n. 69/1998-Confaz - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - **Recurso em mandado de segurança** - Súmula n. 266-STF. RMS n. 10.832-0/AC. RSTJ 174/599.
- Adm Teoria da imprevisão - Aplicabilidade - Administração Pública - Mora - Caso fortuito - Força maior - Equiparação - Cláusula contratual - Alteração - **Contrato administrativo** - Lei n. 8.666/1993, arts. 57, 58, 65 e 88 - Onerosidade excessiva - Rescisão contratual - Possibilidade. RMS n. 15.154-0/PE. RSTJ 174/133.
- Adm Terrenos reservados - Margem fluvial - **Desapropriação** - Indenização - Cabimento - Súmula n. 479-STF - Inaplicabilidade. AgRg no REsp n. 125.968-0/PR. RSTJ 174/89.
- PrCv Título executivo extrajudicial - Caracterização - Confissão de dívida - Novação - Contrato de desconto de duplicata - **Execução** - Multa - Ilegalidade. REsp n. 440.160-0/MS. RSTJ 174/403.
- PrCv Título executivo judicial - Não-configuração - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva **ad causam** - Empregador - **Liquidação de sentença** - Sentença penal condenatória. REsp n. 343.917-0/MA. RSTJ 174/336.
- PrPn Transação penal - Cabimento - **Competência** - Crime eleitoral - Justiça Eleitoral - Lei n. 9.099/1995 - Suspensão condicional do processo - Possibilidade. CC n. 37.595-0/SC. E 37/ . RSTJ 174/430.
- Cv Transferência a terceiro - Impossibilidade - Imóvel comercial - Financiamento - Quitação - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. REsp n. 124.014-0/AM. RSTJ 174/299.
- PrCv Transporte fluvial irregular - **Competência** - Justiça Estadual - Relação de consumo - Caracterização - Tarifa - Aumento abusivo - União - Interesse - Ausência. CC n. 20.820-0/MA. E 36/40. RSTJ 174/57.
- PrCv Tribunal **a quo** - Retorno dos autos - CPC, art. 535, II - Violação - **Embargos declaratórios** - Omissão - União - Interesse. REsp n. 503.037-0/PR. RSTJ 174/192.
- PrPn Tribunal do Júri - Crime de homicídio simples - **Habeas corpus** - Nulidade - Arguição - Preclusão - Pena - Fixação - Regularidade - Quesito - Atenuante específica. HC n. 20.273-0/RJ. RSTJ 174/540.

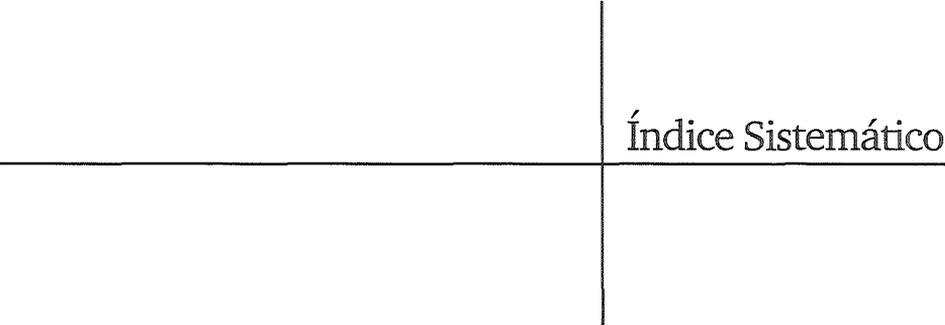
U

- PrPn União - Interesse - Ausência - **Competência** - Crime contra o meio ambiente - Justiça Estadual. CC n. 36.483-0/MG. RSTJ 174/428.

- PrCv União - Interesse - Ausência - **Competência** - Justiça Estadual - Relação de consumo - Caracterização - Tarifa - Aumento abusivo - Transporte fluvial irregular. CC n. 20.820-0/MA. E 36/40. RSTJ 174/57.
- PrCv União - Interesse - CPC, art. 535, II - Violação - **Embargos declaratórios** - Omissão - Tribunal **a quo** - Retorno dos autos. REsp n. 503.037-0/PR. RSTJ 174/192.

V

- PrCv Valor da causa - Fixação - **Ação revisional** - Contrato bancário - Cláusula abusiva. REsp n. 450.631-0/RJ. RSTJ 174/408.
- Cv Valor Residual Garantido (VRG) - Cobrança antecipada - **Contrato de arrendamento mercantil** - Descaracterização - Contrato de compra e venda à prestação - Conversão - Lei n. 6.099/1974, art. 5º, c.c. 11, § 1º. Súmula n. 263-STJ (**Cancelada**). RSTJ 155/383. RSTJ 174/599.
- PrCv Vício formal superveniente - Carência de ação - **Embargos à execução** - Cabimento - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Penhora - Ampliação. REsp n. 234.160-0/SC. RSTJ 174/301.



Índice Sistemático

I - JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR — AgRg na MC

5.930-0/PE Rel. Min. Humberto Gomes de Barros RSTJ 174/79

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO — AgRg na Rcl

1.179-0/DF Rel. Min. Fernando Gonçalves RSTJ 174/425

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA — AgRg na SS

1.072-0/GO Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 174/21

1.144-0/RS Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 174/35

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — AgRg no Ag

437.069-0/SP Rel. Min. Humberto Gomes de Barros RSTJ 174/82

490.510-0/RS Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 174/84

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

125.968-0/PR Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 174/89

489.348-0/PR Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 174/93

503.490-0/RS Rel. Min. José Delgado RSTJ 174/95

509.016-0/RS Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 174/105

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — AgRg nos EREsp

299.118-0/PI Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 174/39

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — CC

20.820-0/MA	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 174/57
32.836-0/MG	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito	RSTJ 174/281
36.483-0/MG	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 174/428
37.595-0/SC	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 174/430
38.734-0/MS	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 174/293

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL
NA AÇÃO PENAL — EDcl no AgRg na APn

229-0/SP	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 174/50
----------------	-------------------------------	-------------

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL — EDcl no REsp

159.394-0/PR	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 174/201
--------------------	-------------------------------	--------------

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — EREsp

78.277-0/MG	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 174/60
255.376-0/SC	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 174/434

HABEAS CORPUS — HC

18.166-0/SP	Rel. Min. Hamilton Carvalho	RSTJ 174/535
18.870-0/SP	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 174/451
20.273-0/RJ	Rel. Min. Hamilton Carvalho	RSTJ 174/540
21.234-0/SP	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 174/552
21.635-0/SP	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 174/555
22.539-0/SC	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 174/454
22.899-0/SC	Rel. Min. Hamilton Carvalho	RSTJ 174/559
23.493-0/RS	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 174/461
24.050-0/SP	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 174/564
25.157-0/SP	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 174/465
26.744-0/RJ	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 174/470
26.773-0/SP	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 174/472
26.872-0/SP	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 174/568
28.158-0/RJ	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 174/477
28.830-0/SP	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 174/494

MANDADO DE SEGURANÇA — MS

8.828-0/DF	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 174/444
------------------	--------------------------------	--------------

RECURSO EM HABEAS CORPUS — RHC

13.195-0/RS	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 174/501
13.252-0/SP	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 174/574
13.458-0/PR	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 174/511

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA — RMS

7.031-0/MT	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 174/212
10.832-0/AC	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 174/216
12.079-0/PI	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 174/577
12.970-0/RJ	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 174/221
13.441-0/SE	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 174/580
14.687-0/MG	Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSTJ 174/515
15.124-0/SC	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 174/112
15.154-0/PE	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 174/133
15.943-0/RJ	Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSTJ 174/521

RECURSO ESPECIAL — REsp

124.014-0/AM	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 174/299
172.736-0/RO	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 174/223
189.652-0/SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 174/143
204.826-0/RJ	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 174/363
234.160-0/SC	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 174/301
242.168-0/RJ	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 174/311
242.840-0/SP	Rel. Min. Milton Luiz Pereira	RSTJ 174/149
264.554-0/MG	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito	RSTJ 174/315
286.035-0/SP	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 174/232
287.857-0/AL	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 174/367
297.888-0/RJ	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 174/377
302.028-0/MG	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 174/322
302.620-0/SP	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 174/236
310.798-0/RJ	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 174/380
316.035-0/RJ	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 174/387
325.335-0/SP	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 174/243
334.394-0/RS	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito	RSTJ 174/325
343.917-0/MA	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 174/336
345.677-0/SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 174/341
345.946-0/PR	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 174/249
356.318-0/SP	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 174/252
373.264-0/RJ	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 174/153
373.641-0/DF	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 174/525
382.875-0/SC	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 174/392
416.217-0/MA	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 174/399
416.701-0/SC	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 174/161
423.795-0/RS	Rel. Min. Franciulli Netto	RSTJ 174/259

ÍNDICE SISTEMÁTICO

425.605-0/RJ	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 174/593
427.786-0/RS	Rel. Min. Franciulli Netto	RSTJ 174/264
437.144-0/RS	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 174/346
440.160-0/MS	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 174/403
440.219-0/PR	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 174/269
442.854-0/SP	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 174/351
443.910-0/PR	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 174/163
447.745-0/RJ	Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSTJ 174/528
450.631-0/RJ	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 174/408
464.708-0/SC	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 174/191
467.184-0/SP	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 174/411
467.878-0/RJ	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 174/413
471.107-0/MG	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 174/271
475.081-0/RS	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 174/417
503.037-0/PR	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 174/192
514.675-0/RS	Rel. Min. Franciulli Netto	RSTJ 174/273

Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg na APn	Agravo Regimental na Ação Penal
AgRg na AR	Agravo Regimental na Ação Rescisória
AgRg na ExSusp	Agravo Regimental na Exceção de Suspeição
AgRg na ExVerd	Agravo Regimental na Exceção da Verdade
AgRg na MC	Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg na NC	Agravo Regimental na Notícia-Crime
AgRg na Pet	Agravo Regimental na Petição
AgRg na Rcl	Agravo Regimental na Reclamação
AgRg na Rp	Agravo Regimental na Representação
AgRg na RvCr	Agravo Regimental na Revisão Criminal
AgRg na SS	Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no Ag no RE	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário
AgRg no Ag no RE na MC	Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário na Medida Cautelar
AgRg no AgRg na MC	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg no AgRg na Rcl	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Reclamação
AgRg no Ag Rg no Ag	Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no AgRg no REsp	Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial
AgRg no AgRg nos EDcl no REsp	Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg no CAT	Agravo Regimental no Conflito de Atribuições
AgRg no CC	Agravo Regimental no Conflito de Competência
AgRg no HC	Agravo Regimental no Habeas Corpus
AgRg no Inq	Agravo Regimental no Inquérito
AgRg no IExec no MS	Agravo Regimental no Incidente de Execução no Mandado de Segurança
AgRg no MI	Agravo Regimental no Mandado de Injunção
AgRg no MS	Agravo Regimental no Mandado de Segurança

AgRg no Prc	Agravo Regimental no Precatório
AgRg no RE no Ag	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento
AgRg no RE no HC	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Habeas Corpus
AgRg no RE no MS	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Mandado de Segurança
AgRg no RE no REsp	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Recurso Especial
AgRg no RE no RMS	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Recurso em Mandado de Segurança
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial
AgRg no RHC	Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus
AgRg no RMS	Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança
AgRg nos EDcl na MC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar
AgRg nos EDcl na Rcl	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação
AgRg nos EDcl no Ag	Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento
AgRg nos EDcl no AgRg no Ag	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg nos EDcl no CC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Conflito de Competência
AgRg nos EDcl no HC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus
AgRg nos EDcl no REsp	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg nos EDcl no RHC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus
AgRg nos EDcl nos EAgRg no Ag	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg nos EREsp	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
AgRg nos ERMS	Agravo Regimental nos Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança

AI no RMS	Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Anel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl na AI no RMS	Embargos de Declaração na Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl na APn	Embargos de Declaração na Ação Penal
EDcl na AR	Embargos de Declaração na Ação Rescisória
EDcl na IF	Embargos de Declaração na Intervenção Federal
EDcl na MC	Embargos de Declaração na Medida Cautelar
EDcl na Pet	Embargos de Declaração na Petição
EDcl na Rcl	Embargos de Declaração na Reclamação
EDcl na Rp	Embargos de Declaração na Representação
EDcl no Ag	Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento

EDcl no AgRg na APn	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Ação Penal
EDcl no AgRg na AR	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Ação Rescisória
EDcl no AgRg na Pet	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Petição
EDcl no AgRg na Rcl	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação
EDcl no AgRg na SS	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no AgRg na MC	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar
EDcl no AgRg no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no RE no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no REsp	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial
EDcl no AgRg no AgRg nos	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo
EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp	Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial.
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg no RE no Ag	Embargo de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento

EDcl no AgRg nos EREsp	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial
EDcl no CAI	Embargos de Declaração no Conflito de Atribuições
EDcl no CC	Embargos de Declaração no Conflito de Competência
EDcl no HC	Embargos de Declaração no Habeas Corpus
EDcl no MS	Embargos de Declaração no Mandado de Segurança
EDcl no REsp	Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl no RHC	Embargos de Declaração no Recurso em Habeas Corpus
EDcl no RMS	Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EDcl na IF	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Intervenção Federal
EDcl nos EDcl no Ag	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento
EDcl nos EDcl no AgRg na Pet	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Petição
EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp	Embargos de declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
EDcl nos EDcl no AgRg no REsp	Embargos de declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial
EDcl nos EDcl no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl nos EDcl no RMS	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RMS	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EREsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial

EJSTJ	Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
HC	Habeas Corpus
HD	Habeas Data
IExec na APn	Incidente de Execução na Ação Penal
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ no AgRg no Ag	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
IUJ no REsp	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso Especial
IUJ no RMS	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso em Mandado de Segurança
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt em HC	Pedido de Extensão em Habeas Corpus
PExt no REsp	Pedido de Extensão no Recurso Especial
PExt no RHC	Pedido de Extensão no Recurso em Habeas Corpus
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO na Apn	Questão de Ordem na Ação Penal
QO no Ag	Questão de Ordem no Agravo de Instrumento

QO no REsp	Questão de Ordem no Recurso Especial
QO no RMS	Questão de Ordem no Recurso em Mandado de Segurança
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Petição de Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RHD	Petição de Recurso Ordinário em Habeas Data
RMI	Petição de Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
SF	Senado Federal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
SS	Suspensão de Segurança
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário

Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ de 21.08.1985	n. 01
Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ de 21.08.1985.	n. 02
Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ de 28.08.1985	n. 03
Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ de 12.09.1985.	n. 04
Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ de 10.11.1987 – Registro cancelado – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ de 09.03.2001	n. 05
Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ de 1 ^a .12.1989	n. 06
Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ de 12.02.1990.	n. 07
Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ de 04.04.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ de 04.06.1999	n. 08
Revista Jurídica – editada por Notadez Informação Ltda – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ de 04.04.1990..	n. 09
Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ de 09.05.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ de 24.11.2000	n. 10
Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990..	n. 11
Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ de 09.06.2000	n. 12
Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990.	n. 13

Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ de 06.06.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ de 19.06.2001.	n. 14
Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ de 24.08.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 2, de 04.07.2003 – DJ de 14.07.2003.	n. 15
Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ de 12.09.1990.	n. 16
Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ de 19.12.1990.	n. 17
Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ de 27.05.1991.	n. 18
Revista Síntese Trabalhista – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ de 20.09.1991.	n. 19
Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 1, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992	n. 20
Jurisprudência do Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ de 13.03.1992 – Registro retificado – Portaria n. 9, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000	n. 21
Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ de 13.03.1992.	n. 22
Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ de 24.04.1992.	n. 23
Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ de 06.07.1992.	n. 24
Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda – Portaria n. 6, de 06.11.1992 – DJ de 10.11.1992. – Registro cancelado – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ de 14.07.2003	n. 25
Série – Jurisprudência ADCOAS – Editada pela Editora Esplanada Ltda – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ de 25.02.1993	n. 26
Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ de 18.02.1994 – Registro cancelado – Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ de 18.05.1999	n. 27

Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – editada pela Livraria do Advogado Ltda – Portaria n. 3, de 02.03.1994 – DJ de 07.03.1994.	n. 28
Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4, de 15.06.1994 – DJ de 17.06.1994.	n. 29
Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ de 16.09.1994.....	n. 30
Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ de 06.12.1994.	n. 31
Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – Portaria n. 1, de 18.12.1995 – DJ de 20.12.1995.	n. 32
Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Portaria n. 1, de 11.04.1996 – DJ de 22.04.1996.	n. 33
Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S/A – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ de 02.05.1996.	n. 34
Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ de 15.08.1996.	n. 35
Revista Dialética de Direito Tributário – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda – Portaria n. 1, de 16.06.1997 – DJ de 23.06.1997	n. 36
Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ de 05.11.1998	n. 37
Revista Jurídica Consulex – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ de 23.02.1999 – Registro cancelado (a pedido) – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ de 09.03.2001.....	n. 38
Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ de 15.04.1999.	n. 39
Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ de 22.06.1999.	n. 40
Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ de 22.06.1999	n. 41
Revista de Estudos Tributários – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ de 22.06.1999	n. 42

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda – Portaria n. 10, de 29.06.1999 – DJ de 05.07.1999	n. 43
Revista Interesse Público – editada por Notadez Informação Ltda – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ de 21.03.2000.	n. 44
Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ de 21.03.2000	n. 45
Revista Brasileira de Direito de Família – editada pela Editora Síntese – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ de 03.04.2000	n. 46
Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000.	n. 47
Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000	n. 48
Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000	n. 49
Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 6, de 06.03.2001 – DJ de 09.03.2001.	n. 50
Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 4, de 11.06.2001 – DJ de 19.06.2001	n. 51
Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Editora Nacional de Direito Livraria Editora Ltda – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ de 02.05.2002	n. 52
Revista do Tribunal Regional Federal 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ de 02.05.2002	n. 53
Revista Dialética de Direito Processual – Editada pela Editora Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda – Portaria n. 1, de 30.06.2003 – DJ de 07.07.2003	n. 54