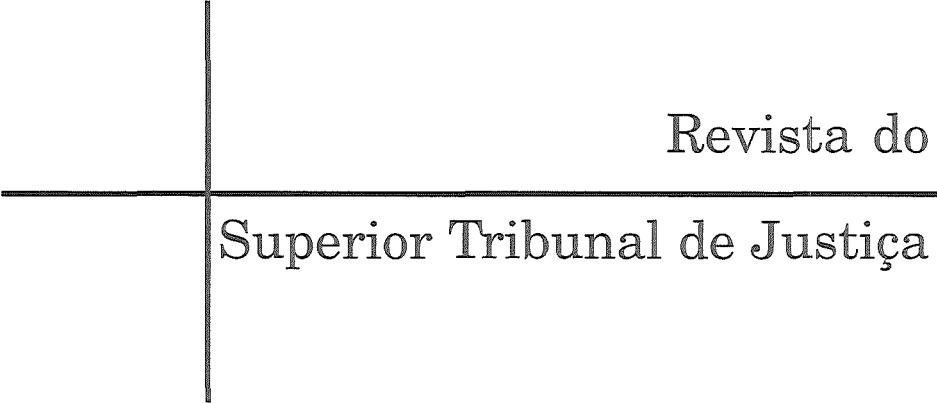


Revista do
Superior Tribunal de Justiça



PUBLICAÇÃO OFICIAL



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Volume 187
Ano 17
Março de 2005

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro-Diretor da Revista

Diretor
Assessora do Ministro
Chefe de Gabinete
Assessores Judiciários

Oficiais de Gabinete

Assistentes

Estagiários

Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro
Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha
Francisco Marcos Batista
Nely van Boekel
Francisco das Chagas Caetano Filho
Maria do Socorro Medeiros
Rossele Silveira Curado
Carlos Cardoso de Oliveira
Gerson Prado Silva
Hekelson Bitencourt Viana da Costa
Jéter Rodrigues
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Sebastiana Alves de Oliveira
Silon Carvalho Souza
Andrea Dias de Castro Costa
Débora da Silva Antunes
Fábio José Dias Chaves
Ruth Nadja de Oliveira Rodrigues

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

Diagramação:

Adenilton Cabral
Daniel Sampaio
Ulisses Demétrio

Revista do Superior Tribunal de Justiça - n. 1
- Brasília: STJ, 1989

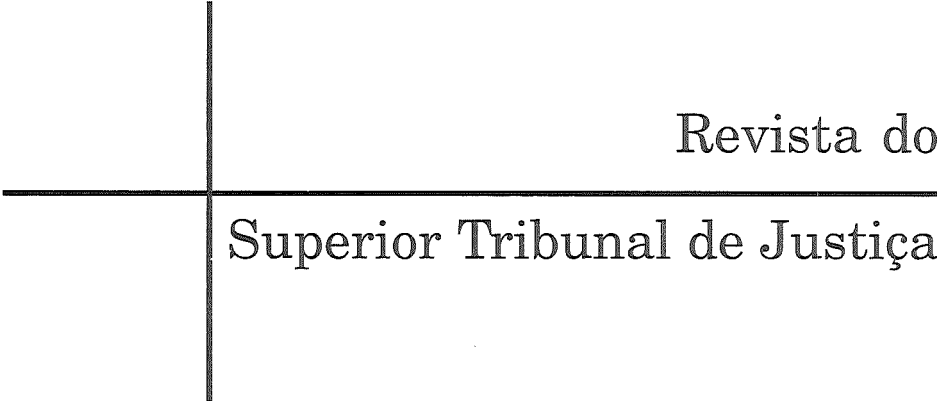
Mensal

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 Raphael de Barros Monteiro Filho
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PLENÁRIO

Presidente	Ministro Edson Carvalho Vidigal
Vice-Presidente	Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
	Ministro Nilson Vital Naves
Diretor da Revista	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
	Ministra Eliana Calmon Alves
	Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
	Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
	Ministro Domingos Franciulli Netto
	Ministra Fátima Nancy Andrighi
	Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
	Ministra 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
	Ministra Denise Martins Arruda
	Ministro Hélio Quaglia Barbosa
	Ministro Arnaldo Esteves Lima

CORTE ESPECIAL

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

Presidente	Ministro Edson Vidigal
Vice-Presidente	Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
	Ministro Nilson Naves
Diretor da Revista	Ministro Barros Monteiro
	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Cesar Asfor Rocha
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Delgado
	Ministro José Arnaldo da Fonseca
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	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

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 Ministra Nancy Andrighi
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Castro Filho
Ministro Humberto Gomes de Barros

QUARTA TURMA

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

Presidente Ministro Fernando Gonçalves
Diretor da Revista Ministro Barros Monteiro
Ministro Cesar Asfor Rocha
Ministro Aldir Passarinho Junior
Ministro Jorge Scartezzini

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 Ministra Laurita Vaz
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Felix Fischer
Ministro Gilson Dipp
Ministro Arnaldo Esteves Lima

SEXTA TURMA

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

Presidente Ministro Paulo Gallotti
Ministro Nilson Naves
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Paulo Medina
Ministro Hélio Quaglia Barbosa

COMISSÕES PERMANENTES COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Presidente Ministro Humberto Gomes de Barros
Coordenador-Geral da Justiça Federal Ministro Ari Pargendler
Suplente Ministro Felix Fischer
Ministro Gilson Dipp

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Presidente
Ministro Nilson Naves
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Franciulli Netto
Suplente
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Presidente
Ministro Cesar Asfor Rocha
Ministro José Delgado
Ministro Paulo Gallotti
Suplente
Ministro Aldir Passarinho Junior

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente
Diretor da Revista
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Barros Monteiro
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministra Eliana Calmon
Ministro Francisco Falcão

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Corregedor-Geral
Efetivo
1º Substituto
2º Substituto
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Cesar Asfor Rocha
Ministro José Delgado

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Presidente
Vice-Presidente
Ministro Edson Vidigal
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

MEMBROS EFETIVOS

Coordenador-Geral da
Justiça Federal
Ministro Ari Pargendler
Ministro José Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Juiz Aloísio Palmeira Lima
Juiz Valmir Martins Peçanha
Juíza Annamaria Pimentel
Juiz Vladimir Passos de Freitas
Juíza Margarida de Oliveira Cantarelli

TRF 1ª Região
TRF 2ª Região
TRF 3ª Região
TRF 4ª Região
TRF 5ª Região

MEMBROS SUPLENTEs

TRF 1ª Região	Ministro Fernando Gonçalves
TRF 2ª Região	Ministro Felix Fischer
TRF 3ª Região	Ministro Aldir Passarinho Júnior
TRF 4ª Região	Juiz Mário César Ribeiro
TRF 5ª Região	Juiz Frederico José Leite Gueiros
	Juíza Diva Malerbi
	Juíza Marga Inge Barth Tessler
	Juiz Napoleão Nunes Maia Filho



FUNDAÇÃO VANZOLINI

CERTIFICADO DE SISTEMA DA QUALIDADE

A FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

certifica que o

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Elaboração das Publicações Oficiais do Superior Tribunal de Justiça

SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul – 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 9001: 2000

Sistemas de Gestão da Qualidade - Requisitos

Este certificado é válido até : 05 de novembro de 2006

Número do Certificado : SQ-4169

São Paulo, 10 de janeiro de 2005



PROC - SQ - M00906


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





FUNDAÇÃO VANZOLINI

QUALITY SYSTEM CERTIFICATE

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

hereby certifies that the

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preparation of official publications of the Superior Court of Justice

SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul – Brasília – DF – Brazil

has implemented and now maintains a

Quality System

A quality audit performed by Fundação Vanzolini has verified that this Quality System fulfills the requirements of the following standard :

NBR ISO 9001: 2000

Quality Management Systems - Requirements

This certificate is valid until : November 06th 2006

Certification Registration N° : **SQ-4169**

São Paulo, January 10th 2005



PROC - SQ - M00906

FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

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





FUNDAÇÃO VANZOLINI

CERTIFICADO DE SISTEMA DE LA CALIDAD

LA FUNDAÇÃO CARLOS ALBERTO VANZOLINI

certifica que el

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Elaboración de las publicaciones oficiales del Superior Tribunal de Justicia

SAFS Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul – Brasília – DF – Brasil

implementó y mantiene un

Sistema de la Calidad

A través de una auditoría de la Fundação Vanzolini fue comprobado que ese Sistema de la Calidad cumple los requisitos de la siguiente norma :

NBR ISO 9001: 2000

Sistemas de Gestión de la Calidad - Requisitos

Este certificado tiene validez hasta : 06 de noviembre de 2006

Número del Certificado : SQ-4169

São Paulo, 10 de enero de 2005



PROC - SQ - M00906

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 Quadra 06 Lote 01, Trecho III, Bloco F, 1º andar, Asa Sul
Brasília – DF – Brazil

For the following field of activities

Preparation of official publications of the Superior Court of Justice

has implemented and maintains a

Quality Management System

which fulfills the requirements of the following standard:

ISO 9001: 2000

Issued on: 2005-01-10
Validity date: 2006-11-06
Registration Number: BR-SQ-4169



Dr. Fabio Roversi
Presidente of IQNet

José Joaquim do Amaral Ferreira
Certification Director - FCAV



Fundação Vanzolini

PROC – SQ – M00906

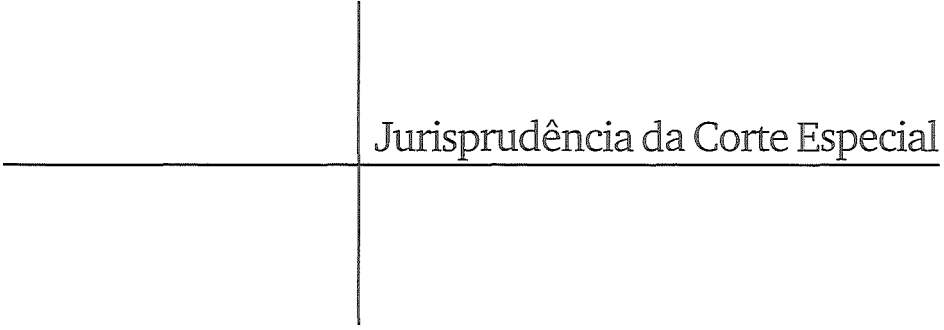
IQNet Partners*:

AENOR Spain AFAQ France AIB-Vincotte 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 KFO 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-Vincotte 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 Turma	67
	Segunda Turma	191
	Segunda Seção	255
	Terceira Turma	271
	Quarta Turma	333
	Quinta Turma	421
	Sexta Turma	521
I —	Índice Analítico	631
III —	Índice Sistemático	667
IV —	Siglas e Abreviaturas	673
V —	Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça.....	683



Jurisprudência da Corte Especial

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 1.296 — RJ
(2003/0221901-0)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama

Procuradores: Marcela Albuquerque Maciel e outros

Agravados: BS Colway Remoldagem de Pneus Ltda e outro

Advogados: Ricardo Alípio da Costa e outro

Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 200302010152085 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

EMENTA

Agravo regimental em suspensão de segurança. Suspensão e razões de mérito — não-conhecimento. Alegações de lesão à ordem e à saúde públicas não demonstradas. Proibição da importação de carcaças de pneus usados e abrangência da Resolução Conama n. 258/1999 — sede inadequada.

1. A sede de suspensão de segurança não se presta ao conhecimento de razões de mérito do mandado de segurança;

2. As alegações de lesão à ordem e à saúde públicas devem vir acompanhadas de fatos, perceptíveis de pronto, que lhes dêem sustentabilidade;

3. A proibição da importação de carcaças de pneus usados e a abrangência da Resolução Conama n. 258/1999 devem ser decididas nas instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental não provido.

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 Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram

com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: A empresa BS Colway Remoldagem de Pneus Ltda e outro impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Diretor do Departamento de Operações de Comércio Exterior — Decex, objetivando a expedição de licenças de importação de carcaças de pneus, utilizadas pelas impetrantes como matéria-prima na fabricação de pneus remoldados, cujo indeferimento da ordem implicaria na inviabilização da empresa e na demissão de mais de 500 (quinhentos) funcionários, além de comprometer outros 3.000 (três mil) empregos indiretos.

Distribuído o feito ao Juízo Federal da 24ª Vara do Rio de Janeiro, o pedido de liminar foi denegado.

Interpuseram as impetrantes, então, agravo de instrumento, que apreciado pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Dr. Raldênio Bonifácio Costa, deferiu-lhe o efeito suspensivo ativo, para determinar à autoridade coatora que expedisse as licenças de importação requeridas pelas agravantes, até decisão final do mandado de segurança. Assentou-se essa decisão na Portaria Secex n. 02/2002, que permite a importação de pneus remoldados de países integrantes do Mercosul.

Diante disso, requereu o Ibama suspensão de segurança a esta Presidência, fundamentando-a na Lei n. 4.348/1964, art. 4º, e alegando grave lesão à ordem e à saúde públicas.

Após a decisão do Desembargador Federal do TRF da 2ª Região, esclareça-se, o Ibama foi integrado à lide como litisconsorte passivo necessário pelo MM. Juiz da 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro, estendendo-lhe, por conseguinte, os efeitos da liminar concedida, para determinar ao Diretor de Licenciamento e Qualidade Am-

biental do Ibama que não impusesse “obstáculos ao licenciamento dos pedidos de importação formulados por BS Colway Remoldagem de Pneus Ltda e Casa Amaro Remoldagem de Pneus Ltda” (fls. 195 e 196).

Pronunciou-se a BS Colway Pneus Ltda às fls. 162/188.

Apreciando o pedido formulado pelo Ibama, o Ministro Nilson Naves o indeferiu, embasando-se nas seguintes razões:

“Não merece prosperar o pleito, visto que, conforme bem asseverou o Juiz da 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em um primeiro instante, a liberação da importação de material poluente como os pneumáticos e sua manutenção em território nacional assusta, todavia, diante do caso concreto, verifico que a decisão vergastada não tem o condão de causar dano ao meio ambiente.

Na hipótese, não se me afigura a alegada lesão à saúde pública. A empresa requerida logrou êxito em demonstrar que cumpriu cabalmente o disposto na Resolução Conama n. 258/1999, ou seja, deu finalidade ambientalmente adequada a 5.400.000 unidades de pneus inservíveis para poder importar quantia proporcional de pneus usados.

Ademais, conforme consta dos autos, o Decreto n. 4.492/2003 permite a importação de pneumáticos reformados originários dos países componentes do Mercosul, o que, por si só, descaracteriza a lesão ao meio ambiente e à saúde pública. Se a União permite a importação de pneus reformados daqueles países sem nenhum benefício ao meio ambiente nacional, menos razão assiste ao requerente no caso da impetrante, pois, segundo noticiado nos autos, a empresa vem cumprindo além do necessário a sua contrapartida na destruição de pneus inservíveis e vem desempenhando papel de destaque no desenvolvimento de projetos ligados à melhoria da qualidade de vida da população paranaense, em especial dos ligados ao meio ambiente.

Ressalto, ainda, que as carcaças de pneus constituem matéria-prima imprescindível ao regular seguimento da atividade industrial da impetrante, portanto caracterizado está o **periculum in mora** inverso.

Persevero na linha do entendimento expedido ao despachar precedentes, tais como SS ns. 887, 890 e 924, no sentido de que a controvérsia não desborda das relações entre as partes, ou seja, não ostenta potencial capaz de atrair a atuação desta Presidência.

Em verdade, a causa de pedir tem lastro no inconformismo da parte diante de decisão desfavorável, o que a induziu a valer-se da expedida via da suspensão de segurança para tentar reformá-la.

Isto posto, indefiro o pedido.” (Fl. 366/367 — grifo do original)

Vem agora o Ibama com este Regimental, afirmando de início que a decisão desta Presidência tem efeitos satisfativos e irreversíveis ao meio ambiente, não sendo correto aduzir que os impetrantes vêm obedecendo ao disposto na Resolução Conama n. 258/1999, mesmo porque há vedação normativa à importação de pneus usados (Resolução Conama n. 23/1996, art. 2º), e os resíduos da remodelagem dos pneus não são aproveitados, constituindo “refugio ao meio ambiente com graves danos à saúde pública e ao meio ambiente equilibrado” (fl. 373).

Lembra o Ibama que a Resolução Conama n. 258/1999, dirige suas disposições ao tratamento ambiental dos pneus novos importados ou produzidos no País, não contemplando os pneus usados importados; que o STF já julgou em controle difuso, a legitimidade da Portaria n. 08/1991 do Decex, que em seu art. 27 proíbe a importação de bens de consumo usados; que só com a Resolução Conama n. 301, art. 12-A, no caso de importação de pneus usados viabilizada por decisão judicial, passaram as empresas a serem obrigadas a cumprir com o previsto na Resolução Conama n. 258/1999; que o aproveitamento dos pneus usados na fabricação de remoldados é de cerca de 40%, constituindo os demais resíduos a serem dispostos na natureza; e que o País já possui matéria-prima suficiente para atender o consumo das empresas de remodelagem de pneus.

Intervém, em seguida, a empresa BS Colway Pneus Ltda às fls. 396/421.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, as razões recursais expostas pelo agravante não permitem a modificação da decisão proferida pelo Ministro Naves, que não vislumbrou na concessão do efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento pela instância inferior ameaça de lesão à ordem e à saúde públicas.

Os argumentos utilizados pela autarquia ambiental em seu regimental, a grosso modo, ou se referem ao mérito do mandado de segurança, cujo conhecimento em suspensão de segurança não se cogita, ou em afirmações desacompanhadas de elementos que as sustentem.

As alegações de lesão à ordem, à saúde e ao meio ambiente, devem vir seguidas por fatos, perceptíveis de pronto, que lhe dêem sustentabilidade, plausibilidade e verossimilhança, não bastando aduzir que é proibida a importação de pneus usados, que a Resolução Conama n. 258/1999 não vem sendo cumprida pela empresa e que o processo de remodelagem produz resíduos sem destinação.

A questão da proibição vai ser decidida pelas instâncias ordinárias, assim como o não-cumprimento da Resolução Conama n. 258/1999.

Quanto a este último ponto, esclareço que a decisão impugnada quando afirma que a Resolução Conama n. 258/1999 vem sendo cumprida, entende que as agravadas, em contrapartida às suas atividades industriais, vêm dando destinação ambientalmente adequada, em número igual aos importados, aos “pneus inservíveis” que se encontram em território nacional, destinando-os à produção, em coprocessamento com o xisto, de óleo e gás combustíveis, além de enxofre (usado na agricultura, na indústria farmacêutica e na de vulcanização), em empreendimento da Petrobrás, denominado Superintendência de Industrialização do Xisto — SIX, devidamente licenciado pelo Instituto Ambiental do Paraná — IAP, o que é confirmado inclusive por parecer técnico do Ibama (Parecer Técnico n. 001/2002 — NLA — Ibama — PR), juntado aos autos pelas empresas, às fls. 220/222. Não procede, num primeiro momento, outrossim, a alegação de que a importação vem aumentando o passivo ambiental do País.

Não há, aliás, em nenhuma das intervenções da autarquia ambiental, o relato de qualquer autuação por sua parte ou pelo órgão estadual de meio ambiente, contra as agravadas, em decorrência da destinação inadequada de resíduos do processo de fabricação de pneus remoldados. O mesmo se deve dizer em relação às carcaças importadas descartadas do processo de remoldagem.

Ademais, vislumbro nos argumentos do Ibama contradição de difícil superação, pois as empresas sediadas em outros países do Mercosul podem importar pneus usados dos países industrializados para vendê-los posteriormente, já remoldados, ao Brasil, sem nenhuma garantia de cumprimento com as exigências da Resolução Conama n. 258/1999. Já as empresas aqui sediadas, segundo o Ibama, não o podem, mesmo quando venham a dar destinação adequada às carcaças pneumáticas inservíveis nacionais. Há, sem dúvidas, de se procurar outra solução que seja justa e isonômica para todos.

Por fim, quanto aos efeitos satisfativos e irreversíveis da decisão agravada, permaneço com as razões nesta expostas, pois a sua reforma poderia significar o encerramento de empresas e postos de trabalho, sem que isso pudesse significar melhorias ambientais para o País.

Assim, pelo não-provimento do Agravo.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA
ANTECIPADA N. 55 — RS (2003/0224273-4)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: União

Agravados: Antônio Carlos Soares Pereira e outros

Advogados: Severino Dias Bezerra e outros

Requerido: Desembargador-Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 200304010362370 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Não-exaurimento de instância. Grave lesão à ordem pública, jurídica e econômica não configurada.

1. É exigível o prévio esgotamento de instância para que se possa ter acesso à excepcional medida de contracautela de que cuida a Lei n. 8.437/1992, art. 4º, Lei n. 8.038/1990, art. 25, que fixa a competência desta Presidência para conhecer do pedido de suspensão apenas de ato judicial de única ou última instância. A União pediu a suspensão de antecipação da tutela concedida em agravo de instrumento por Desembargador-Relator, ao deferir efeito suspensivo ativo. Não julgado o agravo interno ou o agravo de instrumento. Em consequência, não está ainda fixada a competência do Presidente do Superior Tribunal para conhecer do pedido, por ser incabível para esta Corte, nessa fase processual, qualquer recurso.

2. No âmbito especial da suspensão de tutela antecipada, cujos limites cognitivos prendem-se à verificação das hipóteses expressas na Lei n. 8.437/1992, art. 4º, descabem alegações relativas às questões de fundo.

3. Agravo regimental não provido.

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 Nilson Naves, Barros Mon-

teiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 20.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Militares da reserva remunerada do Exército, Antônio Carlos Soares Pereira e outros ajuizaram ação ordinária com pedido de tutela antecipada, objetivando restabelecer o adicional de inatividade, recebido até dezembro/2000, que fora suprimido de suas remunerações pela MP n. 2.131/2000, atualmente MP n. 2.215/2001.

Indeferida a liminar pelo Juízo de primeiro grau (fls. 067/070), agravaram os autores, obtendo no TRF — 4ª Região, através do Relator do agravo de instrumento, Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, o efeito suspensivo ativo, com o conseqüente provimento antecipatório para: “... ordenar o restabelecimento do pagamento do adicional de inatividade previsto na Lei n. 5.774/1971, com os percentuais fixados pela Lei n. 9.367/1996, considerando o tempo de serviço de cada agravante” (fls. 254/255).

Daí a União requereu, com base em grave lesão à ordem pública jurídica, administrativa e à econômica, suspensão de tutela antecipada, Lei n. 8.437/1992, Lei n. 8.038/1990, art. 25 e RI/STJ, art. 271 c.c. o art. 21, XIII, **b**, visando o sobrestamento da tutela antecipada concedida, pelo Relator, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2003.04.01.036237-0, em trâmite no TRF — 4ª Região.

Noticiou a União a interposição do agravo interno impugnando essa decisão, mas não o seu julgamento.

Sustentou aqui, que:

“pretendendo os autores requeridos o restabelecimento do pagamento do adicional de inatividade, suprimido pela atual MP n. 2.215-10/2001, estão a pleitear vantagem não mais amparada pelo ordenamento jurídico vigente,

que, por sua vez não lhes assegura o direito à inalterabilidade do regime jurídico de cálculo da remuneração, caso em que devem ser mantidos os valores que vinham sendo pagos, por força do inafastável princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos” (fls.8/9);

— “além de o direito material militar em desfavor dos autores, conforme já explicitado, há também, a manter-se a decisão ora impugnada, lesão à atividade da Administração que, norteada pelos princípios da legalidade e moralidade constitucionais, dentre outros, apenas aplicou as disposições da atual MP n. 2.215-10” (fls.11/12);

— “além da falta de amparo legal à concessão do pleito dos autores, exsurge, caso mantido o “**decisum** cuja suspensão ora é buscada, lesão à economia pública, pelo caráter das verbas em discussão e pelo efeito multiplicador das demandas, a causarem o perigo da demora inverso, bastante desfavorável à União” (fl. 16).

O pedido foi indeferido pelo então Presidente desta Corte, Ministro Nilson Naves, assim:

“Como é consabido, para o deferimento da extrema medida política, é necessário sopesar os efetivos danos aos valores escudados pelo art. 4º da Lei n. 4.438/1964, a saber: ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Na espécie, não me parecem presentes os requisitos autorizadores da concessão da extrema medida política; os temas de índole processual e meritória devem ser discutidos nas instâncias ordinárias, porquanto não há, nos estreitos limites da suspensão, espaço para debatê-los a pretexto de resguardo da ordem jurídica.

A princípio, também, não se me afigura existir lesão à ordem econômica em virtude dos valores aqui tratados. Quanto à ocorrência do efeito multiplicador, neste momento se presume apenas como hipótese.

Isso posto, indefiro o pedido” (fls. 210/211).

Torna a União, agora, via agravo interno, insistindo na lesão à ordem pública jurídica e administrativa, vez que incabível o restabelecimento do pagamento do adicional de inatividade, suprimido pela MP n. 2.215-10/2001, vantagem não mais amparada pelo ordenamento jurídico vigente, como igualmente não assegura a lei “o direito à inalterabilidade do regime jurídico de cálculo da remuneração, caso em que devem ser mantidos os valores que vinham sendo pagos, por força do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos” (fl. 222). Cita precedentes desta Corte, REsp n. 447.786/RS, DJ de 21.10.2002; ROMS n. 16.185/PE, DJ 1º.09.2003.

Aduz que foi indeferido o pedido dos autores em primeiro grau, porque teria apenas ocorrido “mudança de sistema e nomenclatura do adicional de inatividade, não havendo direito adquirido a regime jurídico, senão que valores pagos mensalmente, de modo que a União pode alterar a estrutura remuneratória dos seus servidores e militares, desde que essa alteração não implique redução dos valores ordinariamente recebidos” (fl. 225).

A lesão à ordem administrativa veio pelo prisma de que a Administração, norteadada pelos princípios constitucionais da legalidade e moralidade, apenas aplicou as disposições da atual MP n. 2.215-10/2001. Assim, ferida a legislação que a rege, “cuja finalidade maior é, conferindo prerrogativas ao Poder Público em juízo, proteger o Erário de decisões sobre as quais ainda não paira pronunciamento definitivo” (fl. 229). Houve, no mínimo, acrescência, pagamento antecipado de vantagem pecuniária, que esgotou totalmente o objeto da ação, incidindo nas vedações das Leis ns. 5.021/1966, art. 1^ª, § 4^ª e Lei n. 8.437/1992, art. 1^ª, § 3^ª.

Alega ser defeso ao Judiciário, “sob pena de desarmonia entre os Poderes, conceder vantagem já extinta e devidamente substituída pelo Executivo, no exercício de seu excepcional poder legiferante”, CF, art. 59, V c.c. o art. 62 (fl. 229).

Afirma a lesão à ordem econômica com o perigo na demora inverso, porquanto a decisão guerreada colocou “indevida e indesejadamente o interesse privado em detrimento do público, mormente quando se está em discussão apenas uma pequena parcela dos proventos dos autores” (fl. 231). Somando-se a isso, a probabilidade de reiteração de demandas, o que remete ao denominado efeito multiplicador.

Além do mais, argumenta, há a irreversibilidade do provimento antecipatório, vez que, “sendo o adicional de inatividade parcela da remuneração, reveste-se do caráter alimentar e, portanto, não se sujeita a devolução, sendo irrepetível” (fl. 232).

Impugnação dos agravados às fls. 245/253.

Manifestação do Ministério Público Federal pelo não-conhecimento, ou se conhecido, pelo não-provimento, fls. 236/240.

Não reconsiderarei.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, ao indeferir o pedido de suspensão de tutela antecipada, o então Presidente desta Corte, Ministro Nilson Naves, considerou não demonstrada afronta grave a pelo menos um dos

valores albergados na Lei n. 8.437/1992, art. 4º: ordem, saúde, segurança e economia públicas; bem como não justificado o temor do chamado efeito multiplicador.

Releva que não se tem informação se o agravo interno interposto pela União para atacar a decisão proferida pelo Relator do Ag n. 2003.04.01.036237-0/RS, concessiva da antecipação da tutela (indeferida no Juízo singular), já foi julgado, ou o próprio agravo de instrumento.

No particular, impende lembrar que, uma vez deferida, em segundo grau, a antecipação da tutela no agravo de instrumento tirado contra seu indeferimento em primeiro grau, para a admissão do pedido de suspensão aqui no STJ, seria necessário o prévio julgamento ou do agravo interno aviado contra tal indeferimento ou do próprio agravo, ou seja, exige-se a manifestação do colegiado da Corte de origem, para viabilizar o ajuizamento do pedido de suspensão perante este Superior Tribunal de Justiça, **ex vi** Lei n. 8.437/1992, art. 4º c.c. a Lei n. 8.038/1990, art. 25.

Expressa a Lei n. 8.437/1992, art. 4º: “Compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

E mais, a Lei n. 8.038/1990, que instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, traz outras exigências para permitir o seu ajuizamento nessas Cortes superiores, **verbis**:

“Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal”.

A decisão que se quer ver suspensa foi proferida por Des. Federal Relator, nos autos do agravo de instrumento, sendo o TRF — 4ª Região competente para apreciar o recurso. Após seu julgamento pelo colegiado, seria admissível, em tese, o ajuizamento do pedido de suspensão de tutela antecipada, que não constitui meio processual substitutivo do recurso adequado.

No caso aqui, emerge incontestável a incompetência desta Presidência para suspender a tutela antecipada, tendo em vista a impossibilidade de se aferir se já fora julgado o agravo ou, ainda, se houve o trânsito em julgado dessa decisão ou da monocrática impugnada, pelo que impossibilitada estaria a interposição de recurso apto a atrair o exame dessa questão pelo STJ.

Nesse mesmo sentido já se decidiu no Supremo Tribunal, na STA n. 11/PE: “A teor do que dispõem os artigos 25 da Lei n. 8.038, de 1990, e 297, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Presidente desta Corte está autorizado a suspender execução de liminar ou decisão definitiva de segurança concedida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando a controvérsia contiver índole constitucional. 7. Pretende o requerente que seja suspensa a decisão monocrática do Desembargador-Relator do Tribunal de Justiça, recorrível ao Pleno, pela via do agravo regimental. Não oposto o recurso, já não se trata de decisão de última instância, fato que revela a incompetência do Presidente desta Corte para suspender a antecipação da tutela. Assim, ausente o pressuposto processual indispensável à fixação da competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, com base nas disposições do artigo 13, XVII, combinadas com as disposições do artigo 21, ambos do RISTF, indefiro o pedido” (j. 02.03.2004).

É, portanto, exigível o prévio esgotamento de instância para que se possa ter acesso à excepcional medida de contracautela de que cuida a Lei n. 8.437/1992, art. 4º, não se cuidando aqui de ato judicial de única ou última instância, e razão por si só suficiente ao não-provimento deste Agravo. Em consequência, não está ainda fixada a competência do Presidente do Superior Tribunal para conhecer do pedido, por ser incabível para esta Corte, nessa fase processual, qualquer recurso.

A propósito a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada. Liminar concedida. Suspensão da execução. Pressupostos. Decisão de última ou única instância. Regimento interno. Força de lei. Recepção pela nova ordem constitucional.

1. Suspensão da execução de liminar. Lei n. 8.038/1990, artigo 25, e RISTF, artigo 297. Legislação especial que, de modo explícito, não inseriu na competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal o poder de suspender a execução de liminares concedidas por Tribunal Superior. 2. *Para o deferimento do pedido indispensável que se trate de decisão proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.* Ademais, necessária que a causa tenha por fun-

damento matéria constitucional e que haja a demonstração inequívoca de que a execução imediata do provimento liminar causará grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia. Precedente. 3. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade. Alegação improcedente. As disposições do Regimento Interno da Corte foram recebidas pela Constituição, que não repudia atos normativos anteriores à sua promulgação, se com ela compatíveis. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STF, Pleno, AgRg na STA n. 10/PE, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ em 02.03.2004, grifei) Na mesma linha: SL n. 25/PR, DJ de 18.12.2003 e SL n. 23/CE, DJ de 10.12.2003.

Ainda que assim não fosse, não cabem ser examinadas na via da suspensão de liminar, sob pena de supressão de instância, ou de estar sendo utilizada a excepcional medida como sucedâneo de recurso, as razões de decidir do provimento judicial que deferiu essa antecipação da tutela. Eventuais ilegalidades, injustiças, **error in procedendo** e **error in iudicando** têm sede própria para deslinde.

Da mesma forma que antes não foi demonstrado como teria a antecipação da tutela, cuja suspensão foi almejada, causado grave lesão à ordem pública administrativa, jurídica ou à econômica, também neste agravo regimental não se demonstra a potencialidade de grave lesão às mesmas. A meu sentir, a decisão atacada não tem aptidão para provocar tal gravame, ao reconhecer que, “o caso em exame trata de simples manutenção de vantagem que já vinha sendo paga, não implicando aumento, extensão ou criação de uma nova” (fl. 196).

Assim, nego provimento ao agravo.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 459.945 — RS (2002/0078457-2)**

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Agravante: Defensoria Pública da União — Defensor Público

Advogado: Alexandre Lobão Rocha — Defensor Público

Agravado: Banco Meridional S/A

Advogados: Lizete Andreis Sebben e outro

Agravados: Cláudia Camargo dos Santos e outros

Advogados: Marlise Tutikian Minuzzo Nichele — Defensor Público e outro

EMENTA

Processual Civil. Agravo no agravo de instrumento. Defensor Público. Intimação. Atos decisórios do Superior Tribunal de Justiça.

— Na ausência de lei estadual que preveja a atuação da Defensoria Pública Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça, deverá ser intimada a Defensoria Pública da União para acompanhar, por intermédio dos Defensores de Categoria Especial, o julgamento dos recursos interpostos por Defensor Público Estadual, assim como para ciência das decisões e acórdãos proferidos nesta Corte.

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 constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto da Sra Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (RISTJ, art. 162 § 2º). Dispensado o voto do Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (RISTJ, art. 162 § 4º). Não votou o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que à época do início do julgamento não fazia parte da Corte Especial.

Brasília (DF), 18 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interposto pela Defensoria Pública da União, nos autos do agravo de instrumento interposto pelo Banco Meridional S/A, no qual proferi decisão conhecendo desse recurso para dar parcial provimento ao recurso especial e afastar a limitação em 12% ao ano dos juros remuneratórios em contrato de abertura de crédito em conta corrente.

Insurge-se a agravante contra a decisão que determinou sua intimação, em substituição à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta em suas razões que, ao contrário do que restou decidido por esta Corte Especial, quando da apreciação da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 378.377/RJ, de minha relatoria, de acordo com o disposto nos arts. 258 e 259, do RISTJ, c.c. os arts. 44, I, parte final, 111 e 128, I, da Lei Complementar n. 80/1994, quem deve ser intimado para acompanhar perante o Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos recursos interpostos por Defensores Públicos Estaduais é a Defensoria Pública do Estado, na pessoa do seu Defensor Público-Geral. Menciona, ainda, precedente do Supremo Tribunal Federal. Requer ao final:

“a) seja exercido o juízo de retratação para que se determine a intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, na pessoa do seu Defensor Público-Geral, a fim de, no âmbito de sua competência, designar Defensor para prosseguir no acompanhamento do feito, na forma dos arts. 111 e 128, I, da LC n. 80/1994;

b) caso superada a primeira hipótese, seja excepcionalmente atribuído efeito suspensivo ao agravo e submetido à apreciação da douta Terceira Turma, na forma regimental;

c) ou, ainda alternativamente e evidenciada a relevância da matéria, seja suscitada nova questão de ordem para reexame do tema pela egrégia Corte Especial.” (fls. 124/125)

É o breve relatório.

VOTO

A questão mostra-se relevante em razão da conduta da Defensoria Pública da União, que vem apresentando reiterados recursos ao STJ com o objetivo de rediscutir questão já decidida à unanimidade por esta Corte Especial e, conseqüentemente, vem deixando de atuar no interesse daqueles que são por ela representados.

A controvérsia acerca de quem deve ser intimado para acompanhar o julgamento de recurso interposto por Defensor Público Estadual para o STJ foi apreciada na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 378.377/RJ, de minha relatoria, tendo restado decidido que:

“A Defensoria Pública, prevista na LC n. 80/1994, é instituição que visa concretizar o comando constitucional da assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV) de forma ampla. À semelhança do Ministério Público, rege-se pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

A fim de bem cumprir sua função, a instituição está organizada e dividida em Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios e dos Estados (art. 2º, I, II e III, da LC n. 80/1994), cada qual com suas atribuições.

Com relação à Defensoria Pública da União, tem-se que é composta pelos Defensores Públicos da União de 2ª Categoria, de 1ª Categoria e de Categoria Especial, cada qual com atribuições próprias, consoante os arts. 20 a 22 da LC n. 80/1994. Notadamente, cumpre aos Defensores da Categoria Especial, atuar junto ao Superior Tribunal de Justiça, como assevera o art. 22:

“Os Defensores Públicos da União de Categoria Especial atuarão junto ao *Superior Tribunal de Justiça*, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Superior Tribunal Militar”. (Grifou-se)

Por sua vez, o art. 106 do referido Diploma Legal, define o âmbito de atuação da Defensoria Pública dos Estados, e seu parágrafo único determina que:

“À Defensoria Pública do Estado caberá interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis.”.

Nesse passo, esclarece o art. 111:

“O Defensor Público do Estado atuará, na forma do que dispuser a legislação estadual, junto a todos os Juízos de 1ª grau de jurisdição, núcleos, órgãos judiciários de 2ª grau de jurisdição, instâncias administrativas e Tribunais Superiores (art. 22, parágrafo único).”.

Vislumbra-se, assim, aparente conflito entre essas normas, ao distribuírem entre os defensores públicos da União e dos estados, as tarefas de recorrer aos Tribunais Superiores e de acompanhar os processos perante estas Cortes.

O tema foi objeto de aguçado exame pelo STF nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 237.400/RS, publicado in DJ de 24.11.2000, ficando decidido que os Defensores Públicos Estaduais podem interpor recurso para os tribunais superiores, porém, seu julgamento deverá ser acompanhado pela Defensoria Pública da União, a não ser que lei estadual preveja o contrário, de acordo com o art. 111 da LC n. 80/1994.

Confirmam-se os fundamentos do voto do eminente Relator Ministro Ilmar Galvão:

“(…) a Lei Complementar n. 80/1994, no **caput** do artigo 14, após especificar a área de atuação da Defensoria Pública da União, prevê, no § 1º, a celebração de convênio com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal para que essas façam suas vezes junto aos diversos

órgãos jurisdicionais federais, e, no § 3º, estabelece que a prestação da assistência judiciária perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores não constituirá atribuição privativa da Defensoria Pública da União, *não estando excluída, portanto, a atuação da Defensoria Pública estadual perante a Corte Suprema, atuação que, todavia, está condicionada à previsão contida em lei estadual (art. 111)*. Daí, justamente, o veto ao parágrafo único do art. 22, dispositivo que se achava em antinomia com o referido artigo.

Atuação dessa natureza, por outro lado, terá, sempre, caráter excepcional, visto que o § 3º do mencionado art. 14 tem por preferencial a prestação de assistência judiciária pela Defensoria Pública da União, perante o STF; enquanto os arts. 106 e 108 atribuem à Defensoria Pública do Estado a defesa dos necessitados no âmbito judicial da respectiva unidade federada, competindo-lhe, obviamente, *interpor os recursos cabíveis para qualquer Tribunal (art. 129, VII), o que abrange, por óbvio, os Tribunais Superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal.*” (Grifou-se)

Ressalte-se que, quando foi julgada a questão, perante o Pretório excelso, a Defensoria Pública da União sequer estava implantada, se não em caráter emergencial (Lei n. 9.020/1995). Atualmente, entretanto, os cargos da Defensoria Pública da União estão providos, com a nomeação de mais de 80 candidatos aprovados no concurso realizado em junho de 2001 (edital n. 1/2001 — DPU, de 07 de junho de 2001), e suas atividades já se encontram adequadamente organizadas. Portanto, com muito mais razão, agora, mostra-se correta a conclusão ostentada no citado precedente.

Ademais, enquanto os defensores públicos estaduais têm grande dificuldade em acompanhar os processos em trâmite perante o STJ, até mesmo pela distância, a Defensoria Pública da União conta com defensores específicos para atuarem nesta Corte de Justiça, e possui acesso facilitado a todos os Tribunais Superiores, o que lhes dá mais e melhores meios de promover a devida assistência judiciária à parte necessitada.

É de se ponderar, ainda, que, consoante entendimento pacificado nesta Corte, (do qual se registra, recentemente, o Ag n. 376.841/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 07.05.2002), os defensores públicos são intimados, das decisões proferidas nos tribunais superiores, apenas por meio de publicação no Diário da Justiça.

Assim, caso se considerem obrigados os defensores públicos estaduais a acompanharem os julgamentos realizados no âmbito do STJ, estes deverão

passar a acompanhar o Diário da Justiça, além do órgão de publicação respectivo do estado em que atue, em sobrecarga do cumprimento de sua já árdua função.

Dessa forma, na ausência de lei estadual que preveja a atuação da Defensoria Pública Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça, deverá ser intimada a Defensoria Pública da União para acompanhar, por intermédio dos Defensores de Categoria Especial, o julgamento dos recursos interpostos pelo Defensor Público Estadual, e, inclusive para ciência das decisões e acórdãos proferidos nesta Corte.”

O argumento central da agravante é no sentido de que, quando do julgamento da aludida questão de ordem, não pôde a Defensoria Pública da União manifestar-se de forma a expor os fundamentos de natureza constitucional que considera relevantes e que não foram abordados.

Referindo-se ao veto do Presidente da República ao parágrafo único do art. 22 da Lei Complementar n. 80/1994, alega a agravante que o propósito da referida legislação é o de que nos processos oriundos dos Estados, nos quais a Defensoria Pública Estadual vem atuando desde o início do processo, esta continue atuando na defesa do assistido de forma a evitar mera defesa formal dos necessitados.

Tal argumento não merece prosperar, porquanto naquela ocasião esta Corte apreciou recurso da própria agravante, no qual teve a oportunidade de expor todos os argumentos que entendia relevantes, não havendo que se falar em impossibilidade de manifestação e, ainda, porque o veto ao parágrafo único do aludido dispositivo foi objeto de apreço pela Corte Especial conforme se depreende da transcrição supra.

Ressalte-se, ainda, que o **Habeas Corpus** n. 81.958/RJ, STF, Relator Ministro Maurício Corrêa, ao qual a Defensoria Pública da União se refere em suas razões, trata de tema distinto do aqui abordado, uma vez que se discute no referido precedente, tão-somente, a obrigatoriedade de intimação pessoal do Defensor Público de todos os atos processuais, em processo de qualquer instância de julgamento.

De fato, extrai-se do voto condutor daquele julgado o seguinte trecho:

“O § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/1950, acrescentado pela Lei n. 7.871/1989, prevê a intimação pessoal do Defensor Público para todos os atos do processo, em ambas as instâncias, com prazo em dobro. Esse enunciado veio a ser inserido como prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Estado, consoante o disposto no inciso I do artigo 128 da Lei Complementar n. 80/1994.

Dúvida não há sobre a obrigatoriedade de intimação pessoal do Defensor Público, de todos os atos processuais, em processo de qualquer instância de julgamento, sendo que no primeiro dia útil após a intimação pessoal é que começa a contagem do prazo respectivo.

Para a hipótese trazida à discussão, resta ineficaz a publicação do acórdão do HC n. 14.430, no DJ de 09.04.2001, conforme precedente desta Corte cuja ementa tem o seguinte teor:

(**omissis**).”

Por outro lado, mister se faz consignar que o tema aqui tratado foi objeto de apreço pelo Pretório excelso em 29.10.2002, quando do julgamento do **Habeas Corpus** n. 82.118-9, cujos fundamentos do voto condutor, em razão da relevância, passo a transcrever:

“A jurisprudência desta Corte tem-se manifestado reiteradamente no sentido de que o defensor público, ou o ente encarregado dessa função, por imposição legal, e tendo em vista a ampla defesa, deve ser intimado pessoalmente do julgamento em **habeas corpus**, mesmo que processado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesses casos, concede-se o *writ* para, anulando o trânsito em julgado, determinar a intimação pessoal, reabrindo-se o prazo recursal.

Na espécie, sustenta o parecer a desnecessidade da medida, haja vista a possibilidade de substituição do recurso ordinário por impetração originária, que não poderia deixar de ser conhecida.

Razoável o argumento suscitado, que, aparentemente, poderia dar a impressão de que entendimento contrário implicaria a valorização demasiada da forma em detrimento da finalidade do ato.

Fico, contudo, com a orientação já assentada por esta Corte, seja por estar-se diante de prerrogativa expressamente prevista por lei, seja para não legitimar procedimento que se repetido poderá causar prejuízo em outros **habeas corpus** impetrados por defensores públicos que, diante da ausência de intimação, fiquem sem conhecimento do resultado do julgamento, adiando, ou até perpetuando, eventual constrangimento ilegal.

Por outro lado, sempre poderá haver o interesse na oposição de embargos declaratórios para suprir eventual dúvida, contradição ou omissão do julgado.

Necessária, portanto, a anulação do trânsito em julgado e restituição do prazo recursal ao defensor.

Na hipótese, porém, a intimação deve ser feita à Defensoria Pública da União.

Em casos semelhantes, determinou-se a intimação da Defensoria Pública Estadual. Tal medida, contudo, se choca ao fato de não estar, à época, organizada a Defensoria Pública da União, não estando providos os cargos de seu quadro pessoal permanente. Foi o que consignei no HC n. 79.954, impetrado em favor da mesma paciente, em que também se discutia acerca da intimação pessoal de defensor.

Extrai-se do mencionado acórdão:

“segundo o disposto no art. 128 da referida lei complementar, entre as prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado encontra-se a de ‘receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos’ (inciso I).

Ora, sendo a Defensoria uma instituição, essencial à função jurisdicional em um País que a cada dia vê crescer o número de necessitados, impõe-se, na medida do possível, facilitar-lhe o ofício. E foi o que fez a lei complementar.

Oportuno trazer a lume o que consta dos arts. 4 e 22 da mesma lei:

“Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

(...)

Art. 22. Os defensores públicos da União de Categoria Especial atuarão junto ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Superior Tribunal Militar”.

Sucedo que ainda não se encontra organizada a Defensoria Pública da União, tendo em vista que não foram providos os cargos que integram o seu Quadro Permanente de Pessoal. Foi ela implantada apenas, “em caráter emergencial e provisório”, pela Lei n. 9.020, de 30.03.1995, que dispôs sobre os cargos de Defensor Público-Geral da União e Subdefensor Público-Geral da União, facultando a eles, inclusive, a requisição irrecusável de servidores da Administração Federal (art. 4º, parágrafo único).

Em sessão de 15.02.2000, esta Turma julgou a *Questão de Ordem no Ag. 237.400* e decidiu a quem deveria ser feita a intimação pessoal do

despacho que negara seguimento ao agravo de instrumento, para eventual interposição do recurso cabível.

(...)

O voto deste Relator, acolhido à unanimidade, registrou:

“Sustenta o Defensor Público-Geral da União que, apesar da previsão legal no sentido de que ‘o Defensor Público Geral atuará junto ao Supremo Tribunal Federal’ (art. 23 da LC n. 80/1994), ‘a Defensoria Pública da União encontra-se, ainda, em fase de implantação em caráter emergencial e provisório’ (fl. 130), razão pela qual estaria impossibilitada de promover a defesa do assistido.

O acolhimento de tal pretensão, além de causar prejuízo ao recorrente e aos demais cidadãos que dependem deste serviço, estimularia a perpetuação dessa lamentável situação que passaria a ter o aval do Poder Judiciário.

Em que pesem as nobres considerações do Defensor-Geral, não se pode conceber que simplesmente o Estado se exonere de sua obrigação constitucional, mormente quando editada a Lei n. 9.020/1995, que, mesmo em caráter emergencial e provisório, dispõe sobre a implantação do órgão.

Ainda que de maneira limitada, a instituição está implantada. Possui Defensor e Subdefensor Público-Geral nomeados pelo Presidente da República e que percebem Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função (art. 14 da Lei Delegada n. 13, de 27 de agosto de 1992), além de contar com um quadro de 31 (trinta e um) defensores públicos provenientes da Justiça Militar.

Embora não se possa negar a dificuldade dos defensores em promover uma defesa satisfatória a seus assistidos, esta não é de todo intransponível a ponto de descaracterizar a finalidade do órgão, ainda mais quando lhe é facultada a requisição irrecusável de servidores da Administração Federal (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.020/1995).

Por outro lado, assiste razão ao Defensor Público-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que a defensoria estadual, além de impossibilitada de acompanhar os feitos junto aos Tribunais Superiores e a esta Corte, não dispõe de previsão legal para fazê-lo.

Ante o exposto, resolvo a questão de ordem no sentido de que a defesa do assistido seja promovida pela Defensoria Pública da União, na pessoa de seu Defensor-Geral, nos termos do art. 23 da Lei Complementar n. 80/1994, bem como das razões aqui explicitadas.

Assim, para que não haja prejuízo ao agravante, determino a renovação da intimação para eventual interposição de recurso.”

A situação dos autos, no entanto, é diversa, tendo em vista que não há Defensor Público da União de Categoria Especial indicado para atuar junto ao Superior Tribunal de Justiça, não havendo, portanto, como exigir a intimação da Defensoria Pública da União.

Entretanto, a inércia no provimento do cargo que atuará junto ao Superior Tribunal de Justiça não pode chegar ao ponto de gerar prejuízo à defesa dos réus necessitados, como é o caso da paciente.”

Entretanto, tal situação não perdura. Com efeito, atualmente, os cargos da Defensoria Pública da União estão providos, com a nomeação de mais de oitenta candidatos aprovados no concurso realizado em junho de 2001 (Edital n. 01/2001 — DPU, de 07.06.2001), e suas atividades já se encontram adequadamente organizadas (cf. Ato Normativo n. 01/2002 e Portaria n. 04/2002).

Por essa razão, decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (QO no AI n. 387.377/RJ.) que as intimações passassem a ser feitas à Defensoria Pública da União, consoante se depreende do Informativo n. 140 daquele Tribunal que noticia:

“Questão de ordem. Defensoria Pública. Intimação.

Trata-se de questão de ordem remetida pela Segunda Seção, de matéria pertinente a todas as Seções (art. 34, IV, do RISTJ), que consiste em saber quem deve ser intimado para acompanhar o julgamento neste Tribunal de recurso interposto por defensor público estadual: se a Defensoria Pública da União ou o próprio defensor estadual. A Corte Especial decidiu que nesses casos deve ser intimada a Defensoria Pública da União. Precedente citado do STF: EDcl no Ag n. 237.400/RS, DJ de 24.11.2000. Ag n. 378. 377/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 1ª.07.2002.”

Esta orientação, como não poderia deixar de ser, passou a ser seguida no âmbito daquela Corte, como se verifica da decisão proferida no REsp n. 418.178, da qual se extrai:

“Apreciando questão de ordem, a Turma determinou a intimação da Defensoria Pública da União, em observância à decisão da Corte Especial quanto aos processos em que a parte está sob patrocínio de defensor público. Precedente citado: Ag n. 378.377/RJ. REsp n. 418.178/RS, Relator Ministro Fontes de Alencar, julgado em 27.08.2002 (ver Informativo n. 140).”

Com essas considerações, defiro, em parte, o **habeas corpus** para determinar que, afastado o trânsito em julgado da decisão impugnada, seja intimada pessoalmente a Defensoria Pública da União, para os devidos fins.”

Assim, ‘não merece reparos a decisão que determinou a intimação da Defensoria Pública da União.

Forte em tais razões, *nego provimento* ao presente agravo.

QUESTÃO DE ORDEM ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Nilson Naves (Presidente): A despeito de o Regimento Interno não permitir sustentação no julgamento do agravo e de V. Ex^a. esclarecer apenas matéria de fato, sendo o tema embaraçoso, importante, estou disposto a ouvir V. Ex^a.

QUESTÃO DE ORDEM ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, na questão de ordem trazida à Corte Especial, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 378.377, apesar de acompanhar a Relatora, tinha feito a ressalva de que, nos processos criminais, a configuração daquela decisão poderia ter repercussão não condizente com o que se havia decidido. Continuo compartilhando dessa dúvida.

O Supremo Tribunal Federal, na semana passada — claro que se trata de intimação pessoal do Defensor Público —, em dois ou três **habeas corpus** de Relatores diferentes anulou decisão da Quinta Turma por não ter promovido a intimação pessoal, em recurso especial, de defensor público originário. Não se trata exatamente da mesma matéria, mas estou trazendo a informação porque, no âmbito penal, aquela decisão da Corte Especial não está sendo utilizada na Quinta Turma, nem na Sexta Turma, como está me dizendo o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. E não se trata de desobediência à decisão da Corte, mas, por já ter sido alertado, talvez, de inaplicabilidade da questão geral em relação à matéria criminal.

É preciso que se examine com mais detalhe, para que não haja, também, decisões conflitantes. Esses são os esclarecimentos que trago à Corte Especial.

**QUESTÃO DE ORDEM
ESCLARECIMENTOS**

O Sr. Ministro Nilson Naves (Presidente): A Seção Criminal está entendendo que se impõe também a intimação do defensor no Estado?

**QUESTÃO DE ORDEM
ESCLARECIMENTOS**

O Sr. Ministro Gilson Dipp: O Supremo Tribunal Federal anulou decisões nossas por falta dessa intimação pessoal. Estamos retirando de pauta, determinando a intimação e trazendo de novo à pauta. E não estamos intimando Defensoria da União em nenhum processo de natureza penal.

**QUESTÃO DE ORDEM
ESCLARECIMENTOS**

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Esclareço para que todos os problemas venham a lume, para que nada fique estancado, dizendo-se que se trata apenas da área do Direito Privado. Mesmo que não sejam explicitamente relativas ao caso, quero trazer outras informações periféricas que ajudem a Corte Especial a pensar na matéria. Não estou contradizendo a posição de V. Ex^a., Ministra Nancy Andrighi, apenas estou trazendo, como disse, bem claro, informações.

**QUESTÃO DE ORDEM
ESCLARECIMENTOS**

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, em relação ao que disse o Sr. Ministro Gilson Dipp, é preciso que fique claro o seguinte: seja na ordem civil ou na criminal, estamos aplicando exatamente a mesma lei. Se a lei diz “intimação pessoal”, sem distinguir, por que valeria só no âmbito penal? Não há nenhuma diferenciação. A lei que estamos discutindo é rigorosamente a mesma.

EMENTA

Processual Civil. Defensoria Pública. Intimação. Causas oriundas dos Estados.

O Defensor Público tem a prerrogativa de ser intimado pessoalmente em qualquer grau de jurisdição. Contudo, a intimação, nesta Cor-

te Superior, deve ser feita à Defensoria Pública da União, salvo se lei estadual dispuser em contrário.

Voto-vista no sentido do desprovimento do acórdão.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União, inconformada com a sua intimação pessoal, em lugar do órgão de defesa estadual, que representa os agravados.

Entende a agravante que este Tribunal deve rever a decisão proferida na Questão de Ordem no Ag n. 378.377/RJ, pois o seu teor está de acordo com o texto vetado, do qual “conclui-se que a Corte Especial legislou especificamente sobre matéria que fora vetada em projeto de lei” (fl. 123).

Afirma que, em decisão recente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC n. 81.959/RJ, “reconheceu a prerrogativa dos membros da Defensoria Pública dos Estados consistente no recebimento de intimação pessoal em qualquer processo e *grau de jurisdição*” (fl. 124).

A egrégia Terceira Turma decidiu pela remessa dos autos a esta colenda Corte Especial.

A eminente Ministra Nancy Andrighi, Relatora do feito, negou provimento ao agravo com base em precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria.

Como se depreende da exposição acima, discute-se, neste agravo, a possibilidade de a intimação pessoal ser feita à Defensoria Pública da União em causas oriundas dos Estados, patrocinadas pelos Defensores Públicos Estaduais.

A Lei n. 1.060/1950, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, em seu art. 5º, § 5º, com a redação dada pela Lei n. 7.871/1989, estabelece:

“Nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”

Assim, na forma do dispositivo citado, o Defensor Público contava com a prerrogativa de ser intimado pessoalmente em ambas as instâncias, ou, em outras palavras, nas duas instâncias ordinárias.

Contudo, tal benesse não era estendida às instâncias extraordinárias, como decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal.

Veja-se a ementa desse acórdão:

”**Habeas corpus.** Réu condenado a oito anos de reclusão como incurso no art. 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal. Alegação de nulidade do processo, em virtude de cerceamento de defesa, por falta de intimação pessoal do Defensor Público. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que transitou em julgado, referente a recurso especial. Lei n. 7.871, de 09.11.1989, que introduziu o parágrafo 5º no art. 5º da Lei n. 1.060/1950. Intimação pessoal do Defensor Público, ou quem exerça o cargo equivalente, relativa a todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhe, em dobro, todos os prazos. Aplicação do dispositivo nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida. A regra legal em apreço não se estende ao recurso de natureza extraordinária (recurso especial, perante o STJ, e recurso extraordinário, no STF), no que concerne a intimação pessoal”

(HC n. 68.884/PR, Relator Ministro José Néri da Silveira, DJ de 05.03.1993).

Com o advento da Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994, foram ampliadas as prerrogativas dos Defensores Públicos, que passaram a ter o direito de receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição.

É o que consta dos seguintes artigos da citada lei:

“Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos;”

(...)

“Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos;”

O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, passou a entender que a intimação pessoal do Defensor Público se estendia a qualquer instância.

Transcrevo, entre outras, as seguintes ementas:

“Defensoria Pública: intimação pessoal: garantia que se estende à intimação em qualquer instância, incluídas, as de decisões do Superior Tribunal de Justiça”

(HC n. 81.668/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 26.04.2002).

“**Habeas corpus.** Penal. Processo Penal. Peculato. Intimação do Defensor Público. Seguimento ao REsp. Pena restritiva de direitos. A ausência da intimação pessoal do Defensor Público impede o trânsito em julgado da decisão. Precedentes do STF”

(HC n. 79.867/RS, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 20.10.2000).

Esta Corte, ao apreciar a Questão de Ordem no Ag n. 378.377/RJ, decidiu:

“Em questão de ordem, decidi a Corte Especial, por unanimidade, que nos processos oriundos dos Estados, há de ser intimada, no Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública da União” (fl. 127).

Naquela oportunidade, a ilustre Relatora já salientava que, **verbis**:

“Dessa forma, na ausência de lei estadual que preveja a atuação da Defensoria Pública Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça, deverá ser intimada a Defensoria Pública da União...”

O voto que proferi, acompanhando aquele entendimento, está assim redigido:

“Sr. Presidente, a solução da questão de ordem proposta pela ilustre Relatora há de ser solucionada tendo em conta os arts. 14 e 111 da Lei Complementar n. 80, de 1994. Diz o art. 14 que a Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e Instâncias Administrativas da União.

De outra parte, o art. 111 da citada lei estabelece que o Defensor Público do Estado atuará, na forma do que dispuser a Legislação Estadual, junto a todos os Juízos de Primeiro Grau de Jurisdição, Núcleos, Órgãos Judiciários de Segundo Grau de Jurisdição, Instâncias Administrativas e Tribunais Superiores (art. 22, parágrafo único).

Segundo salientado pela ilustre Relatora, o Supremo Tribunal Federal, em precedente do qual foi Relator o Sr. Ministro Ilmar Galvão, já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria e chegou à conclusão de que, salvo disposição em contrário da lei estadual, cabe ao Defensor Público da União acompanhar as causas de interesse em que atua a Defensoria Pública nos Tribunais Superiores, entre eles o Superior Tribunal de Justiça. Essa solução afigura-se também acertada.

Acompanho o voto da ilustre Relatora, determinando que seja intimada a Defensoria Pública da União da decisão que não conheceu do agravo de instrumento interposto pelo Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro”.

Analisei detidamente o acórdão do Supremo Tribunal Federal citado pela agravante e vi que não se examinou a matéria posta em discussão. Ali, apenas decidiu-se, com base em diversos precedentes daquela Corte, sobre a obrigatoriedade de intimação pessoal do Defensor Público, de todos os atos processuais, relativos a feitos em qualquer instância de julgamento, dando como o início do prazo o primeiro dia útil após a intimação pessoal do Defensor.

A matéria já foi objeto de discussão naquele egrégio Tribunal, que entendia ser prerrogativa do Defensor Público do Estado a intimação pessoal em qualquer grau de jurisdição.

Vejam-se as seguintes ementas:

”**Habeas corpus**. Defensor Público. Intimação pessoal. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

O Defensor Público que patrocina a defesa de réus necessitados, por imposição legal (LC n. 80/1994, art. 128, inciso I) e à vista da ampla defesa, deve ser intimado pessoalmente em **habeas corpus**, mesmo que processado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nulidade da intimação realizada sem a observância da referida regra.

Habeas corpus deferido”

(HC n. 79.954-0/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 28.04.2000).

”**Habeas corpus**. Penal. Processual Penal. Inclusão de recurso em pauta de julgamento. Publicação do acórdão. Defensor Público. Procurador do Estado. Intimação pessoal.

O Procurador do Estado, no exercício do **munus** de Defensor Público, deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo (Lei n. 1.060/1950, art. 5º, § 5º). Não é suficiente a intimação feita por publicação na imprensa oficial. No caso, não houve a intimação pessoal do Procurador do Estado da inclusão em pauta de julgamento do recurso especial por ele interposto. A falta de intimação pessoal de algum ato do processo acarreta nulidade. É nulo o próprio julgamento do REsp e os atos dele decorrentes. Inclusive o trânsito em julgado. **Habeas** deferido”

(HC n. 81.342/SP, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 20.11.2001).

”**Habeas corpus**. Homicídio. Intimação pessoal do Defensor Público do Estado em qualquer processo e grau de jurisdição: Pauta e acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

1. Ao defensor público do Estado foi concedida prerrogativa de ser intimado pessoalmente em qualquer processo e grau de jurisdição (artigo 128, I, da Lei Orgânica da Defensoria Pública — Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994).

(HC n. 80.104-8/RJ, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 15.03.2002).

Contudo, em julgado recente, aquela Corte decidiu que a intimação há de ser feita à Defensoria Pública da União.

Veja-se a ementa deste acórdão:

“Decisão do Superior Tribunal de Justiça, indeferitória de **habeas corpus**, não intimada a Defensoria Pública.

Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a providência, na hipótese, é obrigatória, independentemente da possibilidade de substituição do recurso ordinário, eventualmente cabível, por novo **habeas corpus** impetrado a qualquer tempo perante a instância superior.

Intimação que, no caso, há de ser feita à Defensoria Pública da União, já organizada e no desempenho regular de suas atividades perante o Superior Tribunal de Justiça.

Habeas corpus deferido para que, afastado o trânsito em julgado da decisão sob enfoque, seja o órgão intimado para que proceda como entender de direito”

(HC n. 82.118-9/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, acórdão ainda não publicado)

No voto condutor do acórdão, afirmando ser necessária a intimação pessoal do Defensor, salientou o eminente Relator:

“Na hipótese, porém, a intimação deve ser feita à Defensoria Pública da União.

Em casos semelhantes, determinou-se a intimação da Defensoria Pública Estadual. Tal medida, contudo, se choca ao fato de não estar, à época, organizada a Defensoria Pública da União, não estando providos os cargos de seu Quadro Pessoal Permanente. Foi o que consignei no HC n. 79.954, impetrado, em favor da mesma paciente, em que também se discutia acerca da intimação pessoal de defensor”.

(omissis)

“Entretanto, tal situação não perdura. Com efeito, atualmente, os cargos da Defensoria Pública da União estão providos, com a nomeação de mais de oitenta candidatos aprovados no concurso realizado em junho de 2001 (Edital n. 01/2001 — DPU, de 07.06.2001), e suas atividades já se encontram adequadamente organizadas (cf. Ato Normativo n. 01/2002 e Portaria n. 04/2002)”.

Saliento que, mesmo depois da decisão proferida por esta Corte Especial na Questão de Ordem no Ag n. 378.377/RJ, agravos regimentais têm sido interpostos contra intimações da Defensoria Pública da União, cujas decisões foram reconsideradas para determinar a intimação pessoal do Defensor Público originário (cf. AgRg nos Ags. ns. 446.497/RS; 446.734/MG; 447.355/RS; 351.048/SP; Ag n. 450.631/DF e AgRg nos HCs ns. 23.523-, 23.530/MG, 23.551/SP e HC n. 23.564/RS).

Com base no que aqui foi exposto, acolho o entendimento desta Corte, que também é o do Supremo Tribunal Federal, com sua ressalva.

É que o art. 111 da Lei Complementar n. 80/1994 estabelece, **verbis**:

“O Defensor Público do Estado atuará, na forma do que dispuser a legislação estadual, junto a todos os Juízos de 1ª grau de jurisdição, núcleos, órgãos judiciários de 2ª grau de jurisdição, instâncias administrativas e Tribunais Superiores (art. 22, parágrafo único)”.

Assim, concluo meu voto no sentido de que a intimação, em casos como o destes autos, deve ser feita à Defensoria Pública da União, desde que lei estadual não disponha em contrário.

Nego provimento ao agravo.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Senhor Presidente, acompanho o voto da Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO-VOGAL (RATIFICAÇÃO)

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, acompanho o voto da Senhora Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, diante dos esclarecimentos prestados pelo eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, retifico o meu voto em

parte para admitir a ressalva proposta por S. Ex^a., até porque me parece que também a Sra. Ministra-Relatora assim procedeu. Em regra, é permitida a intimação pessoal do Defensor Público da União, e, nos casos em que a Defensoria Pública do Estado se declarar apta a defender a parte interessada perante o Tribunal Superior, com previsão na lei, conforme me acentuou o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, aí sim, será possível ela atuar nesta Corte. Nesse caso, não se intima a Defensoria da União, mas somente a do Estado.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Senhor Presidente, voto no mesmo sentido que proferi anteriormente, negando provimento ao agravo regimental.

É o voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, voto na linha seguida pela Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Também voto de acordo com a Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo interno, com os acréscimos do voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, não lido todo dia com matéria penal, e ainda não tive nenhum caso em que atuasse a Defensoria Pública, mas penso que o leque deve ser o mais amplo, por isso mesmo que haverá casos em que o Defensor Público que estiver acompanhando o processo de São Paulo, Minas Gerais ou do Rio Grande do Sul, se não for intimado, argumentará com a nulidade, por não haver sido intimado pessoalmente.

Acompanho a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental, com essa ressalva.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, discute-se qual o destinatário da intimação quando o processo é patrocinado por Defensor Público e desenvolve-se perante o Superior Tribunal de Justiça.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi resume o seu voto em ementa nestes termos:

“A Defensoria Pública da União deve acompanhar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do recurso interposto por Defensores Públicos estaduais, bem como deve ser intimada das decisões em acórdãos proferidos.”

Em seu voto, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro diz:

“O Defensor Público tem a prerrogativa de ser intimado pessoalmente em qualquer grau de jurisdição. Contudo, a intimação nesta Corte Superior deve ser feita à Defensoria Pública da União, salvo se lei estadual dispuser em contrário.”

Acompanho a orientação do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, mas ressaltando seu entendimento quando diz “salvo se lei estadual dispuser em contrário”. A Lei Complementar n. 80, no art. 97, estabelece normas gerais para a Defensoria Pública e as impõe às Defensorias Estaduais, e, no art. 2º, além das Defensorias da União, abrange as do Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados. Em verdade, o nome Defensoria da União não é estritamente preciso, pois não se trata de Defensoria da União, mas de Defensoria Federal, de Defensoria Pública, que exerce a prestação gratuita de Justiça aos necessitados, administrada pelos Estados e pelo Distrito Federal.

O art. 3º da referida lei estabelece como princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência. A chave da questão ora discutida está no princípio da indivisibilidade. Mais adiante, o art. 14, § 3º, diz que a atuação da Defensoria da União ocorre preferencialmente perante os Tribunais Superiores, o que significa que, quando não houver possibilidade de a Defensoria Pública da União atuar perante os Tribunais Superiores, a competência será da Defensoria Pública da União.

O art. 44, I, estabelece que são prerrogativas dos membros da Defensoria receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição.

O art. 106, extremamente esclarecedor, afirma que a Defensoria Estadual presta assistência em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado. A competência da Defensoria Pública Estadual exaure-se no âmbito do respectivo Estado. O parágrafo único do art. 106 retira qualquer dúvida ao outorgar à Defensoria Pública dos Estados competência para interpor recursos aos Tribunais Superiores.

Retiro desses artigos, cujos dispositivos resumi nesta breve exposição, a conclusão de que o princípio da indivisibilidade permite ou determina que a intimação

do membro do órgão da Defensoria Pública faz-se eficaz, desde que seja o órgão competente, pouco importando se o processo originou-se no Estado ou no Distrito Federal.

Ora, o § 3º do art. 14 determina que a Defensoria Pública da União é competente para atuar perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, e o art. 106 afirma que a Defensoria Estadual é competente unicamente no âmbito da Justiça local.

Por isso, acompanho o voto da Sra. Ministra-Relatora, sem a ressalva de que a lei estadual poderá dispor ao contrário. Todos os dispositivos relativos à intimação pessoal da Defensoria Pública estão contidos na Lei Complementar n. 80, e não podem ser desconsiderados por lei estadual. A Defensoria Pública da União deve acompanhar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o julgamento dos recursos interpostos por Defensores Públicos estaduais bem como ser intimada das decisões proferidas nos recursos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: O agravo foi assim relatado pela eminente Ministra Nancy Andriighi, que lhe negou provimento (leu relatório e voto).

Pedi vista dos autos para examinar a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal a respeito da questão relacionada com a pessoa a quem deveria ser feita a intimação pessoal no caso de parte assistida por Defensor Público estadual que ingressou com o recurso perante o STJ, se ao Defensor Estadual ou ao Defensor Público da União.

a) No **Habeas Corpus** n. 79.954, julgado em 14.03.2000, a Primeira Turma decidiu deveria ser pessoal ao Procurador (Defensor) Estadual “tendo em vista que não há Defensor Público da União de Categoria Especial indicado para atuar junto ao Superior Tribunal de Justiça.”

b) No **Habeas Corpus** n. 82.118/SP, julgado em 29 de outubro de 2002, a mesma Primeira Turma afirmou que a intimação em tal caso deve agora ser feita à Defensoria Pública da União, “já organizada e no desempenho regular de suas atividades perante o Superior Tribunal de Justiça.” Nesse julgado faz-se menção ao HC n. 79.954, para esclarecer que a situação da Defensoria da União está alterada: “Entretanto, tal situação não perdura. Com efeito, atualmente, os cargos de Defensoria Pública da União estão providos, com a nomeação de mais de oitenta candidatos aprovados no concurso realizado em junho de 2001 e suas atividades já se encontram adequadamente organizadas”.

c) Em diversos outros julgados, limitados ao exame da questão da necessidade ou não de intimação pessoal do Defensor da parte assistida, o STF sempre respondeu pela afirmativa. Nesses casos, os recursos foram interpostos por defensores ou procuradores dos Estados, e as decisões ordenaram a intimação pessoal deles (HC n. 81.342; HC n. 79.867; HC n. 81.668; HC n. 81.493; HC n. 80.677).

Como esses precedentes a que acima me refiro (c) não examinaram a dualidade Defensoria Pública dos Estados/Defensoria Pública da União, não me parece possam ser considerados como manifestação da Corte Suprema sobre a nulidade da intimação feita ao Defensor Público da União, uma vez que essa alternativa apenas foi resolvida nos precedentes mencionados nas alíneas **a** e **b**, persistindo sobre o ponto o entendimento esposado pela egrégia Primeira Turma no HC n. 82.118 (b).

Ainda considero que a Defensoria Pública da União está efetivamente organizada e atua perante o STJ, em condições de bem desempenhar as suas funções. O veto ao dispositivo legal a que se refere a agravante não impede que do contexto da lei seja extraída a idéia de que a Defensoria da União, incumbida de atuar perante o STJ, officie também nos feitos que originariamente receberam a assistência das Defensorias ou Procuradorias dos Estados. Isso também não significa que os Estados não possam organizar serviços junto ao STJ para a continuidade do exercício de seu **munus**. Mas, enquanto isso não acontecer, a assistência deve ser prestada pela Defensoria Pública da União, aqui sediada e organizada, incumbida de atuar perante um tribunal federal. Para interpor recursos perante o STJ ou o STF, certamente terá essa Defensoria melhores condições para a defesa dos interesses dos assistidos.

Posto isso, nego provimento ao agravo.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, voto de acordo com a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, voto de acordo com a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, voto de acordo com a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Presidente, voto de acordo com a Sra. Ministra-Relator, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Sr. Presidente, a Quinta Turma, para que não haja nulidade de processos, tem feito a intimação pessoal do Defensor Público, na origem, por meio de carta com aviso de recebimento. As nulidades verificadas pelo Supremo Tribunal Federal ocorreram na órbita da necessidade da intimação pessoal. Nós preconizamos que, não obstante esteja organizada a Defensoria Pública da União, temos tido este procedimento: determinamos para que recursos especiais, por exemplo, sejam incluídos em pauta a intimação pessoal do Defensor constituído na origem, seja por meio das suas Defensorias Públicas estaduais onde estão constituídas, seja o defensor dativo, seja na pessoa do Procurador do Estado, que, em São Paulo, faz as vezes de Defensor Público. Não houve problema algum e, certamente, continuarei procedendo nessa linha, não obstante possa reconhecer que a Defensoria Pública da União, em termos legais, estaria apta também a receber esse tipo de intimação pessoal.

Com essa ressalva, acompanho o voto da Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, voto de acordo com a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Sr. Presidente, voto de acordo com a Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao agravo regimental.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 471.945 — RS (2003/0045399-4)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Embargante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — Ipergs

Procuradores: Karina da Silva Brum e outros

Embargante: Belmira Maria da Silva Rosa

Advogado: Telmo Ricardo Schorr

Embargados: Os mesmos

EMENTA

Processual. Execução. Honorários de perito. CPC, art. 604, redação dada pela Lei n. 8.898/1994. Ato privativo do credor.

1. Nos casos em que a liquidação de sentença depende somente de cálculo aritmético, determina o Código de Processo Civil, art. 604, que o exequente deve elaborar a memória discriminada e atualizada de cálculo e apresentá-la em juízo. Por se tratar de ato privativo, o próprio credor deve arcar com eventuais despesas para a contratação de perito contábil. Em caso de impossibilidade financeira, pode requerer ao Juiz os serviços da Contadoria Judicial, pagando as custas devidas ou pedindo o benefício da gratuidade. Precedentes.

2. Embargos de divergência não conhecidos.

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 maioria, não conhecer dos embargos de divergência nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins que conheceu dos embargos e os recebeu. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido e Francisco Falcão. Licenciado o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo substituído pelo Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 25 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ de 04.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em recurso especial, o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – Ipergs reclamou ofensa ao CPC, arts. 20, §§ 2º e 4º, 604 e 605, por entender que não poderia ter sido condenado ao pagamento de honorários advocatícios e periciais.

Mediante decisão de fls.164/167, o Ministro Gilson Dipp deu parcial provimento ao recurso apenas para excluir a condenação relativa aos honorários de perito.

Interpostos agravos regimentais pelas partes, a decisão foi confirmada pela Quinta Turma.

Eis a Ementa do julgado (Acórdão embargado, proferido pela Quinta Turma, em agravo regimental, Relator Ministro Gilson Dipp, fls. 206/216):

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução contra a Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180/2001. Impossibilidade da sua incidência. Ausência de prequestionamento. Recurso especial. Fundamentação vinculada. Honorários de perito. Art. 604 do CPC. Não-cabimento. Precedentes desta Corte.

I - É cabível a condenação em honorários advocatícios em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, mesmo após a edição da Lei n. 9.494/1997, ainda que a execução seja proposta contra a Fazenda Pública. Precedentes.

II - Segundo a farta jurisprudência deste Tribunal, o recurso especial é apelo extremo, cuja fundamentação é vinculada, sendo defeso o exame de qualquer matéria, inclusive de ordem pública, caso a mesma não tenha sido objeto de discussão na origem. Desta forma, inviável a aplicação da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, **in casu**, já que o acórdão hostilizado não tratou do tema.

III - Consoante entendimento das Turmas integrantes da egrégia Terceira Seção, não são devidos honorários de perito referentes à elaboração do cálculo previsto no art. 604 do Código de Processo Civil, sendo descabido debitar ao

executado eventuais gastos efetuados para esse fim com profissional habilitado, principalmente quando se tratar de beneficiário da Justiça Gratuita, que poderia ter se valido da Contadoria Judicial. Precedentes.

IV - Agravos internos desprovidos.”

Ambas as partes opuseram embargos de divergência.

Belmira Maria da Silva Rosa sustentou que a verba oriunda do trabalho realizado pelo perito deve ser suportada pelo Ipergs, na medida em que teria dado causa à propositura da ação. Aponta como paradigma o acórdão proferido no REsp n. 439.959/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, de seguinte Ementa (Acórdão paradigma da parte, REsp n. 439.959/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002):

“Processual Civil. Execução fiscal. Condenação em honorários advocatícios. Art. 20, § 4º, do CPC (redação dada pela Lei n. 8.952/1994). Verba honorária de perito. Art. 604 do CPC. Inclusão nos cálculos de liquidação. Precedentes.

1. Pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que, estabelecido o contraditório, desenvolvendo-se o processo, com a ocorrência de verdadeiro litígio e que uma das partes resulta sucumbente, em face de pretensão resistida que levou ao surgimento da lide, é devida a condenação em honorários advocatícios.

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 a eles não é dado o bel-prazer de laborarem de graça.

3. A Corte Especial deste Tribunal, ao julgar o REsp n. 140.403/RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.04.1999, decidiu que “a nova redação do art. 20, § 4º, 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”.

4. É cabível a fixação de verba honorária ao perito que elaborou a memória de cálculo aritmético para a liquidação da sentença, visto que a parte credora teve de se valer de serviços profissionais para a elaboração da conta de liquidação de sentença, devendo tal despesa ser incluída no cálculo de liquidação e imputada ao executado.

5. Cuidam-se, na hipótese, de despesas processuais, cabendo à parte o direito ao ressarcimento. Tal ônus (honorários do perito) decorre da fixação da sucumbência, a qual abrange as custas e despesas processuais, até mesmo porque, caso fosse a conta elaborada pela contadoria judicial, seria ela custeada da mesma forma pela parte executada.

6. “Por se tratar de exigência da lei processual, art. 604 do CPC, a contratação de contador para apresentação de memória discriminada e atualização de cálculo deve ser incluída na satisfação dos ônus da sucumbência.” (RT 737/236)

7. Recurso não provido.”

Por sua vez, afirmou o Ipergs, nos seus embargos de divergência, ser perfeitamente aplicável o comando inserto na MP n. 2.180-35. Para configurar o dissídio, apontou a decisão proferida pela Sexta Turma, no REsp n. 456.071/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, assim ementada (Acórdão paradigma do Ipergs, REsp n. 456.071/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 11.11.2002, fl. 239):

“Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública. Fixação de honorários advocatícios. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

1. Se a decisão que determina a fixação de honorários advocatícios foi editada em setembro de 2001, já na vigência da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, não é devida aquela verba, dada a ausência de embargos à execução (art. 1^ª-D da Lei n. 9.494/1997).

2. Recurso especial conhecido e provido.”

Mediante decisão de fls. 253/256, indeferi liminarmente os embargos de divergência opostos pelo Ipergs e admiti os que foram opostos por Belmira Maria da Silva Rosa.

O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — Ipergs apresentou impugnação às fls. 271/277.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhor Presidente, o acórdão recorrido, ao analisar a questão dos honorários periciais, aplicando o Código de Processo Civil, art. 604, consignou que, por se tratar de ato privativo do credor, as despesas correspondentes à contratação de profissional para a elaboração da memória discriminada e atualizada de cálculo devem ser arcadas pelo próprio exequente.

Já o acórdão paradigma (REsp n. 439.959, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado) entendeu que:

“(…) é cabível a fixação dos honorários periciais, visto que a parte credora teve de se valer de serviços profissionais para a elaboração da conta de liquidação de sentença. Cuidam-se, na hipótese, de despesas processuais, cabendo à parte o direito ao ressarcimento.

Ressalte-se que esse ônus (honorários de perito) decorre da fixação da sucumbência, a qual abrange as custas e despesas processuais e cuja postulação constou da petição inicial, até mesmo porque, caso fosse a conta elaborada pela contadoria judicial, seria ela custeada da mesma forma pela parte executada.”

Enquanto o acórdão embargado, aplicando o CPC, art. 604, concluiu que os ônus das despesas de contratação de profissional para a elaboração da memória discriminada e atualizada de cálculo devem ser arcados pelo exequente, o acórdão paradigma, aplicando o mesmo dispositivo legal, entendeu que deveria ser ressarcida pela parte executada.

Efetivamente, verifica-se divergência na interpretação do Código de Processo Civil, art. 604.

Considerando devidamente demonstrado o dissídio, nos termos regimentais, passo a examinar o tema jurídico.

Sustenta a Embargante que, a teor do Código de Processo Civil, art. 20, § 4º, os honorários periciais devem ser suportados pelo executado, a título de despesas processuais.

Todavia, este é o comando do Código de Processo Civil, art. 604:

“Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma dos arts. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Conforme se pode observar desse dispositivo legal, o legislador (Lei n. 8.898, de 29 de junho de 1994), buscando agilizar o processo de execução, nos casos em que a liquidação de sentença depende somente de cálculo aritmético, estipulou que o próprio exequente deve elaborar o cálculo e apresentá-lo em juízo. Tratando-se, pois, de ato privativo do credor, ele mesmo deve arcar com eventuais despesas de contratação de profissional para a elaboração da memória discriminada e atualizada de cálculo.

Sobre essa forma de liquidação realizada pelo próprio credor, **Sérgio Ber-**

mudes, atualizando os “Comentários ao Código de Processo Civil — de **Pontes de Miranda**¹ —, tece as seguintes considerações:

“Até o advento da Lei n. 8.898, de 29 de junho de 1994, cujo art. 1º reformulou o art. 604 do Código de Processo Civil, a liquidação da sentença, mesmo se dependente apenas de cálculo aritmético, era objeto de prestação jurisdicional. Propunha-se, obrigatoriamente, a ação de liquidação, cujo exercício formava o processo de liquidação, destinado a determinar o valor da condenação. Na redação atual, o artigo que se comenta transforma a liquidação nele referida de cálculo, por meio de ato privado, de nenhum modo jurisdicional, até a sua apresentação em juízo.

(...) A liquidação é privada, feita pelo próprio credor, o que afasta a idéia da existência do processo de liquidação por cálculo aritmético. O credor elabora o cálculo e requer a execução (**rectius**, propõe a ação executiva — art. 652), instruindo a inicial dessa execução com “a memória discriminada e atualizada do cálculo”, exigência feita também no inciso II do art. 614, na redação do art. 1º da Lei n. 8.953, de 13.12.1994. A falta desse documento provoca a incidência da norma do art. 616, devendo, portanto, o juiz determinar que o credor o providencie, num decêndio, sob pena de indeferir a inicial por sentença terminativa, sujeita a apelação (arts. 267, I, 513 e 598).

(...) Já se disse que a complexidade do cálculo aritmético não impede a incidência do art. 604. Ele se aplica toda vez que a determinação do valor da condenação depender apenas dessa espécie de cálculo aritmético, não importa a dificuldade na elaboração dele.

Cumprir observar que o exequente, ante a impossibilidade financeira de contratar o profissional para a realização dos cálculos sem comprometimento do seu sustento ou de sua família, pode requerer ao Juiz os serviços da Contadoria Judicial, pagando as custas devidas ou pedindo o benefício da gratuidade.

A propósito, destaco as observações de **Araken de Assis**²:

“Não há, conforme acentua **Luiz Rodrigues Wambier**, processo prévio de liquidação, na modalidade prevista no art. 604, porque abolida a elaboração de cálculo pelo contador. De posse da planilha, caberá ao credor requerer a execução, conforme se infere da remissão ao art. 652. Ademais, a tentativa de promover alguma forma de controle do **quantum debeatur**, internamente ao processo executivo, recebeu a enérgica advertência de **Cândido Rangel Dinamarco**, segundo o qual semelhante ressurreição da via abolida ensejaria ‘a demora da execução, que a nova lei pretendeu mitigar’.

1 “Comentário ao Código Processo Civil” — de **Pontes de Miranda**, Editora Forense, 2001, pp. 393/396.

2 “Manual do Processo de Execução”, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, p. 337.

(...) há casos em que o credor não dispõe de recursos para pagar o perito particular, figura indispensável para elaborar a planilha nas liquidações de cálculos mais complexos, ou, então, os elementos imprescindíveis se encontram em poder do devedor.

Receberam os dois últimos problemas solução na jurisprudência. Admitiu-se, excepcionalmente, o emprego do contador do foro, no lugar do perito, para elaborar a planilha. Pro exemplo, quando o credor, em virtude de sua hipossuficiência, encontrar dificuldades para contratar *expert*, poderá se valer do contador do juízo, conforme decidiu a Quinta Turma do STJ. E, para tal arte, também não infringe o art. 604 a exigência de que a autarquia previdenciária apresente os elementos informativos necessários ao cálculo. Nenhum contraditório sobre tal trabalho é tolerável, porém: obtida a planilha, o credor deduzirá a pretensão executiva.”

Seguindo a mesma linha de entendimento, cito os seguintes julgados:

“Recurso especial. Fazenda Pública. Honorários periciais. Incabimento. Direito Processual Civil. Não-indicação do dispositivo de Lei Federal tido por violado. Matéria constitucional.

1. “1. Sendo a liquidação de que trata o artigo 604 do Código de Processo Civil ato privativo do credor, tem-se que as despesas correspondentes à contratação de profissional para a elaboração da memória discriminada e atualizada de cálculo devem ser arcadas por ele.

2. Trata-se de ônus da parte exequente, que há de ser resolvido, fundamentalmente, no âmbito das relações decorrentes de sua representação em juízo por advogado constituído ou nomeado.” (REsp n. 468.939/RS, da minha relatoria, **in** DJ de 12.05.2003).

3. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” (Súmula do STF, Enunciado n. 284).

4. Nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição da República, a apreciação de violação de dispositivos constitucionais é estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.” (REsp n. 588.752/PE, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 09.12.2003).

“Processual Civil. Agravo regimental. FGTS. Contas vinculadas. Correção monetária. Execução. Honorários de perito. Art. 604 do CPC.

1. A jurisprudência desta Corte já firmou o entendimento de que a regra do art. 604 do CPC deve prevalecer sobre o disposto nos arts. 20, § 2º, ou 33 do mesmo diploma legal.

2. Incabível a fixação de honorários do perito quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético a cargo do credor que procederá à sua execução.

3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no REsp n. 542.085/RS, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 17.11.2003).

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processo Civil. Honorários periciais. Descabimento. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Questão não suscitada anteriormente. Inovação. Impossibilidade.

I - De acordo com o art. 604 do CPC, quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor deverá apresentar a memória discriminada e atualizada do cálculo, a fim de possibilitar a liquidação do débito e a posterior execução, incumbindo ao advogado da parte exequente fazer o referido cálculo.

II - Assim, a despesa com honorários de perito contábil, contratado por conta própria e em exclusivo interesse do credor, não pode ser incluída no cálculo de liquidação e imputada ao executado. Tanto mais se a exequente, beneficiária da assistência judiciária gratuita, podia se utilizar da contadoria do Juízo. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

III - Para caracterização do dissídio jurisprudencial, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

IV - Não é possível, em sede de agravo regimental, analisar questões não suscitadas no recurso especial e nem nas contra-razões. Precedentes. Agravo regimental desprovido” (AgRg no Ag n. 509.845/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 28.10.2003).

“Agravo regimental. Processual Civil. Honorários periciais. Descabimento. Apresentação de memória de cálculo. Jurisprudência consolidada no âmbito da Terceira Seção.

1. A via do agravo regimental não se presta à uniformização de jurisprudência entre os órgãos julgadores deste Sodalício, pelo que nada obsta que as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte tenham entendimento contrário ao adotado na egrégia Primeira Turma.

2. Quando a determinação do valor da condenação depender tão-somente de simples cálculo aritmético, incumbe ao credor apresentar a memória

discriminada e atualizada de cálculo, não se podendo imputar ao executado eventuais despesas com perito contábil contratado para essa finalidade, diante da ausência de disposição legal.

3. Sendo o credor litigante beneficiário da assistência judiciária gratuita, lhe é permitido utilizar a contadoria judicial, conforme estabelecido expressamente no § 2º do art. 604 do CPC.

4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp n. 533.445/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.10.2003).

“Agravo regimental no recurso especial. Execução. Honorários de perito. Art. 604 do CPC. Responsabilidade do exequente.

Nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito da Terceira Seção desta Corte, na espécie, descabe debitar ao executado os gastos efetuados com honorários de perito referentes à elaboração do cálculo prevista no art. 604 do CPC. Precedentes.

Agravo desprovido” (AgRg no REsp n. 507.695/RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo, DJ de 29.09.2003)

“Processual Civil — Recurso especial — Execução de título judicial — Honorários advocatícios — Cabimento — Art. 20, § 4º, do CPC — Cálculo de liquidação (art. 604 do CPC) — Honorários de perito contratado — Beneficiário da justiça gratuita — Incoerência — Impossibilidade de ressarcimento (art. 20, parágrafo 2º, do CPC) — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível conhecer da divergência aventada.

2. Em se tratando de procedimento executório de qualquer natureza, são cabíveis honorários advocatícios, independentemente da oposição de embargos. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC, com nova redação dada pela Lei n. 9.952/1994. Precedente (REsp n. 217.883/RS).

3. A reforma do Código Processual Civil (art. 604, com a redação dada pela Lei n. 8.898/1994) não excluiu a possibilidade de se efetuar cálculos através da Contadoria Judicial, órgão auxiliar do Juízo. Assim, aqueles que são hipossuficientes, beneficiários da Justiça Gratuita (Lei n. 1.060/1950), apesar de terem o dever de apresentar a planilha quando iniciada a execução,

podem se valer destes préstimos, porquanto não terão como, por fonte própria, arcar com tais recursos. O magistrado da execução deverá determinar o encaminhamento dos autos a tal setor, para que se proceda à elaboração dos cálculos (cf. REsps ns. 140.574/SP e 163.443/SP).

4. Todavia, no caso concreto, se a recorrente se valeu de profissionais particulares e não do setor competente (Contadoria Judicial) que estava à sua disposição, graciosamente, em razão de seu benefício legal, não o fez porque assim não quis. Mostra-se logicamente incoerente que o economicamente fraco tenha remunerado, antecipadamente, perito contratado (art. 33 do CPC), apesar de declarar em Juízo (art. 4º, LAJ) estar impossibilitado de tal pagamento, sem comprometimento de seu sustento ou de seus familiares, e venha, depois, com fundamento em outra norma processual (art. 20, parágrafo 2º, do CPC), requer seu ressarcimento, apesar de poder usufruir de tais préstimos sem qualquer ônus.

Violação à norma legal afastada. Mantido o v. aresto recorrido, que determinou à contratante, ora recorrente, o gravame dos honorários do seu próprio perito.

5. Recurso conhecido, nos termos acima explicitados e, neste aspecto, parcialmente provido para, reformando, em parte, o v. acórdão de origem, determinar a fixação, nos autos de execução, dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.” (REsp n. 442.129/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 24.02.2003).

Assim, impõe-se a manutenção do acórdão embargado.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, divergi e continuo divergente. Na questão da liquidação por cálculo, interferem os chamados planos econômicos e os diversos índices de correção monetária. Duvido que qualquer um de nós tenha competência para fazer um cálculo do valor da moeda decorridos 10, 12, 15 anos, e não posso conceber que, em um sistema jurídico no qual se atribui ao devedor as despesas do processo, se imponha ao credor o ônus. Recentemente, votamos um caso em que uma pensionista ganhou a correção das pensões, e se a condenou ao pagamento das despesas.

As dificuldades são inúmeras e o Código contempla tal pagamento pelo vencido. É evidente que o custo dessas despesas não pode ficar ao alvedrio da parte, mas,

sem dúvida, deve ser moderado. Não vejo, no entanto, como imputar-se ao credor tal despesa.

Pedindo vênia ao Sr. Ministro-Relator, conheço dos embargos de divergência e os recebo.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, uma vez que, posteriormente, a despesa será imputada ao devedor, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo dos embargos de divergência, mas os rejeitando.

—————

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR N. 6.781 — RJ (2003/0139224-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Companhia Brasileira de Antibióticos — Cibran

Advogados: Marlan de Moraes Marinho Junior e outros

Agravada: Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro — CERJ

Advogados: Isaac Motel Zveiter e outros

EMENTA

Medida cautelar. Corte de energia elétrica. Inadimplência continuada da empresa consumidora. Agravo regimental improvido.

I - Comprovado que a empresa requerente é devedora contumaz da empresa requerida e que não fornece serviço essencial, resta mitigado o requisito do **fumus boni iuris**, em face do entendimento pela possibilidade do corte de energia elétrica, como forma de não estimular a inadimplência.

II - 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 maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, 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 e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Denise Arruda. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo interno aviado pela Companhia Brasileira de Antibióticos — Cibran, em face da decisão de fl. 380.

Naquela decisão o Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência desta Corte, manteve sua decisão anterior, no sentido de determinar o processamento do recurso especial que estava retido nos autos de agravo de instrumento cujo julgamento autorizou a interrupção do fornecimento de energia elétrica à requerente, ora agravante.

Observe-se que a decisão impugnada não contemplou a totalidade do pedido da requerente, ora agravante, porquanto deixou de conceder a suspensão do acórdão que autorizou o corte de energia elétrica referido.

A requerente afirma que o acórdão recorrido revoga decisão liminar concedida em tutela antecipada para que a requerida se abstenha de interromper o fornecimento de energia elétrica, por fato anterior ou posterior à sua concessão.

Sustenta que é a única fabricante de antibióticos da América Latina, e que o corte de energia trará grande prejuízo para a empresa, com risco de falência e desemprego em massa, explicitando que atravessa um processo de concordata preventiva.

Pugna pela reconsideração da decisão, com a concessão integral da cautela. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Não assiste razão à agravante.

Na hipótese em tela, apesar de reconhecer a existência do **periculum in mora**, verifico em contrapartida a inexistência do **fumus boni iuris**, requisito essencial para a procedência da cautela.

Faço esta observação ao constatar que a requerente pretende a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial que busca impedir a confirmação do acórdão que autorizou o corte de energia elétrica em face da existência de “débitos volumosos caracterizados em inadimplência continuada da empresa consumidora” (fl. 259).

Esta Corte já decidiu pela possibilidade do corte de energia elétrica contra devedor não detentor de serviço essencial ou hipossuficiente.

O caso em tela trata de empresa fora da qualificação acima indicada, o que viabiliza o corte como forma de não estimular a inadimplência.

Sobre o assunto confira-se o REsp n. 510.478/PB, Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 10.06.2003.

Tais as razões expendidas, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM
MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.877 — DF (2003/0005223-3)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargantes: Goiânio Borges Teixeira, Maurício Gomes de Lemos e Carlos Magno de Alvarenga

Advogado: Marcos Jorge Caldas Pereira

Interessado: Distrito Federal

Embargada: Ionara Pacheco Lacerda Gaioso

Advogado: Joaquim Jair Ximenes Aguiar

Embargado: Pedro Henrique Teixeira

Advogado: Francisco Carneiro Nobre de Lacerda Neto

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de qualquer dos vícios do art. 535 do CPC. Rediscussão de questões de mérito. Impossibilidade. Contradição com outros julgados.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformidade com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, razão pela qual é inteiramente aplicável a orientação segundo a qual não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, a decisão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo. Não são os embargos de declaração meio hábil para se obter nova apreciação do recurso.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (votovista) e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de declaração opostos por Goiânio Borges Teixeira e outros contra acórdão assim ementado:

Mandado de segurança. Oficial do Cartório de Protestos de Títulos do Distrito Federal. Impetração em defesa das prerrogativas do cargo.

1. Em mandado de segurança, admite-se personalidade judiciária a órgão sem personalidade jurídica própria, quando a impetração tem por objeto a tutela dos chamados “direitos-função”.

2. Admite-se, conseqüentemente, a legitimidade dos sucessores no cargo para assumir o pólo ativo da impetração em caso de remoção ou morte do impetrante originário.

Recurso ordinário em mandado de segurança. Reforma do acórdão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito. Viabilidade do imediato exame do mérito da impetração, atendidos os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC.

1. Reformando o acórdão que extingue o processo sem julgamento de mérito, cumpre ao STJ apreciar, desde logo, o mérito da impetração, se presentes os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC, aplicável por analogia.

2. No caso dos autos, a questão de mérito é exclusivamente de direito e não há empecilho ou pendência a inviabilizar a sua apreciação.

Administrativo. Protesto de Títulos no Distrito Federal. Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça, atribuindo aos tabeliães de notas a competência para lavrar protestos. Ilegitimidade.

1. Segundo decidiu o STF, “o artigo 1º do Decreto-Lei n. 246/1967, versando sobre competência de serventias extrajudiciais, foi revogado pela Lei n.

6.750/1979, que dispõe sobre a nova Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios” (AgRg na Reclamação n. 344-2/DE, Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.12.2001).

2. Por ser incompatível com a Lei n. 6.750/1979, é ilegítimo o Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal que conferiu aos Cartórios de Notas atribuições para protestar títulos.

3. Recurso ordinário provido para conceder a ordem.

Em suas razões, aduzem os embargantes que (a) o acórdão incorreu em omissão quando deixou de enviar o processo ao Tribunal de origem para que fosse apreciado o mérito da causa; (b) há contradição entre o aresto e recente julgado do STJ no sentido de que a nova redação do art. 515, § 3º, do CPC não se aplica ao julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança; (c) a análise do mérito da impetração por esta Corte representou supressão de um grau de jurisdição; (d) não foi indicada a norma legal que embasa o entendimento acerca da legitimidade ativa da impetrante; (e) os precedentes invocados no acórdão embargado não tratam da mesma hipótese fática destes autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Inexiste qualquer omissão quanto à aplicação do art. 515, § 3º, do CPC no caso, pois tal questão foi exaustivamente debatida no aresto embargado (fl. 438). O mesmo se diz da questão da legitimidade ativa para a impetração, amplamente discutida no julgado (fls. 435/437). Em relação aos precedentes do STF mencionados a propósito dessa questão, dedica-se o embargante a dar-lhes interpretação diversa da que foi dada pelo acórdão, sem, no entanto, indicar qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

2. Por outro lado, a contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo, como quando, por exemplo, o dispositivo não decorre logicamente da fundamentação.

3. Com tudo isso, evidencia-se, nas razões dos embargos, a intenção de ver reaberta a discussão das questões decididas no acórdão, finalidade que não se coaduna com a disciplina dos embargos de declaração.

4. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração. É o voto.

VOTO ANTECIPADO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para dar provimento aos embargos de declaração, anulando a decisão de mérito, a fim de determinar o retorno dos autos ao 2º grau para apreciá-lo.

VOTO ANTECIPADO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar a divergência, no sentido de acolher os embargos de declaração.

VOTO-VOGAL (ANTECIPADO)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Srs. Ministros, o recurso ordinário surgiu em substituição às apelações e aos agravos que eram dirigidos aos Tribunais Superiores. A doutrina passou a preconizar a aplicação a esses recursos ordinários no mesmo regime jurídico das apelações dirigidas aos Tribunais Superiores. Se assim não bastasse, o art. 540 do Código de Processo Civil dispõe:

“Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.”

Os regimentos internos, evidentemente, não dispõem sobre a profundidade nem sobre a extensão do efeito devolutivo desses recursos. O que importa é que a Constituição prevê tais recursos, ou seja, não estamos criando um recurso a mais na Constituição. A profundidade e a extensão do efeito devolutivo são matérias infra-constitucionais, e o CPC, no art. 540, submeteu esses recursos ao regime da apelação.

Rejeito os embargos de declaração.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de embargos de declaração opostos por Goiânio Borges Teixeira e outros ao acórdão proferido em recurso ordinário em mandado de segurança, da relatoria do Ministro Teori Zavascki.

O eminente Relator rejeitou os embargos de declaração, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, sendo que o Ministro José Delgado inaugurou divergência “... para dar provimento aos embargos de declaração, anulando a decisão de mérito, a fim de determinar o retorno dos autos ao 2º grau para apreciá-lo.”

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão, que diz respeito à aplica-

bilidade ou não, à hipótese dos autos, da disposição do parágrafo 3º do art. 515 do CPC, em caso de recurso ordinário em mandado de segurança.

O acórdão embargado foi assim ementado:

“Mandado de segurança. Oficial do Cartório de Protestos de Títulos do Distrito Federal. Impetração em defesa das prerrogativas do cargo.

1. Em mandado de segurança, admite-se personalidade judiciária a órgão sem personalidade jurídica própria, quando a impetração tem por objeto a tutela dos chamados ‘direitos-função’.

2. Admite-se, conseqüentemente, a legitimidade dos sucessores no cargo para assumir o pólo ativo da impetração em caso de remoção ou morte do impetrante originário.

Recurso ordinário em mandado de segurança. Reforma do acórdão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Viabilidade do imediato exame do mérito da impetração, atendidos os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC.

1. Reformando o acórdão que extingue o processo sem julgamento do mérito, cumpre ao STJ apreciar, desde logo, o mérito da impetração, se presentes os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC, aplicável por analogia.

2. No caso dos autos, a questão de mérito é exclusivamente de direito e não há empecilho ou pendência a inviabilizar a sua apreciação.

Administrativo. Protesto de Títulos no Distrito Federal. Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça, atribuindo aos tabeliães de notas a competência para lavrar protestos. Ilegitimidade.

1. Segundo decidiu o STF, ‘o artigo 1º do Decreto-Lei n. 246/1967, versando sobre competência de serventias extrajudiciais, foi revogado pela Lei n. 6.750/1979, que dispõe sobre a nova Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios’ (AgRg na Reclamação n. 344-2/DF, Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.12.2001).

2. Por ser incompatível com a Lei n. 6.750/1979, é ilegítimo o Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal que conferiu aos Cartórios de Notas atribuições para protestar títulos.

3. Recurso ordinário provido para conceder a ordem.”

Como se vê da ementa, o tema já havia sido apreciado por ocasião do julgamento do recurso ordinário, quando, em voto-vista, o Ministro José Delgado acompanhara o Relator, quanto a esse tópico, em decisão fundamentada.

Naquela oportunidade igualmente acompanhei o voto do Relator quanto ao alcance da disposição do parágrafo 3º do art. 515, em relação ao recurso ordinário em mandado de segurança, mas, em face da divergência verificada quando do julgamento dos embargos, pedi vista dos autos para reexaminar a questão.

O tema apresenta divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois, anteriormente ao advento da Lei n. 10.353, de 26.12.2001, quando extinto o processo sem julgamento do mérito, a apelação se resumia à apreciação das razões dessa extinção e, quando reformado o julgado em apelação, os autos retornavam ao Juízo de origem para a apreciação do mérito.

No entanto, com o acréscimo do parágrafo 3º do art. 515 do CPC (“Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”), estariam autorizados os Tribunais a julgar desde logo a causa, se atendidos os dois requisitos legais: a) se o mérito tratar de questão exclusivamente de direito e b) se a causa estiver em condições de imediato julgamento.

A partir daí, outra questão surgiu — se, em caso de recurso ordinário perante os Tribunais Superiores, regulados pelo art. 539 do CPC (que abrangem, dentre outros, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios) aplicar-se-ia a regra do art. 515, § 3º, do CPC, em face mesmo do que dispõe o art. 540 do CPC (“Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.”).

O Regimento Interno deste Tribunal, ao tratar do recurso ordinário em mandado de segurança, dispõe no art. 247: “Aplicam-se ao recurso ordinário em mandado de segurança, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no Tribunal recorrido, as regras do Código de Processo Civil relativas à apelação”.

Em face da norma regimental, não há dúvida, portanto, de que em recurso ordinário de mandado de segurança aplicar-se-ia a norma do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, podendo o Relator, quando ocorrer extinção do processo sem julgamento do mérito, apreciar o recurso em toda a sua amplitude, e, afastando a precoce extinção do processo, julgar o mérito do **mandamus**.

Da exegese dos dispositivos legais referidos pode-se extrair a conclusão de que, em caso de recurso ordinário em mandado de segurança, este Tribunal pode analisar o mérito do recurso, se este abrange questão exclusivamente de direito e se

a causa estiver apta a ser julgada, observando-se que, em relação à ação constitucional de mandado de segurança, onde a prova é pré-constituída, o mérito abrange, salvo hipótese atípica, questão exclusivamente de direito.

A doutrina, majoritariamente, apóia essa conclusão.

Cândido Dinamarco, em sua obra “A Reforma da Reforma” (Malheiros Ed., 5ª ed., p.163), assim se manifesta: “No *recurso especial e no extraordinário* é mais problemática a operacionalização da técnica permitida por esse parágrafo, dada sua sujeição a pressupostos de admissibilidade muito precisos e conseqüente estreiteza da devolução possível. Mesmo assim, quando satisfeitos aqueles requisitos e os do próprio § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, não deixa de ser razoável que também o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pratiquem o que ele preconiza, sem prejuízo para as partes e para a efetividade de uma Justiça mais rápida, ou menos morosa do que é.”

Outro não é o entendimento de **Estêvão Mallet**: “Se o recurso é interposto em processo de competência originária do Tribunal, nos casos do art. 539 do CPC, a regra do § 3º do art. 515 do CPC, satisfeitos os seus pressupostos específicos, tem plena aplicação. Daí por que, extinta ação envolvendo Estado estrangeiro sem exame do mérito, por considerar-se ilegítima qualquer das partes envolvidas na lide, a reforma da decisão devolve ao Superior Tribunal de Justiça, não havendo necessidade de novas provas, o exame do mérito do litígio. Julga-se logo o pedido, sem necessidade de baixa dos autos ao Tribunal de origem.” (‘Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito (Lei n. 10.352)’, in “Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis”, Coord. **Nelson Nery Jr.** e **Teresa Arruda Alvim Wambier**, São Paulo: ed. RT, 2003, p.198).

E mais: “Cumpre advertir que o recurso ordinário, interposto na forma do art. 539 do CPC para o STF ou STJ, quando denegatória a decisão proferida em mandado de segurança, contém os mesmos requisitos da apelação, aplicando-se-lhe a disciplina própria desta última. Assim, quando do julgamento do recurso ordinário, o STF ou STJ poderá, afastando a extinção prematura do feito, prosseguir no julgamento para adentrar no exame do mérito, sobretudo quando o recurso ordinário for interposto em mandado de segurança, haja vista não haver matéria de prova a ser destrinchada no juízo de origem. É que, como se sabe, no mandado de segurança são apreciadas, apenas, matérias de direito, refugindo do seu âmbito a análise de fatos que dependem de comprovação a ser feita mediante dilação probatória. Significa que o novo § 3º do art. 515 do CPC aplica-se não somente à apelação, mas igualmente ao recurso ordinário em mandado de segurança, interposto para o STF ou STJ, nas hipóteses elencadas no art. 539 do CPC.” (**Leonardo José Carneiro da Cunha**, “Inovações no Processo Civil”, Dialética, São Paulo: 2002, p. 86).

A jurisprudência, por sua vez, embora não uniforme, prestigia essa orientação, e, além do precedente referido pelo Ministro-Relator (AgRg no RMS n. 12.415/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp), outros julgados acompanham o mesmo entendimento, **v.g.**: RMS n. 11.931/PA, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 27.04.2004, p. 287, RMS n. 16.353/DE, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 08.06.2004, RMS n. 15.758/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.03.2004, p. 177, RMS n. 17.113/MG, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 24.08.2004.

Portanto, reexaminando o tópico mencionado, reafirmo o entendimento anteriormente manifestado, quando do julgamento do recurso.

Acrescento, por último e no que concerne aos embargos de declaração, não vislumbrar, no r. julgado embargado, os apontados defeitos do acórdão, por entender inócorrentes a omissão e a contradição alegadas, acompanhando o voto do Ministro-Relator.

Assim, rejeito os embargos declaratórios.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 497.267 — PR (2003/0010734-7)

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Direty Distribuidora de Revistas Ltda

Advogados: Marcos Tadeu Gaiott Tamaok e outro

Embargada: Fazenda Nacional

Procuradores: Rômulo Ponticelli Giorgi Júnior e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de obscuridade e contradição. Denúncia espontânea. Parcelamento. Não-configuração do instituto mesmo após o adimplemento de todas as parcelas.

1. A caracterização do instituto da denúncia espontânea ocorre no momento em que o devedor antecipa-se à ação do Fisco e confessa a existência de um débito junto a este, pagando-o integralmente. Não se pode conceber que uma empresa, após confessar a existência de uma dívida fiscal, efetuar o parcelamento e quitá-lo sem qualquer ressalva, postule em juízo o reconhecimento da denúncia espontânea e a garantia de compensação com valores pagos a título de multa moratória.

2. Em nenhum momento houve pagamento indevido ou a maior que possa justificar a compensação. A embargante nada mais fez do que cumprir sua obrigação ao efetuar, em dia, o pagamento de todas as parcelas referentes aos valores não adimplidos na data correta, devidamente acrescidos da multa moratória.

3. Embargos de declaração rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de embargos de declaração (fls. 247/251) opostos por Direty Distribuidora de Revistas Ltda questionando acórdão proferido em sede de recurso especial, de minha relatoria, e assim ementado (fl. 245)

“Tributário. Denúncia espontânea. Parcelamento do débito. Multa moratória. Aplicabilidade. Entendimento da Primeira Seção.

1. O instituto da denúncia espontânea exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo Fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte.

2. A denúncia espontânea não foi prevista para que favoreça o atraso do pagamento do tributo. Ela existe como incentivo ao contribuinte para denunciar situações de ocorrência de fatos geradores que foram omitidas, como é o caso de aquisição de mercadorias sem nota fiscal, de venda com preço registrado aquém do real etc.

3. Nos casos em que há parcelamento do débito tributário, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cum-

primimento da obrigação foi desmembrado, e só será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do art. 158, I, do mencionado **Codex** (REsp n. 284.189/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, julg. em 17.06.2002, Primeira Seção).

4. Recurso especial provido.”

A embargante aponta a existência de obscuridade e contradição no aresto. Sustenta que a posição tomada pelo Superior Tribunal de Justiça não se ajusta à situação específica dos autos, uma vez que efetuou o pagamento de todas as parcelas, inclusive com juros, multa e correção, antes de buscar a compensação. Pleiteia, por fim, que este Tribunal pronuncie-se, expressamente, sobre (fl. 250):

“a) O caso específico da empresa recorrida, que se preocupou em quitar integralmente todas as parcelas decorrentes do Termo de Parcelamento firmado com a recorrente, com a inclusão da multa, juros e correção, antes de pleitear o benefício da denúncia espontânea, fugindo, portanto, das situações previstas no v. acórdão.

(...)

b) impondo-lhe efeito infringente, alterar a conclusão da r. decisão, reconhecendo o direito da recorrida em beneficiar-se do fenômeno da denúncia espontânea prevista no § único do artigo 138 do Código Tributário Nacional, negando provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, mantendo o contido no v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região ...”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A embargante alega a existência de obscuridade e contradição no acórdão recorrido. Sustenta que a fundamentação utilizada pela Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça não se enquadra na realidade fática sobre a qual versam os autos. Dispensa enorme esforço argumentativo na tentativa de caracterizar a denúncia espontânea quando o débito confessado, acrescido de juros e multa moratória, foi completamente adimplido através de parcelamento. Sustentado isso, pugna pela garantia da compensação dos valores pagos a título de multa moratória com parcelas vincendas das próprias contribuições cujo débito confessou.

Não há razão com a embargante. A caracterização do instituto da denúncia espontânea ocorre no momento em que o devedor antecipa-se à ação do Fisco e confessa a existência de um débito, pagando-o integralmente. Não se pode conceber que uma empresa, após revelar a existência de uma dívida fiscal, efetuar o parcelamento e quitá-lo sem fazer ressalva, postule em juízo o reconhecimento da denúncia espontânea e a garantia de compensação com valores pagos a título de multa moratória.

Confirma-se a impossibilidade da pleiteada compensação pelo disposto nos artigos 170, **caput**, do CTN (“A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”) e 66, **caput**, da Lei n. 8.383/1991 (“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.”). Da leitura conjunta de tais dispositivos legais, aduz-se, com facilidade, o fato de que a situação em tela não se enquadra em nenhuma das possibilidades legais. De fato, em nenhum momento houve pagamento indevido ou a maior. A embargante nada mais fez do que cumprir sua obrigação ao efetuar, em dia, o pagamento de todas as parcelas referentes aos valores não adimplidos na data correta, devidamente acrescidos da multa moratória.

Ao mais, renovo todos os argumentos trazidos no bojo do voto condutor do **decisum** embargado e, a fim de eliminar quaisquer resquícios de dúvida em torno de sua correição, transcrevo-o na íntegra (fls. 239/243):

“Em 13.03.2001, a Direty Distribuidora de Revistas Ltda, empresa recorrida, impetrou mandado de segurança preventivo contra ato do Delegado da Receita Federal em Maringá — PR objetivando o reconhecimento da existência de indébito relativo às multas moratórias em decorrência de denúncia espontânea, nos termos do art. 138, parágrafo único, do CTN.

Alega ter direito a promover a compensação das multas indevidamente pagas com outras espécies tributárias, quais sejam, Cofins, PIS, IRPJ e CSLL, haja vista ter-se configurado, na espécie, denúncia espontânea pelas razões seguintes (fl. 03):

‘(...)

Ultrapassadas as dificuldades financeiras que lhe assoreavam, a Impetrante, contribuinte cordata e cônica de suas obrigações fiscais,

espontaneamente, antes mesmo de qualquer procedimento administrativo fiscal tendesse a exigir o recolhimento daqueles tributos, procurou em 1995, a Delegacia da Receita Federal local, com o objetivo de regularizar sua situação junto àquele órgão.

Assim, munido daquele intuito, não lhe restando outra alternativa, buscou junto à DRE, o parcelamento dos tributos em aberto, abrangendo o período retromencionado, consoante denota-se através das cópias autenticadas dos Termos de Parcelamentos em anexo, cujos Processos Administrativos foram autuados respectivamente sob os ns. 10950-000.305/94-35; 10950-000.304/94-72; 10950-001.660/95-01; 10950-001.661/95-66; 10950-001.659/95-66 e 10950-001.662/95-29.

Veja, Excelência, que a Impetrante, espontaneamente, prontificou-se em recolher e cumprir as suas obrigações tributárias, quitando integralmente os mencionados parcelamentos.

No entanto, nos aludidos parcelamentos consolidados, além do valor originário, aplicação da Ufir, mais os juros pela taxa Selic, incidiu ainda, a multa 'moratória', que, **concessa venia**, não era devida em razão da denúncia espontânea praticada pela impetrante, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, face ao disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional e parágrafo único.

(...)

Com efeito, a impetrante pretende via administrativa proceder à compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de multa moratória, com as parcelas vincendas dos respectivos tributos que deram origem ao indébito ora pleiteado, tudo devidamente corrigido, nos mesmos moldes em que a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.'

O acórdão recorrido reconheceu procedente a pretensão da empresa, afirmando em sua ementa (fl. 201):

'Tributário. Denúncia espontânea. Confissão de dívida acompanhada de pedido de parcelamento. Exclusão de multa. Art. 138 do CTN.

1. A confissão espontânea da dívida, antes de qualquer ação fiscalizatória da Fazenda Pública, acompanhada de pedido de parcelamento, enseja a aplicação do art. 138 do CTN, eximindo o contribuinte das penalidades decorrentes de sua falta. Exigir o pagamento integral desvirtuaria o próprio objetivo do instituto, que optou por estimular o adimplemento espontâneo e valorizar a boa-fé do contribuinte.

2. O art. 138 do CTN não faz distinção entre multa moratória e multa punitiva, nem a infrações de natureza substancial ou formal, aplicando-se o favor legal da denúncia espontânea a qualquer espécie de multa.’

A Fazenda Nacional, em sede do presente recurso especial, alega violação ao art. 138 do CTN, desenvolvendo os seguintes fundamentos (fls. 215/216):

‘O acórdão considerou configurada a denúncia espontânea pelo pedido de *parcelamento*, que, evidentemente, não se constitui em pagamento integral, violando o disposto no art. 138 do CTN.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em seu Informativo n. 139, de 21 de junho de 2002, esclareceu a correta interpretação do art. 138, do CTN:

‘No caso, o contribuinte em mora no pagamento do ICMS confessou a dívida e requereu seu parcelamento. Contudo, insurge-se contra a aplicação pela Fazenda Pública da multa moratória, amparando-se no instituto da denúncia espontânea. A Seção negou provimento ao recurso remetido pela Segunda Turma, entendendo que se aplica, na espécie, a Súmula n. 208/TFR. Assim sendo, quando há parcelamento do débito tributário, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, uma vez que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e só será quitado quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento e a este não substitui, mesmo porque não há presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais, igualmente, serão adimplidas, nos termos do art. 158 do CTN. Precedentes citados: REsp n. 114.459/SP DJ de 13.08.2001, e REsp n. 193.530/RS, DJ de 1^a.03.1999’. REsp n. 284.189/SP Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 17.06.2002.

Esta decisão, proferida pela egrégia Primeira Seção do STJ, envolve todos os Ministros competentes para a apreciação do direito tributário infraconstitucional e sepulta a discussão acerca da correta interpretação do dispositivo em todo o território nacional.’

A recorrida defende a configuração da denúncia espontânea e a possibilidade de parcelamento, insistindo pela confirmação do aresto de segundo grau.

Duas questões apresentam-se para análise, a fim de bem ser aplicado o instituto da denúncia espontânea.

A primeira tem vinculação com a definição de ser o parcelamento forma de pagamento, por este ser exigido para fins de aplicação do art. 138 do CTN.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme consta no Informativo n. 139, de 21.06.2002, por maioria, consolidou entendimento na linha do apresentado pela recorrente à fl. 215. A conclusão firmada aponta por não se considerar parcelamento sinônimo de pagamento. O efeito desse diferencial é o de afastar, ocorrendo parcelamento, a denúncia espontânea.

Em julgados anteriores manifestei-me em sentido contrário.

Acosto-me, contudo, ao novo posicionamento da Seção, especialmente, quando o parcelamento decorre de tributos devidos e cujos valores foram apurados em decorrência de autolançamento, isto é, por indicação do contribuinte, em sua própria escrita fiscal, como é o caso em exame.

Essa é a segunda questão que merece ser analisada.

A empresa recorrida confessou que, não obstante ser devedora do Finsocial, Cofins, PIS, IRPJ e CSLL, conforme documento de fls. 23/26, não liquidou, na época própria, os valores devidos. Ela própria efetuou o autolançamento, apurando a base de cálculo e determinando o **quantum** a ser recolhido. Apenas no vencimento deixou de cumprir a sua obrigação. Esse tipo de lançamento, chamado, também, por homologação, presume-se verdadeiro até que o Fisco o desconstitua ou deixe decorrer o prazo para examiná-lo.

Efetuada o lançamento por homologação, cuja responsabilidade é do contribuinte, surge para este a obrigação de antecipar o pagamento do valor apurado sem prévio exame da autoridade administrativa.

Ocorrendo tal fenômeno tributário, o valor do tributo deve ser recolhido ao Fisco na data do vencimento, sob pena de incidência de multa e juros de mora.

Não há, portanto, possibilidade, nesta situação, de o contribuinte ser beneficiado pelo instituto da denúncia espontânea. Esta exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo Fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte.

A denúncia espontânea não é instituto que favoreça o atraso do pagamento do tributo. Ela existe como incentivo ao contribuinte para denunciar

situações de ocorrência de fatos geradores que foram omitidas, como é o caso de aquisição de mercadorias sem nota fiscal, de venda com preço registrado aquém do real etc.

Ao ser firmado entendimento da ocorrência de denúncia espontânea no caso de tributo recolhido com atraso, após a sua devida apuração, desapareceria a incidência da multa punitiva aplicável para esse procedimento.

Em face do exposto, pelos motivos expostos, dou provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.”

Posto isso, rejeito os embargos de declaração em exame.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 24.130 — SP (2002/0105865-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Impetrante: Mariângela de Campos Machado

Impetrada: Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Paciente: Nânci da Graça Dias

EMENTA

Habeas corpus. Depositário infiel. Ação de execução proposta há cerca de 20 anos. Bens penhorados atualmente desprovidos de valor econômico. Impossibilidade de efetividade da penhora.

I - A prisão de devedor que assumiu o encargo de depositário de bem penhorado só deve acontecer quando a garantia não for encontrada, se ficar absolutamente provado que ele agiu de modo comissivo ou omissivo para o desaparecimento. (HC n. 19.834/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 25.03.2002, p. 178).

II - Comprovado que os bens penhorados não se prestam à penhora, por circunstâncias alheias à vontade da depositária, deve ser excluída a decretação da medida restritiva.

III - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Mariângela de Campos Machado, figurando como paciente Nanci da Graça Dias, apontando como autoridade coatora a Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

O presente feito resulta do julgamento proferido no agravo de instrumento, em que a paciente impugna mandado de prisão em face de ter sido considerada depositária infiel.

Explicita que era companheira de Takashi Yjichi integrando uma sociedade comercial prestadora de serviços de limpeza, tendo a empresa sofrido execução fiscal em 1982, decorrendo a penhora de 34 enceradeiras.

A paciente afirmou que assumiu a condição de depositária dos bens sem saber do alcance de tal responsabilidade, uma vez que seu companheiro era quem geria o negócio, tendo ele guardado as tais enceradeiras na casa de um amigo, que teria tomado rumo ignorado.

Assevera que as enceradeiras teriam hoje mais de 25 anos, sendo impossível restitui-las e mesmo que existissem não serviriam ao seu propósito. Observa que é dona de casa, não tendo qualquer condição de pagar o equivalente em dinheiro, tendo como único bem os direitos decorrentes de compromisso de compra e venda sobre lote de terreno de 600m², no Estado de São Paulo.

Pugna pela revogação do mandado de prisão.

Às fls. 64/65, deferi a liminar, revogando o mandado prisional.

Parecer do Ministério Público pela confirmação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A ordem há de ser concedida, nos termos do parecer do douto Ministério Público Estadual, **verbis**:

“...A segregação do depositário, por expressar medida excepcional admitida na Constituição Federal para prisão por dívida, deve mostrar-se suficientemente fundamentada e ostentar efetiva utilidade prática, sob pena de se converter em indevida expiação do devedor impossibilitado de cumprir a obrigação, sendo certo que não é dado exigir-se de alguém que faça o impossível.

Cabe lembrar, ainda, que, na interpretação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que se destina, não nos parecendo, no presente caso, que a prisão civil da paciente atenda, atualmente, tal mandamento.”

Conforme se observa, é impossível para a paciente efetuar a entrega do bem penhorado, em face das circunstâncias presentes para a hipótese dos autos.

A prisão do depositário infiel tem como objetivo constranger o remisso a entregar a coisa ou pagar o valor correspondente. Para a hipótese dos autos, a prisão da paciente não cumprirá o objetivo propugnado, servindo apenas como exemplo para a sociedade.

Sobre o assunto confira-se o julgado, **verbis**:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Depositário infiel.

1. A prisão de devedor que assumiu o encargo de depositário de bem penhorado só deve acontecer quando a garantia não for encontrada, se ficar absolutamente provado que ele agiu de modo comissivo ou omissivo para o desaparecimento.

2. Bem que se afirma ter sido furtado por terceiros.

3. Discussão sobre a efetividade e a eficácia do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico.

4. **Habeas corpus** concedido.” (HC n. 19.834/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 25.03.2002, p. 178).

O nobre membro do *Parquet* Federal, manifestando-se às fls. 770/777, emitiu o seguinte comentário:

“Bem de ver que, como a prisão, no caso em testilha, não tem as características de retribuição e castigo que caracterizam a sanção penal, perfilho a

tese de que a impossibilidade da prestação devida por circunstâncias alheias à vontade da paciente deve excluir a decretação da medida restritiva, motivo pelo qual coaduno-me ao r. **decisum** exarado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator, abstendo-me de interpor o recurso cabível para atacar a decisão.

É o que, por ora e **pro justitia**, se tem a registrar”.

Tendo em vista as circunstâncias que envolvem os eventos e, atendendo às condições peculiares do caso em tela, *concedo* o *writ*, confirmando o **decisum** de fl. 64.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.554 — PR (2002/0035633-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: URBS — Urbanização de Curitiba S/A

Advogados: Sidney Martins e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba — PR

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: José Antônio Peres Gediel e outros

EMENTA

Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Sentença que condena terceiro que não integrou a lide. Trânsito em julgado da decisão. Terceiro prejudicado. Cabimento do mandado de segurança. Afastamento dos efeitos da sentença em relação ao terceiro.

I - O terceiro prejudicado por decisão judicial, prolatada em processo do qual não foi parte, pode impetrar mandado de segurança para defender direito violado, mesmo que a decisão tenha transitado em julgado, vez que o processo judicial transcorreu sem o seu conhecimento.

II - A URBS — Urbanização de Curitiba S/A é a responsável pela aplicação das multas de trânsito de competência do Município e também

pela notificação destas ao proprietário do veículo. Por esta razão, é imprescindível que integre o pólo passivo de ação que visa à liberação do licenciamento do veículo independentemente do pagamento das multas, a fim de que possa apresentar os comprovantes das notificações efetuadas e, dessa forma, afastar a incidência da Súmula n. 127 do STJ.

III - Recurso ordinário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela URBS — Urbanização de Curitiba S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Mandado de segurança — Ato judicial — Direito líquido e certo não violado — Indeferimento da inicial, revogando-se a liminar anteriormente concedida — Extinção do processo.

A inexistência de direito líquido e certo, resultante de fato certo e capaz de ser comprovado de plano, não constitui fundamento para impetração de ação mandamental.”

Notícia o recorrente que o senhor Climar Antonio Lorenzi impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito do Estado do Paraná — Detran/PR, visando obter ordem para que lhe fosse liberado o licenciamento do veículo, independentemente do pagamento das multas de trânsito sobre ele pendentes. Este Mandado de Segurança recebeu o n. 30.255.

Diz que, em razão de sentença prolatada naquele feito, adveio ofício do Juízo da causa determinando que a URBS — Urbanização de Curitiba S/A, que não participou daquele **mandamus**, desvinculasse as multas de trânsito de sua competência do licenciamento do veículo do antedito usuário.

Por esta razão, a URBS — Urbanização de Curitiba S/A impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, alegando, em síntese, que não fora chamada a participar daquele Mandado de Segurança n. 30.255, não havendo prestado qualquer informação a respeito das multas municipais de sua competência e, por esta razão, não poderia ser atingida por decisão proferida naquele processo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, entendendo ausente o direito líquido e certo da impetrante, ora recorrente, extinguiu a ação mandamental sem julgamento do mérito.

Em suas razões de recurso, afirma a recorrente que o Juízo do Mandado de Segurança n. 30.255, em suas informações, alegou que proferiu sentença apenas no sentido de determinar a renovação do licenciamento do veículo, independentemente do recolhimento das multas de trânsito que sobre ele pendiam, — não as anulando —, tendo o Tribunal **a quo**, equivocadamente, seguido a trilha da informação.

Diz que, justamente neste ponto, reside a ilegalidade do ato impugnado, haja vista que a determinação de liberar o licenciamento do veículo deu-se com fundamento na ausência de notificação da aplicação das multas ao proprietário, a fim de lhe ser proporcionado o direito de defesa.

Questiona como o Detran/PR poderia demonstrar a devida notificação em relação às multas impostas de competência do Município.

Por fim, pede a reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, para o fim de anular a sentença singular, proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 30.255, de molde a desobrigar a recorrente do cumprimento da decisão.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Preliminarmente, quanto ao cabimento do mandado de segurança à espécie, tenho que, na hipótese dos autos, são inaplicáveis as Súmulas ns. 267 e 268, do Supremo Tribunal Federal, vez que é incontestado nos autos que a recorrente somente ficou sabendo da sentença prolatada

no Mandado de Segurança n. 30.255 quando já ocorrera o trânsito em julgado da decisão. Assim, não há como ser negado à recorrente o acesso à Justiça.

Este Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 202 que, embora não retrate exatamente a hipótese **sub judice**, tem como escopo permitir o acesso do terceiro prejudicado.

Por esta razão, em hipóteses tais, deve o Judiciário receber a impetração de terceiro atingido em seu direito, por decisão prolatada em processo judicial para o qual não foi citado ou intimado, vez que patente o prejuízo, sendo irrelevante que a decisão judicial impugnada tenha transitado em julgado. Ademais, o raciocínio contrário acarretaria violação aos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472 do Código de Processo Civil), isto é, as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, visto que admitiríamos que os efeitos da decisão judicial, proferida em ação cautelar atingiriam, de forma direta, quem não foi parte do processo.

Com este entendimento, transcrevo os julgados:

“I - Processual — Mandado de segurança — Terceiro prejudicado — Recurso — Interposição — Súmula n. 202.

II - Decisão judicial — Extensão — Terceiros — Nulidade — CPC, art. 472. Interposição

I - “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.” (Súmula n. 202)

II - É nula, por ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil decisão que estende dispositivo de acórdão a pessoa que não integrou.” (RMS n. 12.418/PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.10.2002, p. 171)

“Processual — Sentença que declara indisponibilidade do patrimônio de pessoas alheias à relação processual — Nulidade — Ineficácia — Mandado de segurança — Recurso de terceiro prejudicado — Pendência de recurso com efeito suspensivo.

I - Ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

II - É lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível.

III - É nula e ineficaz, por ofender os artigos 460 e 472 do CPC, a sentença que, sem requerimento do autor, decreta a indisponibilidade de bens pertencentes a terceiros, alheios à relação processual.

IV - A circunstância de a sentença estar sob desafio de recurso com efeito suspensivo não lhe retira o potencial ofensivo, nem a imuniza contra mandado de segurança em favor de terceiro prejudicado.” (RMS n. 11.383/PB, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.09.2002, p. 146)

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Terceiro alcançado pela coisa julgada formada em processo de que não participou. Cabimento do mandado de segurança. Necessidade do exame do mérito do *writ* que não resta prejudicado pela declaração de intempestividade da apelação posteriormente interposta pelo terceiro contra o mesmo ato. Acórdão originário que ao declarar prejudicado o feito incorreu em negativa de prestação jurisdicional. Recurso ordinário provido. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciar o mérito da segurança pleiteada.

I - Como assinalou Athos Gusmão Carneiro, na qualidade de Ministro-Relator do RMS n. 1.114/SP, da Quarta Turma, “o princípio de que o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal aplica-se entre partes, mas não incide em se cuidando de segurança impetrada por terceiro, prejudicado em seu patrimônio pelo ato judicial”.

II - Estando o pedido veiculado na inicial dirigido contra o ato do Juiz da execução, e não se referindo à comunicação de efeito suspensivo àquele recurso, cumpria ao Tribunal de origem apreciar tal pedido, tendo incorrido em negativa de prestação jurisdicional ao deixar de fazê-lo, afirmando que a intempestividade da apelação deixara prejudicado o mandado de segurança.

III - Tendo a interposição da apelação sido posterior à impetração, não se pode entrever na espécie a preclusão consumativa no que tange à pretensão veiculada na ação mandamental.

IV - Acolhida preliminar de falta de interesse jurídico da impetrante na instância originária, a cassação dessa decisão na instância revisora impõe o retorno dos autos ao Colegiado originário para apreciação do pedido quanto ao mérito.

V - Defere-se o levantamento, pela impetrante-recorrente, mediante caução, da importância penhorada, levando em consideração que a causa já estaria suficientemente madura para autorizar esse ato, evitando-se maiores prejuízos à parte impetrante. Esse entendimento, embora ainda não vigente, de que é possível adentrar o mérito, reflete o pensamento dominante na doutrina brasileira, com largo reflexo na jurisprudência.” (RMS n. 13.065/MA, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 03.06.2002, p. 208)”

A sentença proferida no mandado de segurança impetrado pelo Sr. Climar Antonio Lorenzi, de onde partiu o ato impugnado, nos trechos que interessam ao deslinde deste recurso, assim foi lavrada:

“Também não há que se falar na notificação de outras autoridades, pois o impetrante insurgiu-se contra ato praticado pela autoridade de cobrar previamente multas para o licenciamento do veículo e não por outros motivos, conforme bem elaborado trabalho pelo Dr. Promotor de Justiça.

No mais, o impetrante afirmou que não foi notificado das diversas multas lançadas contra si.

Em contrapartida, a autoridade coatora, além de afirmar sobre a legalidade do ato, manifestou-se no sentido da prévia notificação e ainda juntou documentos desta origem.

Todavia, tais documentos são insubsistentes para amparar a alegação da autoridade, pelo fato de não representar todas as multas lançadas contra o impetrante, além das notificações não terem sido realizadas de forma pessoal.

(...)

Não ocorrendo a prévia notificação com os ditames legais, prejudicada ficará a sua oportunidade de defesa, não podendo, pois, a autoridade coatora determinar o recolhimento de tais valores para a obtenção da certidão negativa.

(...)

Isto posto, julgo procedente o pedido inicial, para o fim de conceder a segurança alternativa pleiteada para suspender o recolhimento das multas apontadas, devendo isto ser alvo de outro procedimento administrativo nos termos dos arts. 5º, LXIX, CF, c.c. o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

(...)

Curitiba, 27 de janeiro de 1999.” (Grifei)

A primeira observação a ser feita é no tocante ao reconhecimento que o Juiz faz, na sentença, sobre a insuficiência dos documentos para amparar a alegação da autoridade. No entanto, três parágrafos antes, o magistrado afirmou que não havia necessidade de notificação de outras autoridades. Se estas autoridades tivessem sido notificadas, este novo *writ* poderia ter sido evitado.

Em 08 de março de 2000, a Promotoria de Justiça atuante junto àquela Vara, prestou a seguinte informação nos autos:

“Meritíssimo Juiz:

Deve ser acatado em parte o que solicitou o impetrante em seu requeri-

mento de fl. 212, oficiando-se à autoridade coatora informando que a sentença que concedeu a segurança abrange todas as multas que estavam sendo exigidas do impetrante, inclusive as emitidas por outros órgãos, devendo o Detran conceder a renovação do licenciamento independente da exigência daquelas multas.”

Na data de 18 de abril de 2000, o Juiz daquela causa encaminhou ofício ao Detran/PR, do qual a recorrente teve ciência em 28 de abril de 2000, lavrado nestes termos:

“Senhor Diretor,

Atendendo ao contido no Processo n. 30.255 de mandado de segurança urgente com pedido de liminar, em que Climar Antonio Lorenzi promove contra Diretor do Departamento de Trânsito do Paraná — Detran, informo à Vossa Senhoria que a sentença abrange todas as multas que estavam sendo exigidas ao Impetrante, devendo este órgão conceder a renovação do licenciamento independente da exigência daquelas multas, em conformidade com a cópia autêntica da r. sentença de fls. 114/117, das peças de fls. 214, 219 e do despacho de fl. 220, que ficam fazendo parte integrante do presente.”

A partir desta comunicação é que surge o problema: está a se exigir que a URBS — Urbanização de Curitiba S/A, que não foi citada ou intimada a prestar informações nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Sr. Climar Antonio Lorenzi, sofra efeitos da sentença condenatória prolatada naquela causa.

De fato, a Súmula n. 127 deste Superior Tribunal de Justiça prevê que “É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.” No entanto, quem poderia prestar as devidas informações ao Juízo, em relação às autuações relativas à municipalidade, era a recorrente que deveria ter sido citada como litisconsorte passivo necessário.

Não se pode exigir da recorrente, que é a responsável pela notificação do proprietário do veículo quanto às multas de sua competência, cerceando seu direito à demonstração da ocorrência da notificação, que desvincule a cobrança de todas as multas que aplicou da renovação do licenciamento do veículo. Para que isso fosse possível, o Juízo daquele mandado de segurança, impetrado pelo Sr. Climar Antonio Lorenzi, deveria tê-la intimado para que apresentasse os comprovantes das notificações das multas que aplicou. Entretanto, aquele Juízo entendeu que tal intimação era desnecessária.

Também não se pode tornar nula a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 30.255, vez que válida entre partes que daquela ação fizeram parte, perfazendo a coisa julgada **inter omnes**.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para determinar que os efeitos da sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança n. 30.255, pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba — PR, em que é impetrante o Sr. Climar Antonio Lorenzi, não atinjam a URBS — Urbanização de Curitiba S/A.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 426.945 — PR (2002/0043098-0)

Relator : Ministro Teori Albino Zavascki

Relator p/ o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente: Volvo do Brasil Veículos Ltda

Advogados: Cláudio Bonato Fruet e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

Sustentação oral: Dr. Carlos Eduardo Caput Bastos, pela recorrente

EMENTA

Tributário. Regime internacional. Dupla tributação. IRRPF. Impedimento. Acordo GATT. Brasil e Suécia. Dividendos enviados a sócio residente no exterior. Arts. 98 do CTN, 2ª da Lei n. 4.131/1962, 3ª do GATT.

— Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação. Esta vem sendo condenada por princípios que estão acima até da própria norma constitucional.

— O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2ª da Lei n. 4.131/1962, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas.

— O art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados, contratos, e não os tratados-leis.

— Sendo o princípio da não-discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países.

— Supremacia do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário e do art. 3^a do GATT.

— Recurso especial 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 prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, por maioria, vencidos os Srs. Ministros-Relator e Luiz Fux (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, 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 (voto-vista) e Denise Arruda (voto-vista).

Brasília (DF), 22 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 25.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto pela Volvo do Brasil Veículos Ltda, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, em ação declaratória objetivando o reconhecimento da inexistência de relação jurídica que a obrigue à retenção na fonte e ao recolhimento de imposto de renda sobre os dividendos enviados a seu sócio residente na Suécia no ano-base de 1993. O Tribunal Regional Federal da 4^a Região manteve a sentença que julgara improcedente o pedido, ao fundamento de que (a) no direito brasileiro inexiste hierarquia entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, resolvendo-se eventual incompatibilidade pelo critério temporal, razão pela qual a legislação que isentou do imposto de renda na fonte apenas os lucros recebidos por sócios residentes e domiciliados no Brasil (Lei n. 8.383/1991, arts. 75 e 77 e Decreto n. 1.041/1994, art. 751) revogou o texto convencional que assegurava tratamento não discriminatório (“Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda” — promulgada por meio do Decreto n. 77.053/

1976 — artigo 24, 1. a 4.); e (b) inexistência de violação ao princípio constitucional da isonomia, pois não há relação de similitude entre os sócios residentes no Brasil e na Suécia.

Nas razões recursais, alega-se a ofensa aos seguintes dispositivos legais: (a) art. 98 do CTN e art. 24 da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, pois a legislação interna não pode prevalecer sobre os acordos internacionais recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, os quais são revogados somente por meio de denúncia do Estado contratante ou de tratado superveniente; e (b) art. 5º, § 2º, e art. 150, II, da Constituição, pois, além de o tratado internacional sobrepor-se à legislação ordinária interna, tem-se por inconstitucional a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação idêntica. Frisa a equivalência entre os sócios residentes no Brasil e no exterior, evidenciando-se a similitude na circunstância de serem ambos sujeitos passivos da mesma exação tributária, sendo irrelevante o domicílio de cada um. Acrescenta, por fim, que a Convenção em análise constitui regra especial em face da legislação interna do imposto de renda, de caráter geral.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional consignou, prefacialmente, ser inviável a análise de matéria constitucional no recurso especial, e, no mérito, propugna pelo improvimento do apelo.

É o relatório. Peço dia.

EMENTA

Tributário. Imposto de renda retido na fonte. Dividendos remetidos ao exterior. Convenção internacional. Não-discriminação entre nacionais. Conflito com legislação interna.

1. A “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, recepcionada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 70.053/1976, não contém qualquer antinomia com a legislação interna que trata da incidência do imposto de renda retido na fonte sobre dividendos enviados por empresa brasileira a sócio residente na Suécia.

2. Se antinomia houvesse, prevaleceria, na disciplina da matéria, a norma interna superveniente à citada Convenção. É que a eficácia dos tratados, na ordem internacional, subordina-se a formas próprias de criação e revogação distintas das que operam na ordem interna. Uma vez integradas à ordem interna, as normas internacionais estão sujeitas à revogação, segundo a forma estabelecida no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

3. A parte final do art. 98 do CTN deve ser compreendida como aplicável tão-somente aos tratados contratuais.

4. Recurso especial improvido.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A alegada ofensa ao art. 5º, § 2º, e ao art. 150, II, todos da Constituição, não é passível de apreciação na via do recurso especial. No tocante à suposta ofensa ao art. 98 do CTN e ao art. 24 da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, houve o adequado prequestionamento da matéria, devendo ser conhecida a irresignação nesse ponto com base no art. 105, III, **a** da Constituição.

2. Versa a presente demanda sobre a tributação de dividendos enviados por pessoa jurídica brasileira a sócio residente na Suécia no ano-base de 1993. Dispõe o art. 75 da Lei n. 8.383/1991 que “sobre os lucros apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País”. Já o art. 756 do Decreto n. 1.041/1994, reproduzindo o disposto no art. 77 da Lei n. 8.383/1991, determina que “estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior”.

Decorre dessas normas que o lucro distribuído a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada fora do Brasil está sujeito à incidência do imposto de renda retido na fonte. O recorrente, buscando elidir essa conclusão, invoca o conteúdo do Decreto n. 70.053/1976, que promoveu a recepção, em nosso ordenamento jurídico, da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”. Alega que tal regramento deve ser observado ainda que haja lei ordinária posterior em sentido contrário, conforme prescreve o art. 98 do CTN. Considera indevida a retenção do tributo na fonte em razão da disposição contida no art. 24 do referido acordo, que preconiza o tratamento tributário isonômico entre os nacionais brasileiros e suecos na hipótese em apreço.

3. Ao tratar sobre dividendos, a Convenção determina, no item 1 de seu art. 10, que “os dividendos pagos por uma sociedade por um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado”. Logo em seguida estabelece ressalva, dizendo no item 2 que “esses dividendos podem ser

tributados no Estado contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder: a) 15% do montante bruto dos dividendos se o beneficiário for uma sociedade (excluindo-se as sociedades de pessoas); b) 25% do montante bruto dos dividendos em todos os demais casos”.

Portanto, examinando apenas as regras especificamente dirigidas à tributação de rendimentos destinados pela empresa brasileira a sócio residente na Suécia, não se vislumbra qualquer antinomia entre a Convenção e a legislação interna do imposto de renda. A recorrente, contudo, defende que a regra do acordo internacional que enseja o prolapado conflito é o art. 24, caracterizado pela epígrafe “não-discriminação”. Examinemos seus itens:

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.

É permitido concluir, em primeiro lugar, que o regramento contido no art. 10 goza de especialidade em relação ao do art. 24, detendo primazia de aplicação. Conforme visto, a situação fática de que tratam os autos ajusta-se perfeitamente ao suporte fático hipotético daquela norma, e há nela a permissão para que o Estado contratante onde se encontra a empresa remetente dos dividendos tribute-os *na forma de sua legislação*, observados os limites quanto à alíquota.

Resta, então, perquirir se no regramento genérico sobre “não-discriminação” há alguma disposição que se sobreponha às regras do art. 10 e revele a impossibilidade de impor a indigitada exação. Sustenta a recorrente que o item 1 do art. 24 veda o tratamento diferenciado entre os sócios em função do local onde estão domiciliados. Sem razão, porém. O que todas as disposições do art. 24 buscam reprimir é a discriminação *fundada na nacionalidade*. O primeiro sinal inequívoco dessa orientação está na parte final do item 1. Estatui-se que um Estado contratante não pode estabelecer ao nacional do outro Estado “tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa” do que a estabelecida aos nacionais do primeiro Estado, *desde que estejam na mesma situação*. Há significativa diferença entre um nacional estar domiciliado em seu Estado de origem ou no Estado estrangeiro — tanto que a Convenção, em diversas oportunidades, estabeleceu regras específicas para disciplinar a situação do nacional residente em seu Estado de origem quanto a fatos jurídicos ocorridos no Estado estrangeiro. Veja-se a respeito o art. 7, que trata do lucro das empresas, o art. 11, cuidando de juros, o art. 12, sobre *royalties*, o art. 16, disciplinando as remunerações de direção, o já citado art. 10 e, principalmente, a segunda parte do item 3 do próprio art. 24, ao enfatizar que a primeira parte do mesmo item, ao vedar tratamento diferenciado ao estabelecimento permanente que um Estado contratante mantenha no outro Estado, *não implica a concessão de determinados benefícios aos residentes no Estado estrangeiro*. Tal regra expressa inequivocamente que não há como interpretar as normas presumindo a aplicação geral e irrestrita aos nacionais domiciliados em Estados diferentes.

O magistrado de primeiro grau, dr. Nicolau Konkell Júnior, fez exposição precisa sobre a questão:

“Deveras, o item 1 impede a imposição de tratamento tributário diverso em função da nacionalidade do sujeito passivo. Ora, disto o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 não trata. O critério de discriminação eleito por este dispositivo legal é a residência ou o domicílio do sujeito passivo, independentemente de sua nacionalidade. Deste modo, o brasileiro residente e domiciliado na Suécia estará sujeito à mesma carga tributária suportada pelo contribuinte sueco que resida ou esteja domiciliado naquele país, pelo recebimento de lucros e dividendos de empresas localizadas no Brasil”.

Enfim, a presente hipótese é regradada pelo art. 10 da Convenção, o qual em nada se indispõe com a legislação nacional posterior. O item 1 do art. 24 pressupõe perfeita identidade de situações entre os nacionais, o que não se verifica no caso, em que se comparam sócios residentes no Brasil e na Suécia.

4. Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que houvesse antinomia entre o que consta da Convenção Internacional e o que estabeleceu a superveniente legislação interna, ainda assim não teria razão a recorrente. Sobre o tema, em caso análogo, sustentei, em julgamento perante o TRF da 4ª Região, que tal antinomia se resolve, em nosso sistema, pela prevalência da legislação interna. Reproduzo o teor do citado voto:

“Sustenta-se, aqui e acolá, com base no artigo 98 do CTN, que as normas de isenção insertas em tais acordos ou tratados não podem ser modificadas pelo direito ordinário interno superveniente, dada a prevalência que sobre estes tem os tratados e as convenções internacionais. Enfrentemos o tema.

Diante das duas grandes correntes doutrinárias que posicionam os tratados internacionais em face do direito interno — uma afirmando que o tratado é fonte formal de direito positivo interno desde o momento em que é firmado, e a outra que condiciona a vigência interna do tratado a ato legislativo de adaptação da norma internacional à norma nacional — o Brasil, sem sombra de dúvida, filiou-se à segunda corrente. Com isso, enquanto não integrado à legislação interna pelo referendo do Congresso Nacional (art. 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal) o tratado firmado pelo Presidente da República só opera na ordem internacional, não revogando nem suspendendo a eficácia das normas nacionais.

De logo ressalta, portanto, a necessidade de distinguir-se as duas ordens de eficácia dos tratados: a ordem internacional e a ordem interna. Na ordem internacional, o tratado possui forma própria de criação e revogação, diferente da forma de criação e revogação das normas que atuam na ordem interna. A revogação das normas internacionais, na ordem internacional, será a denúncia; a revogação da norma interna, na ordem interna, ocorre com lei posterior (Lei de Introdução, artigo 2º). O tratado internacional, enquanto norma internacional, atuando na ordem internacional, somente será revogado pela denúncia; enquanto norma integrada ao direito positivo interno, porém, sua revogação se dará pelo mesmo processo de revogação das demais espécies normativas da ordem interna. Realmente, se a revogação de um tratado integrado à legislação interna somente fosse possível pela denúncia (forma de revogação na ordem internacional) estar-se-ia dando a tal tratado uma condição superior a das próprias normas constitucionais, pois em nossa Cons-

tuição inexistente dispositivo considerando irrevogável lei positiva pelo fato de ter sua origem em tratado internacional. Em acórdão sempre invocado, proferido no RE n. 80.004 (RTJ 83/809-848) o Supremo Tribunal Federal abordou exaustivamente a matéria em foco, cabendo trazer a lume os seguintes excertos de voto:

‘Não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso Nacional de apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

Do contrário, teríamos, então — e isto sim seria inconstitucional — uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado.

Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou então, poderá ser revogada ou modificada pelo Congresso, como qualquer outra lei’ (voto do Ministro Cunha Peixoto, p. 823).

‘Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não porém, no campo do direito interno. Quando muito poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno.

Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade’. (Voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 829)

‘A Constituição Federal não encerra norma que, na hierarquia das leis, outorgue aos tratados posição de preeminência, exigindo a prévia denúncia deles para que, só então, a legislação interna possa dispor em sentido contrário ao que neles se contenha’ (voto do Ministro Rodrigues Alckmin, p. 840).

Considerando o exposto, bem assim a circunstância de que ao Judiciário compete aplicar o direito vigente na ordem interna, não há como deixar de concluir que, independentemente da revogação do tratado, pela denúncia, na

ordem internacional, a norma interna posterior, incompatível com a do tratado, é de aplicação obrigatória pelos Tribunais. **Triepel**, citado pelo Ministro Cunha Peixoto no RE n. 80.004 (**op. cit.** p. 823) afirma, com inteira propriedade, que ‘o dever de obediência dos súditos perante a lei do Estado é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a esse direito... O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e, especialmente, para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional’.

Até mesmo os que negam que a legislação interna possa revogar norma de tratado internacional, como o Ministro João Leitão de Abreu, não deixam de assegurar que ‘estão os órgãos estatais incumbidos de aplicar o direito obrigados a emprestar eficácia às leis do País, ou seja, ao direito interno, somente se achando autorizados a recusar-lhe autoridade nos casos previstos na Constituição. Entre esses casos se compreendem os de conflito entre a Carta Constitucional e as leis, podendo neles se incluir, também, se para isso houver, na Carta Política, previsão expressa, o de conflito entre lei e tratado internacional ou norma de direito internacional comum... Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao Judiciário competência, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência que me parece inevitável é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com o tratado’.

Os próprios defensores da primazia do direito internacional sobre o interno não encontram alternativa jurídica ao reconhecimento da obrigatoriedade das normas nacionais contrárias a tratado. No dizer de **Francisco Campos** (**op. cit.**, pp. 826/827) ‘**Verdross**, que é o campeão da doutrina do primado do direito internacional sobre o direito interno, reconhece, entretanto, que a lei não deixa de ser obrigatória pelo fato de estar em contradição com o disposto em tratado internacional em que é parte o Estado que o editou... Assim... malgrado a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, em caso de conflito entre um e outro, a Justiça está vinculada à observância da lei interna, pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar as normas editadas na conformidade do direito próprio ao sistema estatal a que pertence’.

Contra tal entendimento tem-se pretendido sustentar a cavaleiro do que dispõe o artigo 98 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

‘Art. 98 Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

O argumento, porém, não procede, conforme se demonstrará.

A determinação legal de que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna’, representa, nada mais, nada menos, do que a reafirmação do princípio de que **lex posterior derogat priori**. Realmente, no momento em que ocorre a recepção da norma do tratado pelo direito interno, através do ato legislativo constitucionalmente previsto, opera-se fenômeno idêntico ao de edição de qualquer outra nova lei: ficam revogadas ou modificadas as disposições anteriores com ela incompatíveis. Assim, a afirmação do princípio pelo artigo 98 do CTN, antes de alçar a norma internacional a posição de prevalência em relação ao direito nacional, como entendem alguns, posiciona-a em nível igual ao da norma interna, atribuindo-lhe idênticos efeitos.

Já a segunda parte do artigo 98, citado, quando dispõe que os tratados e as convenções internacionais serão observados pela legislação tributária que lhes sobrevenha, merece análise mais aprofundada, a menos que, desde logo, se opte pela sua flagrante inconstitucionalidade. Com efeito, uma apressada interpretação deste preceito poderia levar à convicção de que ele estaria vedando ao legislador a edição de normas contrárias a tratados e convenções. Tal interpretação, por isso, eivaria o dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, pois implicaria consagrar restrições e limitações ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio poder constituinte derivado, restrições e limitações estas só cabíveis em texto constitucional, jamais em lei, ainda que lei complementar à Constituição.

Assim, há que se afastar, de logo, o entendimento de que o art. 98 do CTN veda ao Poder Legislativo editar norma contrária a tratados e convenções. A parte final do citado normativo deverá ser interpretada e aplicada nos exatos limites em que o fez o Supremo Tribunal Federal, no acórdão aqui tantas vezes citado:

‘Nem se diga estar a irrevogabilidade dos tratados e convenções por lei ordinária interna consagrado no direito positivo brasileiro, porque está expresso no art. 98 do Código Tributário Nacional, **verbis**: ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhe sobrevenham’.

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros tra-

çam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de **Tito Fulgêncio**. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período'. (RTJ, 83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto)

‘Argumentou-se com o art. 98 do Código Tributário Nacional, para concluir pela irrevogabilidade dos tratados por legislação tributária interna que lhes sobrevenha. Mas como bem observou o ilustre Ministro Cunha Peixoto, sob pena de inconstitucionalidade deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes’. (**Op. cit.** p. 829, voto do Ministro Cordeiro Guerra)

‘... essa norma do Código Tributário é aplicável aos tratados de natureza contratual, não quanto aos tratados-leis’ (**op. cit.**, p. 838, Ministro Leitão de Abreu)”. (RTRF- 4ª Região, vol. 8, pp. 264/273).

Considerando que a Convenção em análise, como diz seu próprio nome, é um conjunto de regras destinadas a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, não há dúvida de que se trata de um acordo normativo. Assim, caso admitíssemos que o referido acordo, analisado isoladamente, confere o tratamento fiscal pretendido pela recorrente, ainda assim seria inviável sua aplicação, pois a segunda parte do art. 98 do CTN, que justificaria afastar a legislação interna superveniente, se aplica somente em face de tratados contratuais.

5. Destarte, nada há a reparar na decisão do Tribunal **a quo**, razão pela qual nego provimento ao recurso. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, assistimos, nesta sessão, dois momentos significativos: primeiro, uma bela sustentação oral, e, segundo, um voto melhor ainda.

Observo que os operadores do Direito ficam em situação delicada para analisar o assunto. Minha primeira tentativa foi a de pedir vista dos autos, mas, Sr. Presidente, Srs. Ministros, especialmente o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, tenho uma convicção forte quanto ao assunto. Se tudo o que S. Ex^a. registrou nesta sessão fosse antes da Constituição de 1988, estaria de pleno acordo, sem dar uma palavra sequer. Ocorre que toda a construção doutrinária e jurisprudencial posta por S. Ex^a., a meu ver, pedindo mil vênias, foi construída antes da Constituição de 1988 e não se adequa ao momento atual.

Em termos práticos, o que se discute é o fenômeno da dupla tributação. Esta vem sendo condenada — talvez o termo seja muito forte — por princípios que estão acima até da própria norma constitucional. Sabemos que hoje os princípios estão se sobrepondo às tendências de globalização já existentes em todos os sentidos, especialmente em tema de Direito Tributário.

Em síntese, entendo que devemos dar prevalência à aplicação da interpretação da norma infraconstitucional em relação aos tratados e à norma interna, ao princípio de proibição de dupla incidência tributária, preceito maior que gera as relações tributárias internacionais e ao chamado princípio da equiparação de tratamento, que regula as relações jurídico-tributárias internas e externas. Sei que uma corrente defende que não está manifesto na Constituição, mas esta afirma que, além dos princípios expressos, outros serão aplicados, decorrentes do sistema.

Creio, ainda, de valorizar, a meu ver, o princípio da não-discriminação do capital estrangeiro. Isso me leva ao art. 98 do Código Tributário Nacional, interpretando-o adequadamente ao fato em debate, porque este permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados-contratos, e não os tratados-leis.

O art. 98 do CTN não foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo válido. É lógico que deve ser interpretado de acordo com o momento contemporâneo porque o Direito evolui, passa por diversas fases e tem que absorver as transformações ocorrentes, não somente na ordem interna, mas, também, na global.

Considerado como valorização da dignidade humana no campo da tributação, o chamado princípio internacional da discriminação tributária está sendo tratado no campo do Direito Tributário como parte do campo dos direitos humanos. Recordo-me bem que a doutrina defende que, em face dos fenômenos globalizantes, deve ser evitada a dupla tributação que, por si só, já representa aquilo que alguém

chama de confisco internacional. A dupla tributação ocorre quando uma nação tributar determinado fato gerador e outra, igualmente, faz a mesma exigência.

Sr. Presidente, se isso não me bastasse para, com a devida vênia, divergir do eminente Ministro-Relator, com seu brilhante voto, colho do parecer apresentado pelo Professor Heleno Taveiras Torres expressões que se adequam a esse ponto de vista, o que venho defendendo em algumas oportunidades e quero registrar, especialmente quando esta Corte deparou-se para rever seu posicionamento quanto ao acordo GATT. Não é a primeira vez que o tema aparece na Turma para discussão com essa amplitude. Na tentativa de o Estado de Minas Gerais rever o entendimento desta Casa a respeito do acordo GATT, esse assunto voltou a ser discutido não somente nesta Turma, mas, se não estiver enganado, na Seção também, quando esses princípios foram invocados, prosseguindo a nossa jurisprudência a admitir a prevalência desse acordo, especialmente na chamada isenção do bacalhau.

Como segunda parte da minha fundamentação, destaco os seguintes trechos do parecer que me foi apresentado e que li cuidadosamente ontem à noite. O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento, nos termos do art. 2^a da Lei n. 4.131/1962, o qual foi recepcionado pelo art. 172 da Constituição vigente. Não estou fundando o voto em normas constitucionais e, sim, em princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Com base nesses preceitos, estou interpretando as normas infraconstitucionais postas em discussão.

Por existir um tratamento equiparado, legalmente reconhecido no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas. Não há distinção entre residentes e não-residentes, critério utilizado pela Lei n. 4.131/1962. Aperfeiçoa-se internamente o requisito da averbação de discriminação dessa limitação ao exercício de competência tributária, qual seja, o tratamento menos favorável sobre contribuintes residentes e não-residentes que se encontram em situação equivalente.

Destaco, ainda, outra parte, a respeito dos chamados princípios de Direito Internacional Tributário e da chamada dupla interpretação econômica. Aliás, o autor desse parecer tem obra clássica referente ao assunto, que é intitulada “Dupla Tributação Internacional”, em que ordenou e lançou idéias para o Direito brasileiro em relação ao tema até então não trabalhado pela nossa doutrina. Concordo plenamente com o afirmado:

“A soberania tributária, vista internamente, quase que se confunde com o poder de tributar, como poder institucionalizado que coloca o Estado como sujeito da ordem mundial.”

Hoje temos que interpretar o Direito, a meu ver, com essa visão globalizada,

proporcionando a autonomia e independência na determinação dos fatos tributáveis e dos procedimentos de arrecadação e fiscalização dos tributos, sob os limites constitucionais e os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação, o que está sendo posto nos Direitos Humanos com muita relevância.

No momento em que há um tratado entre o Brasil e a Suécia que, no art. 24, impede a dupla tributação, não obstante o eminente Ministro-Relator ter feito a distinção entre nacional e residente, não vejo como permitir-se a dupla tributação, com a devida vênia, nessa visão, porque o conteúdo é principiológico, acima da norma. O objetivo é evitar a dupla incidência.

Com a devida vênia, é pensamento tributário do início do século XX, e não do século XXI, quando o fenômeno “Globalização” está envolvendo e até chegando ao ponto de diminuir a expansão do conceito de soberania.

Destaco ainda, Sr. Presidente, eminentes Ministros, com a devida vênia, outro trecho em que o autor da ação presta culto aos princípios aqui enumerados inicialmente, da chamada tributação internacional ou oportunidade de dupla tributação:

“Princípio da interdição de tratamento discriminatório em matéria tributária sobre capital estrangeiro e a garantia constitucional de livre concorrência.”

O art. 24 do Convênio nada mais fez do que homenagear esse princípio, que é, hoje, muito trabalhado nas relações jurídicas tributárias internacionais, em que se procura resguardar a garantia constitucional da livre concorrência e se evitar a discriminação ao capital estrangeiro para facilitar as relações econômicas e, conseqüentemente, as relações tributárias.

Também destaca-se o chamado princípio de uniformidade de tratamento tributário.

A única discordância que tenho na mensagem do parecer apresentado é que penso não se tratar de inconstitucionalidade do art. 77 da Lei n. 8.383, mas de ilegalidade, em face dos princípios expostos. O Supremo Tribunal Federal tem feito muito essa diferenciação entre o seu campo de atuação, que apenas se opera no campo da inconstitucionalidade e da ilegalidade.

Em face de determinadas situações concretas, reconhecemos que a lei continua válida. Para determinado fato concreto, se for aplicada, a lei é legal. Por essa razão, o Supremo construiu a tese dos chamados reflexos indiretos de inconstitucionalidade, ou seja, o não-conhecimento de determinadas questões por serem apenas reflexos indiretos.

A seguir, há o princípio da não-discriminação nas convenções internacionais e a sua aplicação a partir do acordo Brasil e Suécia, princípio a que já me referi, embora não com a profundidade que o assunto exige. A sua mensagem é muito clara. Se adotamos, na ordem interna, o princípio da não-discriminação tributária, com mais razão temos que adotá-lo na ordem internacional, sob pena de estarmos na contramão da história, não valorizando as chamadas relações internacionais e a melhor convivência entre os países.

A respeito do tratado específico Brasil e Suécia, devemos observar que o princípio da não-discriminação é uma evidência larga ao homenagear, no art. 24, todos os princípios aqui postos, até para facilitar as relações internacionais/comerciais, favorecer a atração do capital estrangeiro para o País e permitir o seu regulamento de forma que beneficie o desenvolvimento nacional.

Sr. Presidente, o parecer repete a tese adotada por este Tribunal a respeito do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário e do art. 3^a do GATT mencionado, que é, por sinal, tema de súmula.

Por último, destaco apenas que, no momento atual e no caso específico em discussão, a jurisprudência posta pelo Supremo Tribunal Federal, de modo genérico, de que a legislação infraconstitucional revoga as convenções internacionais e os tratados internacionais, não é aplicada à hipótese. A legislação revoga, sim, mas desde que esteja em incompatibilidade com os princípios que regem o atual sistema das relações internacionais tributárias e outros tipos de relação, pois, tanto na ordem interna quanto na externa, os princípios estão acima de tais disposições infraconstitucionais.

Com essas considerações, pedindo vênias pelo alongamento do voto oral e ao eminente Ministro-Relator pelo seu brilhante voto, seguindo a tradição jurisprudencial desta Corte em relação ao acordo do GATT, ousou dar provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Rememorando a questão, verifico tratar-se de recurso especial interposto pela Volvo do Brasil S/A, contra o acórdão que manteve a retenção na fonte sobre os dividendos enviados a seu sócio na Suécia, no ano-base de 1993.

A retenção em comento foi viabilizada em face do teor do artigo 77 da Lei n. 8.383/1991 e do art. 756, Decreto n. 1.041/1994 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/1994), com a imposição de alíquota à razão de 15% (quinze por cento).

A recorrente alega que o acórdão recorrido teria violado o artigo 98 do CTN e 24 da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, promulgada por meio do Decreto n. 77.053/1976, porquanto as normas internas não poderiam revogar tratado internacional.

O nobre Ministro-Relator negou provimento ao apelo especial, entendendo que não existe antinomia entre as legislações e, mesmo considerando a hipótese de existir tal conflito, entendeu que na hipótese tem-se a prevalência da lei interna, pela regra da sucessão legislativa.

Por primeiro, peço vênia ao nobre Ministro-Relator para divergir de sua tese concernente à prevalência da lei interna sobre o tratado internacional.

Entendo que os tratados internacionais não devem ser alterados por lei ordinária, em face da segurança jurídica que deve presidir as relações internacionais, sob pena da perda da confiança do Brasil perante a ordem internacional.

Sobre o assunto, destaco ensinamento do insigne tributarista **Hugo de Brito Machado, verbis**:

“Os tratados internacionais, portanto, devem ser respeitados pelo Congresso Nacional, que os referenda, e somente devem ser alterados pela via própria. Não por leis internas.

Por outro lado, a alteração, por lei interna, de um tratado internacional, não tem apoio nos princípios da moralidade, que devem presidir também as relações internacionais. Alterando, por lei interna, regras de tratado internacional, o país perde credibilidade.

Assim, temos fortalecido o nosso entendimento, no sentido de que os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna. Tanto no plano da ciência do Direito, como no plano ético.

Constituem os tratados internacionais valioso instrumento para a disciplina das relações tributárias com implicações no âmbito internacional. A propósito de renda, por exemplo, o Brasil já celebrou diversos tratados visando evitar a evasão de tributo e a bitributação internacional”. (**Apud** ‘Curso de Direito Tributário’. 19ª ed., p. 74).

Explicitado tal entendimento, resta verificar a existência de antinomia entre as normas em comento.

O artigo 77 da Lei n. 8.383/1991, assim dispõe, **verbis**:

“Art. 77. A partir de 1ª de janeiro de 1993, a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos de que trata o art. 97 do

Decreto-Lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943, com as modificações posteriormente introduzidas, passará a ser de quinze por cento”.

O artigo 97 do Decreto-Lei n. 5.844/1943, referido no dispositivo supra, é dirigido aos nacionais ou estrangeiros residentes ou domiciliados no exterior.

No mesmo sentido é o artigo 756 do Decreto n. 1.041/1994, **verbis**:

“Art. 756. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior (Leis ns. 3.470/1958, art. 77, e 8.383/1991, art. 77)”.

Por sua vez o artigo 24 da Convenção Internacional, promulgada pelo Decreto n. 77.053/1976, tem a seguinte redação:

“Art. 24. 1. *Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.* (Grifei)

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. *As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.* (Grifei)

5. No presente artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.”

Os termos do tratado em comento são claros em estabelecer regras de isonomia tributária entre os signatários. É dentro deste arcabouço que reside a inconformação do recorrente, porquanto os princípios aqui observados estariam sendo malferidos pela legislação interna.

A Lei n. 8.849/1994, alterou a legislação do imposto de renda, estabelecendo:

“Art. 2ª Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, quando pagos ou creditados a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País, estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento”. (Grifei)

... **omissis**

Art. 4ª O imposto incide à alíquota de quinze por cento sobre os lucros e reservas que excedam do capital social das companhias.

§ 1ª São responsáveis pelo pagamento do imposto as companhias ou sociedades por ações com sede no País, exceto as sociedades de investimento isentas de imposto.

§ 2ª O fato gerador do imposto é a disponibilidade presumida, para os acionistas, de lucros ou reservas que a companhia tem o dever legal de distribuir.

§ 7ª Para os efeitos do disposto neste artigo:

a) serão computados os lucros acumulados e as reservas de lucros, com exceção das reservas de lucros a realizar, das reservas para contingências e das reservas constituídas nos termos do § 2ª do art. 15 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977;

b) *não serão computados os lucros acumulados e as reservas de lucros constituídas em balanços levantados antes de 1ª de janeiro de 1994;* (grifei)

A legislação encimada estabelece, para as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País, que o termo **a quo** da cobrança da exação seja iniciado em 1ª de janeiro de 1994.

Esta a fundamental distinção imposta pela legislação, uma vez que para as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro, o termo **a quo** para o início da retenção é 1ª de janeiro de 1993.

Nesse panorama, resta afirmado o benefício dirigido aos residentes no País, em detrimento daqueles residentes no exterior, determinando um tratamento não

isonômico entre os sócios, com a realização de tributação mais onerosa ao residente ou domiciliado no estrangeiro.

Frise-se que o teor do artigo 10 do citado tratado, não tem relevância para o deslinde da controvérsia.

Com efeito, este dispositivo limita o percentual de imposto a ser retido pelos signatários do tratado, mas não afasta a regra da isonomia, destacando, em seu texto, que os Estados contratantes definiriam de comum acordo a forma de aplicar esta limitação.

Tais as razões expendidas, pedindo vênia ao nobre Ministro-Relator, acompanho a divergência, para dar provimento ao recurso.

É o voto-vista.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica domiciliada no exterior. Distribuição de lucros. Retenção na fonte. Pretensão de tratamento idêntico aos contribuintes nacionais. Inviabilidade.

1. A Convenção internacional entre Brasil e Suécia para evitar dupla tributação (Decreto n. 77.053/1976) dispõe no item 24, como regra genérica, que:

“1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.”

2. A legislação interna, por seu turno, especificamente quanto ao exercício de 1993 dispunha:

“sobre os lucros apurados a partir de 1ª de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.” (Art. 75 da Lei n. 8.383/1991).

3. Manifesta antinomia solvida à luz da exegese do art. 98 do Código Tributário Nacional, emprestada pela Excelsa Corte no sentido de que inexistem hierarquia entre tratados e a lei interna ordinária.

4. Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados, em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que quando o legislador constitucional pretendeu eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o **caput** do art. 5º do Texto Maior.

5. Por fim sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxação engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeira, aqui estivesse situada.

6. Voto acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Consoante relatório do Ministro Zavascki:

“Trata-se de recurso especial interposto pela Volvo do Brasil Veículos Ltda, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, em ação declaratória objetivando o reconhecimento da inexistência de relação jurídica que a obrigue à retenção na fonte e ao recolhimento de imposto de renda sobre os dividendos enviados a seu sócio residente na Suécia no ano-base de 1993. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença que julgara improcedente o pedido, ao fundamento de que (a) no direito brasileiro inexistem

hierarquia entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, resolvendo-se eventual incompatibilidade pelo critério temporal, razão pela qual a legislação que isentou do imposto de renda na fonte apenas os lucros recebidos por sócios residentes e domiciliados no Brasil (Lei n. 8.383/1991, arts. 75 e 77 e Decreto n. 1.041/1994, art. 751) revogou o texto convencional que assegurava tratamento não discriminatório (“Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda” — promulgada por meio do Decreto n. 77.053/1976 — artigo 24, 1 a 4); e (b) inexistente violação ao princípio constitucional da isonomia, pois não há relação de similitude entre os sócios residentes no Brasil e na Suécia.

Nas razões recursais, alega-se a ofensa aos seguintes dispositivos legais: (a) art. 98 do CTN e art. 24 da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, pois a legislação interna não pode prevalecer sobre os acordos internacionais recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, os quais são revogados somente por meio de denúncia do Estado contratante ou de tratado superveniente; e (b) art. 5º, § 2º, e art. 150, II, da Constituição, pois, além de o tratado internacional sobrepor-se à legislação ordinária interna, tem-se por inconstitucional a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação idêntica. Frisa a equivalência entre os sócios residentes no Brasil e no exterior, evidenciando-se a similitude na circunstância de serem ambos sujeitos passivos da mesma exação tributária, sendo irrelevante o domicílio de cada um. Acrescenta, por fim, que a Convenção em análise constitui regra especial em face da legislação interna do imposto de renda, de caráter geral.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional consignou, prefacialmente, ser inviável a análise de matéria constitucional no recurso especial, e, no mérito, propugna pelo improvimento do apelo.”

Ao ângulo do conhecimento o recurso há de gravitar acerca da suposta violação aos arts. 98 do Código Tributário Nacional e 24 da Convenção Internacional.

A controvérsia gravita em torno da tributação sobre dividendos enviados por pessoa jurídica brasileira a sócio residente na Suécia no ano-base de 1993.

Sustenta o Relator que o tratado **in foco** não apresenta antinomia com a legislação interna porquanto encarta cláusula permissiva da tributação que se pretende exonerar sob o pálio da reciprocidade (item 10 da Convenção), sendo certo que invocando a doutrina do Pretório excelso, adjunta que se antinomia houvesse, prevaleceria a lei interna, por isso que, a regra do artigo 98 do Código Tributário Nacional explicita o princípio interno de que a lei posterior, seja tratado ou lei

nacional, revoga a anterior, e que o tratado contratual não goza da primazia do tratado-lei.

Para esse fim, sustentou o Relator:

“Dispõe o art. 75 da Lei n. 8.383/1991 que ‘sobre os lucros apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País’. Já o art. 756 do Decreto n. 1.041/1994, reproduzindo o disposto no art. 77 da Lei n. 8.383/1991, determina que ‘estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior’.

Decorre dessas normas que o lucro distribuído a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada fora do Brasil está sujeito à incidência do imposto de renda retido na fonte. O recorrente, buscando elidir essa conclusão, invoca o conteúdo do Decreto n. 70.053/1976, que promoveu a recepção, em nosso ordenamento jurídico, da ‘Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda’. Alega que tal regramento deve ser observado ainda que haja lei ordinária posterior em sentido contrário, conforme prescreve o art. 98 do CTN. Considera indevida a retenção do tributo na fonte em razão da disposição contida no art. 24 do referido acordo, que preconiza o tratamento tributário isonômico entre os nacionais brasileiros e suecos na hipótese em apreço.

3. Ao tratar sobre dividendos, a Convenção determina, no item 1 de seu art. 10, que ‘os dividendos pagos por uma sociedade por um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado’. Logo em seguida estabelece ressalva, dizendo no item 2 que ‘esses dividendos podem ser tributados no Estado contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder: a) 15% do montante bruto dos dividendos se o beneficiário for uma sociedade (excluindo-se as sociedades de pessoas); b) 25% do montante bruto dos dividendos em todos os demais casos’.

Portanto, examinando apenas as regras especificamente dirigidas à tributação de rendimentos destinados pela empresa brasileira a sócio residente na Suécia, não se vislumbra qualquer antinomia entre a Convenção e a legis-

lação interna do imposto de renda. A recorrente, contudo, defende que a regra do acordo internacional que enseja o propalado conflito é o art. 24, caracterizado pela epígrafe 'não-discriminação'. Examinemos seus itens:

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo 'nacionais' designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo 'tributação' designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.

É permitido concluir, em primeiro lugar, que o regramento contido no art. 10 goza de especialidade em relação ao do art. 24, detendo primazia de aplicação. Conforme visto, a situação fática de que tratam os autos ajusta-se perfeitamente ao suporte fático hipotético daquela norma, e há nela a permissão para que o Estado contratante onde se encontra a empresa remetente dos

dividendos tribute-os na forma de sua legislação, observados os limites quanto à alíquota.

Resta, então, perquirir se no regramento genérico sobre ‘não-discriminação’ há alguma disposição que se sobreponha às regras do art. 10 e revele a impossibilidade de impor a indigitada exação. Sustenta a recorrente que o item 1 do art. 24 veda o tratamento diferenciado entre os sócios em função do local onde estão domiciliados. Sem razão, porém. O que todas as disposições do art. 24 buscam reprimir é a discriminação fundada na nacionalidade. O primeiro sinal inequívoco dessa orientação está na parte final do item 1. Estatuí-se que um Estado contratante não pode estabelecer ao nacional do outro Estado ‘tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa’ do que a estabelecida aos nacionais do primeiro Estado, *desde que estejam na mesma situação*. Há significativa diferença entre um nacional estar domiciliado em seu Estado de origem ou no Estado estrangeiro — tanto que a Convenção, em diversas oportunidades, estabeleceu regras específicas para disciplinar a situação do nacional residente em seu Estado de origem quanto a fatos jurídicos ocorridos no Estado estrangeiro. Veja-se a respeito o art. 7, que trata do lucro das empresas, o art. 11, cuidando de juros, o art. 12, sobre *royalties*, o art. 16, disciplinando as remunerações de direção, o já citado art. 10 e, principalmente, a segunda parte do item 3 do próprio art. 24, ao enfatizar que a primeira parte do mesmo item, ao vedar tratamento diferenciado ao estabelecimento permanente que um Estado contratante mantenha no outro Estado, não implica a concessão de determinados benefícios aos residentes no Estado estrangeiro. Tal regra expressa inequivocamente que não há como interpretar as normas presumindo a aplicação geral e irrestrita aos nacionais domiciliados em Estados diferentes.

O magistrado de primeiro grau, Dr. Nicolau Konkel Júnior, fez exposição precisa sobre a questão:

‘Deveras, o item 1 impede a imposição de tratamento tributário diverso em função da nacionalidade do sujeito passivo. Ora, disto o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 não trata. O critério de discriminação eleito por este dispositivo legal é a residência ou o domicílio do sujeito passivo, independentemente de sua nacionalidade. Deste modo, o brasileiro residente e domiciliado na Suécia estará sujeito à mesma carga tributária suportada pelo contribuinte sueco que resida ou esteja domiciliado naquele país, pelo recebimento de lucros e dividendos de empresas localizadas no Brasil’.

Enfim, a presente hipótese é regrada pelo art. 10 da Convenção, o qual em nada se indispõe com a legislação nacional posterior. O item 1 do art. 24 pressupõe perfeita identidade de situações entre os nacionais, o que não se verifica no caso, em que se comparam sócios residentes no Brasil e na Suécia.

4. Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que houvesse antinomia entre o que consta da convenção internacional e o que estabeleceu a superveniente legislação interna, ainda assim não teria razão a recorrente. Sobre o tema, em caso análogo, sustentei, em julgamento perante o TRF da 4ª Região, que tal antinomia se resolve, em nosso sistema, pela prevalência da legislação interna. Reproduzo o teor do citado voto:

‘Sustenta-se, aqui e acolá, com base no artigo 98 do CTN, que as normas de isenção insertas em tais acordos ou tratados não podem ser modificadas pelo direito ordinário interno superveniente, dada a prevalência que sobre estes tem os tratados e as convenções internacionais. Enfrentemos o tema.

Diante das duas grandes correntes doutrinárias que posicionam os tratados internacionais em face do direito interno — uma afirmando que o tratado é fonte formal de direito positivo interno desde o momento em que é firmado, e a outra que condiciona a vigência interna do tratado a ato legislativo de adaptação da norma internacional à norma nacional — o Brasil, sem sombra de dúvida, filiou-se à segunda corrente. Com isso, enquanto não integrado à legislação interna pelo referendo do Congresso Nacional (art. 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal) o tratado firmado pelo Presidente da República só opera na ordem internacional, não revogando nem suspendendo a eficácia das normas nacionais.

De logo ressalta, portanto, a necessidade de distinguir-se as duas ordens de eficácia dos tratados: a ordem internacional e a ordem interna. Na ordem internacional, o tratado possui forma própria de criação e revogação, diferente da forma de criação e revogação das normas que atuam na ordem interna. A revogação das normas internacionais, na ordem internacional, será a denúncia; a revogação da norma interna, na ordem interna, ocorre com lei posterior (Lei de Introdução, artigo 2º). O tratado internacional, enquanto norma internacional, atuando na ordem internacional, somente será revogado pela denúncia; enquanto norma integrada ao direito positivo interno, porém, sua revogação se dará pelo mesmo processo de revogação das demais espécies normativas da ordem interna. Realmente, se a revogação de um tratado integrado à legislação interna somente fosse possível pela denúncia (for-

ma de revogação na ordem internacional) estar-se-ia dando a tal tratado uma condição superior a das próprias normas constitucionais, pois em nossa Constituição inexistia dispositivo considerando irrevogável lei positiva pelo fato de ter sua origem em tratado internacional. Em acórdão sempre invocado, proferido no RE n. 80.004 (RTJ 83/809-848) o Supremo Tribunal Federal abordou exaustivamente a matéria em foco, cabendo trazer a lume os seguintes excertos de voto:

‘Não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso Nacional de apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

Do contrário, teríamos, então — e isto sim seria inconstitucional — uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado.

Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou então, poderá ser revogada ou modificada pelo Congresso, como qualquer outra lei’ (voto do Ministro Cunha Peixoto, p. 823).

‘Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não porém, no campo do direito interno. Quando muito poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno.

Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade’. (Voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 829)

‘A Constituição Federal não encerra norma que, na hierarquia das leis, outorgue aos tratados posição de preeminência, exigindo a prévia denúncia deles para que, só então, a legislação interna possa dispor em sentido contrário ao que neles se contenha’ (voto do Ministro Rodrigues Alckmin, p. 840).

Considerando o exposto, bem assim a circunstância de que ao Judiciário compete aplicar o direito vigente na ordem interna, não há como deixar de concluir que, independentemente da revogação do tratado, pela denúncia, na ordem internacional, a norma interna posterior, incompatível com a do tratado, é de aplicação obrigatória pelos Tribunais. **Triepel**, citado pelo Ministro Cunha Peixoto no RE n. 80.004 (**op. cit.** p. 823) afirma, com inteira propriedade, que ‘o dever de obediência dos súditos perante a lei do Estado é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a esse direito... O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e, especialmente, para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional’.

Até mesmo os que negam que a legislação interna possa revogar norma de tratado internacional, como o Ministro João Leitão de Abreu, não deixam de assegurar que ‘estão os órgãos estatais incumbidos de aplicar o direito obrigados a emprestar eficácia às leis do País, ou seja, ao direito interno, somente se achando autorizados a recusar-lhe autoridade nos casos previstos na Constituição. Entre esses casos se compreendem os de conflito entre a Carta Constitucional e as leis, podendo neles se incluir, também, se para isso houver, na Carta Política, previsão expressa, o de conflito entre lei e tratado internacional ou norma de direito internacional comum... Como autorização dessa natureza, segundo entendendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao Judiciário competência, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência que me parece inevitável é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com o tratado’.

Os próprios defensores da primazia do direito internacional sobre o interno não encontram alternativa jurídica ao reconhecimento da obrigatoriedade das normas nacionais contrárias a tratado. No dizer de **Francisco Campos** (**op. cit.**, pp. 826/827) **Verdross**, que é o campeão da doutrina do primado do direito internacional sobre o direito interno, reconhece, entretanto, que a lei não deixa de ser obrigatória pelo fato de estar em contradição com o disposto em tratado internacional em que é parte o Estado que o editou... Assim... malgrado a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, em caso de confli-

to entre um e outro, a Justiça está vinculada à observância da lei interna, pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar as normas editadas na conformidade do direito próprio ao sistema estatal a que pertence’.

Contra tal entendimento tem-se pretendido sustentar a cavaleiro do que dispõe o artigo 98 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

‘Art. 98 Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

O argumento, porém, não procede, conforme se demonstrará.

A determinação legal de que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna’, representa, nada mais, nada menos, do que a reafirmação do princípio de que **lex posterior derogat priori**. Realmente, no momento em que ocorre a recepção da norma do tratado pelo direito interno, através do ato legislativo constitucionalmente previsto, opera-se fenômeno idêntico ao de edição de qualquer outra nova lei: ficam revogadas ou modificadas as disposições anteriores com ela incompatíveis. Assim, a afirmação do princípio pelo artigo 98 do CTN, antes de alçar a norma internacional a posição de prevalência em relação ao direito nacional, como entendem alguns, posiciona-a em nível igual ao da norma interna, atribuindo-lhe idênticos efeitos.

Já a segunda parte do artigo 98, citado, quando dispõe que os tratados e as convenções internacionais serão observados pela legislação tributária que lhes sobrevenha, merece análise mais aprofundada, a menos que, desde logo, se opte pela sua flagrante inconstitucionalidade. Com efeito, uma apressada interpretação deste preceito poderia levar à convicção de que ele estaria vedando ao legislador a edição de normas contrárias a tratados e convenções. Tal interpretação, por isso, eivaria o dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, pois implicaria consagrar restrições e limitações ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio poder constituinte derivado, restrições e limitações estas só cabíveis em texto constitucional, jamais em lei, ainda que lei complementar à Constituição.

Assim, há que se afastar, de logo, o entendimento de que o art. 98 do CTN veda ao Poder Legislativo editar norma contrária a tratados e convenções. A parte final do citado normativo deverá ser interpretada e aplicada nos exatos limites em que o fez o Supremo Tribunal Federal, no acórdão aqui tantas vezes citado:

‘Nem se diga estar a irrevogabilidade dos tratados e convenções por lei ordinária interna consagrado no direito positivo brasileiro, porque está expresso no art. 98 do Código Tributário Nacional, **verbis**: ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhe sobrevierem’.

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de **Tito Fulgêncio**. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período’. (RTJ, 83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto).

‘Argumentou-se com o art. 98 do Código Tributário Nacional, para concluir pela irrevogabilidade dos tratados por legislação tributária interna que lhes sobrevierem. Mas como bem observou o ilustre Ministro Cunha Peixoto, sob pena de inconstitucionalidade deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes’. (**Op. cit.** p. 829, voto do Ministro Cordeiro Guerra)

‘... essa norma do Código Tributário é aplicável aos tratados de natureza contratual, não quanto aos tratados-leis’ (**op. cit.**, p. 838, Ministro Leitão de Abreu)’. (RTRF — 4ª Região, vol. 8, pp. 264/273).

Considerando que a Convenção em análise, como diz seu próprio nome, é um conjunto de regras destinadas a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, não há dúvida de que se trata de um acordo normativo. Assim, caso admitíssemos que o referido acordo, analisado isoladamente, confere o tratamento fiscal pretendido pela recorrente, ainda assim seria inviável sua aplicação, pois a segunda parte do art. 98 do CTN, que justificaria afastar a legislação interna superveniente, se aplica somente em face de tratados contratuais.

5. Destarte, nada há a reparar na decisão do Tribunal **a quo**, razão pela qual nego provimento ao recurso. É o voto.”

Pedi vista em face da complexidade do tema, mercê de enfrentar as duas questões de forma diversa do que foi assentado até então.

Em primeiro lugar ressoa inequívoca a antinomia entre o tratado e a lei interna, senão vejamos:

Dispõe o item 24 do tratado, **verbis**:

“1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo ‘nacionais’ designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo ‘tributação’ designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.”

Por seu turno, a lei interna, ao tributar o sócio residente no exterior no ano-base de 1993, criou o **descrimen** entre nacionais e estrangeiros, escopo a que visou afastar o referido ato plurilateral de soberania.

Neste particular, da antinomia em si, assiste razão ao recorrente quando sustenta:

“O artigo 756 do Decreto n. 1.041, de 11 de janeiro de 1994 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/1994), sujeita ‘à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior’, nos termos da previsão contida no artigo 77 da Lei n. 8.383/1991, a partir de 1^a de janeiro de 1993.

Entretanto, para os beneficiários de lucros ou dividendos residentes e domiciliados no País, a matéria está regulamentada em legislação diversa — Lei n. 8.884/1994, sujeitando ao imposto na fonte a partir de 1^a de janeiro de 1994, conforme entendimento explícito por parte da Receita Federal.

Ressalte-se, porém, que esta legislação, ao sujeitar à incidência do Imposto de Renda na fonte os lucros ou dividendos distribuídos em benefício de pessoa física ou jurídica residente no País, o fez somente para os lucros gerados a partir de 1^a de janeiro de 1994.

Com efeito, o Ato Declaratório (Normativo) n. 03, do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, de janeiro de 1994, estabelece expressamente que ‘a incidência do imposto de renda na fonte quando do pagamento ou crédito, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País, de dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, alcança exclusivamente os lucros apurados pela pessoa jurídica a partir de 1^a de janeiro de 1994.’

Dessa forma, para a competência do ano de 1993, vigora o estabelecido pelo artigo 77 da Lei n. 8.383/1991, que assim prescreve:

Art. 77. Sobre os lucros apurados a partir de 1^a de janeiro de 1993, não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.

Assim, diversamente dos beneficiários residentes ou domiciliados no País, especificamente no que refere à competência do ano de 1993, as pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, que recebam lucros e ou dividendos de sociedades comerciais, terão descontado o valor do Imposto de Renda na Fonte à base de 15% (quinze por cento).

Conforme já demonstrado no decorrer de todo o trâmite processual da presente demanda, no quadro social das Recorrentes brasileiras há

participação social de beneficiário (contribuinte) residente na Suécia, que se sujeita, por seu domicílio, ao artigo XXIV do Decreto-Lei n. 77.053, de 19 de janeiro de 1976, o qual proíbe a incidência de tributação diversa ou mais onerosa do residente ou domiciliado naquele país em relação aos residentes ou domiciliados no Brasil.”

Deveras, em nosso entender o item 24 do tratado é norma geral, de qualificação maior do que aquelas mencionadas pelo Relator, posto estas presumirem a possibilidade de tributação recíproca, hipótese em que os percentuais foram adrede previstos. Não obstante a regra genérica era a não-tributação acaso também não tributado o nacional do Estado Contratante. Esta exegese deflui da análise teleológica do tratado.

Entretanto, não obstante a antinomia patente, subjaz a **vexata questio** inerente à suposta prevalência do tratado sobre a lei interna posterior, máxime pela dicção equivocada do art. 98 do Código Tributário Nacional.

Vozes abalizadas da doutrina erigem-se ora num sentido, ora noutro.

Assim é que leciona **Hugo de Brito Machado**:

“O Código Tributário Nacional estabelece que os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha (art. 98). Há evidentemente impropriedade terminológica na disposição legal. Na verdade um tratado internacional não revoga nem modifica a legislação interna. A lei revogada não volta a ter vigência pela revogação da lei que a revogou. Denunciado um tratado, todavia, a lei interna com ele incompatível estará restabelecida, em pleno vigor. Tem-se que procurar, assim, o significado da regra legal em foco. O que ela pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, pela prevalência de lei ordinária posterior ao tratado (RTJ 83/809). Tal entendimento fundou-se na ausência, na Constituição Federal, de norma garantidora da supremacia dos tratados em relação à lei ordinária. Em matéria tributária, porém, mesmo em face da orientação jurisprudencial da Corte Maior, tem-se de considerar o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional, de sorte que a lei posterior ao tratado, para prevalecer sobre ele, em matéria tributária, terá de ser uma lei complementar.

(...)

Assim, temos fortalecido o nosso entendimento, no sentido de que os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna. Tanto no plano da ciência, como no plano ético” (“Curso de Direito Tributário”, pp. 78/79).

Por sua vez, **Carraza** é enfático ao vaticinar:

“Os tratados internacionais — convém frisarmos — podem versar quaisquer matérias, nada impedindo, pois, cuidem de assuntos tributários.

É bom termos presente, porém, que a fonte primária do Direito Tributário não é o tratado internacional, mas o decreto legislativo do Congresso Nacional que o ratifica. O tratado é, apenas, o pressuposto necessário e suficiente para que o decreto legislativo inove, em caráter inaugural, a ordem jurídica interna.

Percebemos, pois, que é inconstitucional o art. 98 do Código Tributário Nacional quando prescreve que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

Particularmente inaceitável, ao lume de nossa Constituição, a idéia de que os tratados ‘revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

É certo que os decretos legislativos que ratificam os tratados internacionais incorporam-se ao Direito interno brasileiro. Não é menos certo, porém, que quando isso acontece, alojam-se no mesmo patamar hierárquico das leis **lato sensu** (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias e resoluções), podendo, deste modo, ser revogados ou modificados ‘pela legislação interna (...) que lhes sobrevenha’.

Inexiste, pois, supremacia jurídica dos decretos legislativos que ratificam tratados internacionais (tributários ou não tributários) sobre as leis federais, estaduais, municipais ou distritais.” (“Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 202).

A realidade é que hodiernamente a jurisprudência maior fincou um marco de submissão dos tratados à lei interna, fator de relevância maior **in casu**, porquanto a cognição é exercida por um tribunal de precedentes, cujo escopo não é reiterar a discussão travada senão acompanhar a função uniformizadora de seus julgados e com mais razão do egrégio Supremo Tribunal Federal, com o que imprime o timbre da isonomia, marcante nos sistemas do *common law*.

Engendrando notável resenha **Luiz Roberto Barroso** na sua Constituição Comentada, assenta:

“A decisão tida como marco na perda de prestígio do direito internacional foi a que se segue: ‘Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do DL n. 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título’ (STF, RTJ 83/809, RE n. 80.004, Relator Ministro Xavier de Albuquerque).

Embora a literalidade da ementa possa sugerir a prevalência do direito interno, consolidou-se o entendimento de que o tratado e lei ordinária têm igual hierarquia, de modo que, havendo conflito, prevalece o posterior. Confiaram-se as decisões que se seguiram: ‘O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo País de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio’ (STF, RTJ 115/969, Extr 426-EUA, Relator Ministro Rafael Mayer; v. tb. RTJ 119/22). ‘Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais. Os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das norma infraconstitucionais (...) Existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras mera relação de paridade normativa’ (STF, DJ de 02.08.1996, p. 25.794, ADIn n. 1.480-3, desp. do Presidente em exercício, Ministro Celso de Mello). ‘A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá — presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico —, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas sempre em face da aplicação do critério cronológico (**lex posteriori derogat priori**) ou quando cabível, do critério da especialidade RTJ 70/333, RTJ 100/1.030, RTJ 554/434’ (STF, DJ de 02.08.1996, p. 25.794, ADIn n. 1.480-3, desp. do Presidente em exercício, Ministro Celso de Mello). ‘Lei - Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, em caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado’ (STJ, RSTJ 83/175, REsp n. 58.736/MG, Relator Ministro Eduardo Ribeiro)”.

Por essa vereda bem destacou o julgado de primeiro grau:

“Tratando das discriminações entre nacionais e estrangeiros, para fins de imposição fiscal, **Antônio Roberto Sampaio Dória** salienta que ‘A Constituição vigente assegura o integral respeito às garantias e direitos, enumerados em seu art. 153, a todos os brasileiros, sem distinção de qualquer espécie, e aos estrangeiros, desde que residentes no País. A igualdade perante a lei, garantia primeira e fundamental dos cidadãos, pode, em conseqüência, ser invocada por estrangeiros residentes, se discriminados em razão de sua nacionalidade para o agravamento dos deveres e obrigações fiscais.’ (In ‘Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*’, Forense, 2ª ed., p. 158).

E depois arremata: ‘A **contrariu sensu**, se o estrangeiro não residir neste País, os ônus tributários, que lhe sejam exigidos por União, Estados ou Municípios, podem se graduar e discriminar mais gravosamente, em cotejo com os tributos lançados sobre nacionais e estrangeiros residentes. A legislação do imposto de renda assinala inúmeras hipóteses de tributação diferenciada e onerosa dos domiciliados e residentes no exterior, e leis estaduais não raro agravavam as alíquotas de incidência do imposto de transmissão **causa mortis** sobre os quinhões de herdeiros e legatários, se estrangeiros residentes fora do País. Nossos repertórios de jurisprudência contêm dezenas de arestos unânimes na confirmação, à época em que assim estruturado, de impostos **causa mortis** discriminatórios, com referência a estrangeiros não residentes. De outro lado, é válida a incidência do IPI sobre a mercadoria estrangeira importada, quando o similar nacional é isento.’ (Ob. cit., pp. 158/159).

Vencido esta fase, resta a análise da questão referente ao aparente choque entre o que dispõe o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 e o art. 24 do Decreto n. 77.053/1976.

O art. 98 do Código Tributário Nacional, estabelece que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. A propósito, a doutrina tem entendido que ‘Trata-se, está-se vendo, de uma limitação à soberania do direito positivo interno.’ (**Fábio Fanucchi**, in ‘Curso de Direito Tributário’, vol. I, Resenha Tributária, 8ª tiragem da 4ª edição, p. 138). ‘O que ela pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior.’ (**Hugo de Brito Machado**, in ‘Curso de Direito Tributário’, Forense, 5ª ed., p. 43).

Nada obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao contrário da doutrina, tem sustentado, reiteradamente, que ‘o mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as

em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes', pois o 'artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.' (Recurso Especial n. 37.065-5/PR, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 57, pp. 39/40).

Do voto do Ministro-Relator fica assentado que do art 98 do CTN 'não é lícito supor a irrevogabilidade de convenções e tratados, recepcionados pelo direito interno, ante a superveniência de legislação que regule a matéria de modo diverso. Tal interpretação conduziria à inconstitucionalidade da norma porquanto significasse iníqua restrição à competência primeira do Poder Legislativo. A correta exegese da parte final do dispositivo foi traçada pela Suprema Corte, nos seguintes termos:

'Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de **Tito Fulgêncio**. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período' (RTJ, 83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto).

Como se vê, o Pretório excelso, ao deslindar a questão, sufragou o escólio de que apenas os atos, internacionais de natureza contratual põem-se a salvo dos efeitos revogatórios da lei posterior.'

Decorre daí que normas derivadas de tratados normativos, anteriores à Lei n. 8.383/1991, e com ele conflitantes, foram revogados. (**Ex posterior derogat priori**). Fixada bem a regra do art. 98 do CTN, falta verificar o conteúdo do art. 24 do Decreto n. 77.053/1976 que assim se expressa, **verbis**:

Art. 24:

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo 'nacionais' designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo 'tributação' designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.'

Os autores invocam os itens 1 e 4, como impeditivos da incidência do imposto de renda, sob pena de violação do princípio da igualdade. Porém, não comungo do mesmo entendimento.

Abstraindo-se a questão da revogação deste dispositivo, em face da superveniência de norma conflitante, a verdade é que os dois itens não se relacionam com o caso concreto.

Deveras, o item 1 impede a imposição de tratamento tributário diverso em função da nacionalidade do sujeito passivo. Ora, disto o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 não trata. O critério de discriminação eleito por este dispositivo legal é a residência ou o domicílio do sujeito passivo, independentemente de sua nacionalidade. Deste modo, o brasileiro residente e domiciliado na Suécia estará sujeito à mesma carga tributária suportada pelo contribuinte sueco que resida ou esteja domiciliado naquele país, pelo recebimento de lucros e dividendos de empresas localizadas no Brasil.

Quanto ao item 4, a imposição de tratamento isonômico se refere às empresas, de modo que não haja qualquer distinção em face da constituição

de seu capital. É dizer, o Decreto n. 77.053/1976 trata da incidência do imposto de renda das empresas, enquanto que a Lei n. 8.383/1991 trata da incidência do imposto de renda das pessoas que recebem lucros e dividendos das empresas. Não há, portanto, qualquer fator de discriminação entre as empresas com base na constituição de seu capital, mas sim entre as pessoas que auferem renda proveniente de lucros e dividendos, atribuindo às empresas, apenas a função de reter o imposto na fonte. E esta discriminação, como antes foi demonstrado, é constitucionalmente lícita.” (Fls. 114/117).

Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que, quando o legislador constitucional pretender eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o **caput** do art. 5º do Texto Maior.

Por fim, sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxação engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeira, aqui estivesse situada.

Por esses fundamentos, acompanho o voto do Relator.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Denise Arruda: O presente recurso especial teve seu julgamento iniciado em 18.09.2003, quando o eminente Ministro-Relator Teori Zavascki negou provimento ao recurso, divergindo de seu voto o não menos eminente Ministro José Delgado (cert. fl. 277).

Inaugurada a divergência, houve pedido de vista do Ministro Francisco Falcão, o qual, na seqüência, acompanhou o voto do Ministro José Delgado, razão por que houve pedido de vista do Ministro Luiz Fux (cert. fl. 282).

Prosseguindo o julgamento, o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Ministro-Relator, e, ocorrendo empate, foi determinada a reinclusão do feito em pauta, para colher-se o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros (cert. fl. 284).

Considerando o afastamento do Ministro Humberto Gomes de Barros desta Primeira Turma, foi renovado o julgamento do recurso especial, oportunidade em que, na qualidade de sucessora, pedi vista dos autos (cert. fl. 288) para melhor apreciar a questão em debate.

O Ministro-Relator, para negar provimento ao recurso especial, assim sintetizou seu entendimento: “a) A ‘Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda’, recepcionada em nosso

ordenamento jurídico pelo Decreto n. 70.053/1976, não contém qualquer antinomia com a legislação interna que trata da incidência do imposto de renda retido na fonte sobre dividendos enviados por empresa brasileira a sócio residente na Suécia; b) Se antinomia houvesse, prevaleceria, na disciplina da matéria, a norma interna superveniente à citada Convenção. É que a eficácia dos tratados, na ordem internacional, subordina-se a formas próprias de criação e revogação distintas das que operam na ordem interna. Uma vez integradas à ordem interna, as normas internacionais estão sujeitas à revogação, segundo a forma estabelecida no art. 2^a da Lei de Introdução ao Código Civil; c) A parte final do art. 98 do CTN deve ser compreendida como aplicável tão-somente aos tratados contratuais.”

Por sua vez, o Ministro José Delgado, alegando que seguia a tradição jurisprudencial desta Corte, em relação ao acordo GATT-47, deu provimento ao recurso especial, fundado nos princípios: a) de proibição da dupla incidência tributária, b) da equiparação de tratamento que regula as relações jurídico-tributárias internas e externas, c) da não-discriminação do capital estrangeiro, que tem tratamento equiparado àquele estabelecido para a ordem interna, não fazendo distinção entre residentes e não-residentes, cf. art. 2^a da Lei n. 4.131, independentemente das disposições constitucionais (arts. 172 e 150, II, CF). De conseqüência, insistindo em que o art. 24 do Tratado questionado diz respeito ao princípio da não-discriminação nas convenções internacionais, conclui por afirmar que os princípios mencionados objetivam facilitar as relações internacionais/comerciais, para favorecer a atração do capital estrangeiro para o País e permitir o seu regulamento de forma que beneficie o desenvolvimento nacional.

O Ministro Francisco Falcão, após divergir do Ministro-Relator no sentido de prevalência da lei interna sobre os tratados internacionais, aduz que estes não devem ser alterados por lei ordinária, em face da segurança jurídica que deve presidir as relações internacionais, sob pena de perda da confiança do Brasil perante a ordem internacional. Fazendo o confronto entre os preceitos legais invocados em face da Convenção Internacional, refere que a Lei n. 8.849/1994, alterando a legislação do Imposto de Renda, estabeleceu que a cobrança de tal tributo relativo a dividendos e bonificações teria início em *1^a de janeiro de 1994*, enquanto que para as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, o termo inicial para a retenção do imposto seria *1^a de janeiro de 1993*. Menciona que haveria, aí, um tratamento não isonômico entre os sócios, com tributação mais onerosa ao residente ou domiciliado no estrangeiro. Ademais, entendendo que o art. 10 do Tratado não tem relevância para o deslinde da controvérsia, conclui por afirmar que tal disposição não afasta a regra da isonomia, que deve ter prevalência sobre as demais.

O Ministro Luiz Fux, para acompanhar o Relator, faz um confronto entre o que dispõe o item 24 da “Convenção Internacional entre Brasil e Suécia para evitar dupla tributação”, formalizada pelo Decreto n. 77.053/1976, e a legislação interna, especialmente pelo contido no art. 75 da Lei n. 8.383/1991.

E para concluir seu entendimento refere: “3. Manifesta antinomia solvida à luz da exegese do art. 98 do Código Tributário Nacional, emprestada pela excelsa Corte no sentido de que inexistente hierarquia entre tratados e a lei interna ordinária. 4. Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados, em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que quando o legislador constitucional pretendeu eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o **caput** do art. 5º do Texto Maior. 5. Por fim, sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxação engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeira, aqui estivesse situada.”

E, imbuída da grande responsabilidade que me foi atribuída, pedindo vênias ao talentoso e culto Ministro-Relator, bem assim ao eminente Ministro Luiz Fux, inclino-me em adotar o entendimento que foi inaugurado com a divergência do Ministro José Delgado, com os acréscimos apresentados pelo Ministro Francisco Falcão.

Ao examinar os autos, ainda que afastando a análise do tema à luz da Carta Magna, de apreciação exclusiva da Excelsa Suprema Corte, limitei-me à exegese do art. 98 do Código Tributário Nacional (que, reconheça-se, não é preceito legal complementar de entendimento uniforme na doutrina e na jurisprudência), bem como à interpretação que possa ser dada ao tópico do art. XXIV da “Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda Brasil-Suécia”, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 93, de 05.11.1975 e promulgada pelo Decreto n. 77.053, de 19.01.1976, publicado no DOU de 20.01.1976.

Inicialmente cabe salientar que o tratado aqui em discussão teve seu procedimento interno devidamente observado; após a fase inicial das negociações e celebrado pelo Executivo, foi objeto de processo legislativo (Decreto Legislativo sob n. 93, de 05.11.1975, DOU de 06.11.1975), com promulgação subsequente pelo Sr. Presidente da República, por meio do Decreto n. 77.053, de 19.01.1976, DOU de 20.01.1976.

Com esse procedimento o aludido tratado passou a ter força de *lei interna*.

O art. 98 do Código Tributário Nacional estabelece que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

E, examinando o tema, **Alberto Xavier** defende a supremacia dos tratados internacionais sobre as leis internas, e, analisando o art. 98 do CTN, menciona:

“A conclusão de que os tratados têm supremacia hierárquica sobre a lei interna e se encontram numa relação de especialidade em relação a esta, é confirmada, em matéria tributária, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional que, em preceito declaratório, dispõe que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

Observe-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere à ‘revogação’ da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna relativamente inaplicável a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da derrogação e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis.

Cumpra notar que a supremacia hierárquica dos tratados sobre as leis internas tem como efeito proibir a sua revogação por leis internas subsequentes, não sendo porém o fundamento exclusivo da sua ‘aplicação prevalente’ (*Anwendungsvorrang*). É que, ainda que tratado e lei ordinária tivessem paridade de valor hierárquico, a aplicação prevalente do primeiro resulta diretamente de uma *relação de especialidade*.” (“Direito Tributário Internacional do Brasil”, 5ª ed., Forense, 2000, pp. 123/124).

E conclui: “Observe-se, enfim, que o art. 98 do Código Tributário Nacional, tendo natureza de *lei complementar*, contém um comando adicional ao legislador ordinário, que veda a este, hierarquicamente, qualquer desobediência ao tratado.” (ob. cit., p. 125).

No mesmo sentido é a lição de **Macêdo de Oliveira**, comentando o art. 98 do CTN:

“Os tratados e convenções internacionais, celebrados pelo Presidente da República, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional através de decretos legislativos, prevalecem sobre o direito interno. Os países, como os indivíduos, promovem acordos, realizam convênios, para a solução de questões comuns e recíprocas, os quais, no campo tributário, são muito empregados para evitar a bitributação internacional e em matéria de tarifas alfandegárias (incidentes sobre o comércio exterior). Embora se estabelecesse, originariamente, a distinção entre tratado e convenção considerando a natureza política daquele e a não política deste, hoje se reconhece o uso das expressões como sinônimas.

Em suma, os tratados e convenções internacionais, se ratificados pelo Poder Legislativo, funcionam como regras de direito, com eficácia interna, como os demais atos legais, aos quais, todavia, se sobrepõem, segundo prescreve este artigo.” (“Código Tributário Nacional”, ed. Saraiva, 1998, p. 241).

Por tal razão é que **Sacha Calmon Navarro Coêlho** refere que “Quando o art. 98 do CTN, que só pode ser mudado por outra lei complementar — e portanto sob o ponto de vista material é lei complementar —, dispõe que o tratado revoga a legislação tributária interna e não pode ser revogado pela legislação tributária interna superveniente, o art. 98 do CTN não está se referindo apenas à legislação federal. Refere-se às legislações parciais da União, dos Estados e dos Municípios, que juntas formam a ordem jurídica tributária total do Estado Brasileiro, como é da índole do Estado Federal. Não menos do que por isso, o Ministro Rezek, que pertenceu à Suprema Corte, pôde dizer que o art. 98 construiu no domínio tributário uma regra de primado do direito internacional sobre o direito interno (‘Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária — ABDF n. 22.’ (In ‘Tratados Internacionais em Matéria Tributária (Perante a Constituição Federal do Brasil de 1988)’, ‘Revista de Direito Tributário’ n. 59, p. 185).

Também **Maria de Fátima Ribeiro**, integrando um grupo de tributaristas que comentou o Código Tributário Nacional (5ª ed., Forense, pp. 204/205), ao discorrer sobre o art. 98 do CTN e citando **Fábio Fanucchi**, salienta ‘... que comumente ocorre que determinada situação tributável se submeta a uma pluralidade de poderes impositivos, de Estados soberanos distintos. Desde que ocorrida essa circunstância e a fim de evitar que o sujeito passivo se subordine a várias imposições perante um só fator de avaliação de sua capacidade contributiva, surgem os tratados e convenções internacionais que, no seu contexto, declaram pretender evitar a *bitributação* internacional’.”

E, para arrematar, lembre-se o que afirmou **Aliomar Baleeiro**, dizendo que o art. 98 do CTN expressa a hierarquia do tratado sobre a legislação tributária antecedente ou superveniente (“Direito Tributário Brasileiro”, 11ª ed., Forense, p. 639, atualizada por **Misabel Abreu Machado Derzi**).

Assim, observado o real alcance do multicitado art. 98 do CTN, que veda o desrespeito ao tratado internacional ou a sua alteração por lei interna, há que se examinar o preceito normativo constante da Convenção, especialmente o alusivo ao item que obsta a discriminação tributária em se considerando a nacionalidade dos sócios — se residentes ou não no País.

O artigo 24 da Convenção Internacional dispõe: “1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributa-

ção ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação. 2. ... 3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes. 4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado. 5. No presente artigo, o termo 'tributação' designa os impostos de qualquer natureza ou denominação."

Ou seja, o que foi consignado foi a vedação de tratamento não-isonômico entre os sócios, bem como entre as empresas, levando em consideração apenas a nacionalidade ou a residência ou domicílio das pessoas físicas. O que se buscou foi exatamente assegurar que *a tributação fosse a mesma*, entre nacionais e não nacionais, ou melhor, convencionou-se a isonomia tributária entre os sócios de diferentes nacionalidades.

No entanto, lei superveniente maculou o princípio da isonomia tributária, impondo tratamento discriminatório entre os sócios, utilizando como único discriminador a *residência ou domicílio no País*.

A Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, estabeleceu:

"Art. 75. Sobre os lucros apurados a partir de 1^o de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.

(...)

(...)

Art. 77. A partir de 1^o de janeiro de 1993, a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos de que trata o art. 97 do Decreto-Lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943, com as modificações posteriormente introduzidas, passará a ser de quinze por cento."

A simples leitura dos dispositivos legais reproduzidos revela, de pronto, que as pessoas físicas ou jurídicas *residentes ou domiciliadas no País* estariam isentas do pagamento do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido apurado no ano de 1993 (art. 75); e, ao contrário, a partir de 1^a de janeiro de 1993 (mesma data aludida no preceito legal antes referido), o imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos distribuídos a pessoas físicas ou jurídicas *não residentes no País passaria a ser de quinze por cento* (art. 77).

Há, nesse ponto, inudiversa discriminação em decorrência da residência e/ou domicílio dos sócios ou sede da empresa, o que implicaria em manifesta violação dos termos da “Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda Brasil-Suécia”.

O inconformismo da recorrente não se situa na imposição tributária simplesmente, mas sim resulta de sua irrisignação em face da imposição tributária discriminatória, posto que para o mesmo período — 1993 — e tão-somente para os sócios residentes e domiciliados no Brasil não incidiria o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido correspondente a dividendos e bonificações. Ou seja, para o mesmo fato (lucros e dividendos da pessoa jurídica), em razão apenas do domicílio e residência dos sócios, no mesmo período temporal, os sócios aqui residentes e domiciliados tiveram um benefício fiscal que não alcançou os sócios residentes e domiciliados na Suécia.

Partindo do pressuposto que a Convenção entre Brasil e Suécia configura uma *relação de especialidade*, que está assegurada no âmbito interno pela autoridade da disposição complementar do art. 78 do CTN, inviável seria o descumprimento da norma indicada (art. 24) pela lei superveniente que revela, inclusive, tratamento discriminatório entre os figurantes da aludida Convenção, tão apenas em face da residência ou domicílio de cada um.

A jurisprudência — embora hipóteses similares não sejam de tratamento diuturno — já proclamou por suas Turmas que integram a Primeira Seção deste Tribunal:

“Imposto de importação — IPI — Vitamina ‘A’ alíquota zero — GATT.

Os tratados e convenções internacionais integram a legislação tributária interna (artigo 96, CTN), revogam-se e modificam-na (art. 98, CTN).

Constando do GATT o benefício da alíquota zero para a vitamina ‘A’ e seus derivados, a legislação interna não tem força para alterá-lo.

Precedentes.

Recurso improvido.”

(REsp n. 154.092/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 02.03.1998, p. 44)

“Tributário. Importação. Trigo em grão. Fixação da alíquota. Portaria Ministerial n. 939/1991. Impossibilidade. CTN, art. 98. Precedentes.

1. O art. 98/CTN não admite a revogação de tratado pela legislação tributária antecedente ou superveniente.

2. Não é lícito ao Poder Executivo, mediante simples portaria, fixar alíquota superior à estabelecida em acordo internacional.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 209.526/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.06.2000)

Em conclusão, se o tratado deveria ser observado pela lei interna subsequente; se o mesmo tratado conteria uma *relação de especialidade*; se foi desconsiderado o princípio da isonomia tributária entre os sócios; se houve igualmente discriminação entre os sócios da mesma empresa, cujo discrimen foi fundado apenas no fato residência e/ou domicílio de cada um, a meu ver, está claramente evidenciada a violação do art. 98 do CTN e do art. 24 da Convenção Brasil-Suécia.

E, pedindo vênias aos eminentes Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, por esses fundamentos acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro José Delgado, razão por que voto no sentido de dar provimento do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 440.002 — SE (2002/0072174-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Francisco Matias dos Santos

Advogados: Antônio Furtado Leite e outro

Recorrido: Cícero Pereira da Silva

Advogados: Antônio Furtado Leite e outro

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Tutela de direitos transindividuais. Meio ambiente. Competência. Repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Distinção entre competência e legitimação ativa. Critérios.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acresci-

dos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama (Leis ns. 6.938/1981, art. 18, e n. 7.735/1989, art. 4^a).

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Cuida-se de recurso especial apresentado contra acórdão do TRF da 5^a Região que negou provimento a agravo de instrumento, confirmando decisão do juiz de primeiro grau que, nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face de particulares, visando coibir dano ambiental, declinou de sua competência em favor da Justiça Estadual de Sergipe. São os seguintes os fundamentos principais alinhados pelo Tribunal de origem: (a) a ação “foi proposta contra particulares, dela não figurando, quer como autoras, rés, assistentes ou oponentes a União Federal, suas autarquias ou empresas públicas” (fl. 66); (b) não procede o argumento da existência de interesse da União ou do Ibama “apenas pelo fato de o dano ambiental, ainda que envolvendo manguezais e mata atlântica” (fl. 66), porque os bens ambientais não são bens da União, e sim bens de uso comum, e ainda porque “não é suficiente a simples indicação de interesse da União para deslocar a competência”, devendo tal interesse “ser expresso e traduzir uma posição processual definida” (fl. 68); (c) tampouco procede a alegação de que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) teria modificado o art. 2^a da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), estabelecendo a competência da Justiça Federal para o julgamento de todas as ações civis públicas que objetivem a proteção do patrimônio nacional, uma vez que “dispositivo constitucional algum poderia alterar, reduzir ou ampliar a norma

constitucional”, do que decorre que “fora das hipóteses expressamente previstas no art. 109 da CF, a Justiça Federal não é competente” (fl. 69).

No especial, fundado nas alíneas **a** e **c**, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 93 da Lei n. 8.078/1990 e 18 da Lei n. 6.938/1981, sustentando, em suma, que (a) a demanda envolve bens da União (terrenos de marinha e seus acrescidos, componentes do ecossistema no manguezal do Atalaia), configurando-se, por essa razão, o interesse desse ente público; (b) caracteriza-se também, na hipótese, o interesse do Ibama, autarquia federal a que compete proteger e fiscalizar as atividades ilícitas que causem danos ao ecossistema, e que interveio preventivamente, no caso concreto, por meio de embargos administrativos; (c) entre as funções constitucionais do MP está a promoção da ação civil pública (CF, art. 129, III), consagrando as Leis ns. 6.938/1981, art. 14, § 1º, e 7.347/1985, art. 5º, a legitimidade ativa do *Parquet* para o combate aos danos ambientais; (d) “a presença do MPF com autor da ação supre a ausência da União Federal e do Ibama como litisconsortes” (fl. 81).

Não foram apresentadas contra-razões.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do apelo, em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Ação civil pública. Dano ao meio ambiente. Manguezais. Bem da União. Interesse do MPF. Competência da Justiça Federal.

1. Os manguezais que estão compreendidos nos terrenos de marinha e seus acrescidos são propriedade da União Federal e o Ibama é o órgão federal encarregado de licenciar qualquer uso desse importante ecossistema, com florestamento próprio, de reprodução da fauna marinha.

2. A destruição de floresta de manguezal demandou a fiscalização do Ibama, que solicitou ao MPF as providências cabíveis.

3. Sendo o MPF órgão integrante da União, as pretensões por ele deduzidas devem ser dirimidas pela Justiça Federal.

4. Pela competência da Justiça Federal.” (Fl. 115)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Põe-se em foco, no presente caso, um tema freqüente em nossos pretórios, nem sempre enfrentado com clareza, que é o da distribuição da competência, entre Justiça Federal e Justiça Estadual, para processar e julgar ações civis públicas destinadas a tutelar direitos transindividuais

(coletivos e difusos). As dificuldades para encontrar linha objetiva de orientação se agravam porque, no geral dos casos, não se dá ênfase ao problema que subjaz à questão competencial, que é o da repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. Realmente, também a ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, a saber: cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Ocorre que, nessa espécie de ação, o direito tutelado tem natureza transindividual, a significar que são indeterminados os titulares do direito material. Não estando legitimado, para o pólo passivo, nenhum ente federal, estaria descartada a competência da Justiça Federal? Esta pergunta envolve não uma questão de competência, e sim de legitimidade.

Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em **habeas data** e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, como se sabe, pouco importa que a parte seja legítima ou não. A existência ou não da legitimação deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial é logicamente antecedente e eventualmente prejudicial à da legitimidade das partes. Para efeito de competência, o critério **ratione personae** (que é o estabelecido no art. 109, I, da CF) é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, para efeito de determinação de competência, o que se leva em consideração é a *parte processual*, o que nem sempre coincide com a *parte legítima*. Parte *processual* é a que *efetivamente*

figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte *legítima* é aquela que, segundo a lei, *deve figurar* como demandante ou demandada no processo. A legitimidade **ad causam**, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima.

Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. Por isso mesmo é que se enfatiza que a controvérsia posta não diz respeito, propriamente, à competência para a causa e sim à legitimidade ativa. Competente, sem dúvida, é a Justiça Federal. Cabe agora, portanto, investigar se, à luz do direito, o ajuizamento dessa ação, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos, é atribuição do Ministério Público Federal ou do Estadual. Concluindo-se pela ilegitimidade daquele, a solução não será a da declinação de competência, mas de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Quando se trata de repartir competências (legislativas, administrativas ou jurisdicionais), o princípio a ser seguido, decorrente de nosso sistema federativo, é o de reconhecer como da esfera estadual toda a matéria residual, ou seja, a que não estiver conferida, por força de lei ou do sistema, ao órgão federal. Para os fins aqui perseguidos, o princípio é o mesmo. Ocorre que a Lei Complementar n. 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, que seria a sede normativa adequada para explicitar as atribuições desse órgão (CF, art. 128, § 5º), não foi nada feliz no particular. Os seus artigos 5º e 6º, por exemplo, ao tratarem das funções institucionais e da competência do “Ministério Público da União”, elencaram, na verdade, funções institucionais e competências do próprio Ministério Público, que são também comuns, portanto, às do Ministério Público dos Estados. No ponto que aqui interessa, outorgou-se ao Ministério Público “da União” competência para “promover o inquérito civil e a ação civil pública”, entre outras hipóteses, para a proteção “dos direitos constitucionais” (art. 6º, VII, **a**), “do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (VII, **b**) (...) e de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (VII, **d**), sem maiores explicitações e, aparentemente, incluindo toda a competência residual. Bem se vê que tais dispositivos não podem ser entendidos na extensão que decorre de sua interpretação puramente literal. Devem, ao contrário, ter seu alcan-

ce compreendido à luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente do antes referido princípio federativo.

O limitador implícito na fixação das atribuições do Ministério Público da União é, certamente, o da existência de interesse federal na demanda. Caberá a ele promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) — ou em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I).

Este último ponto merece explicitação. Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Mas outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas são configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em razão dos bens e valores a que se visa tutelar.

É o caso dos autos. Aqui, a demanda visa tutelar o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que, nos termos do art. 20, VII, da Constituição, são bens da União, sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama — Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Leis ns. 6.938/1981, art. 18, e 7.735/1989, art. 4º).

Em suma, a competência para a causa é da Justiça Federal, porque se trata de demanda promovida pelo Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa tutelar bens e interesses nitidamente federais,

e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área que compõe o patrimônio da União e submetida ao poder de polícia de autarquia federal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 530.121 — RS (2003/0072980-3)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: União

Recorrida: Cooperativa de Serviço e Mão-de-Obra Ltda — Cooperserv

Advogado: João Antônio Pinto de Moraes

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Aquaviários. Organização em cooperativas. Exercício de atividade profissional. Concessão de embarque pela autoridade marítima. Desnecessidade de vínculo trabalhista. Art. 7^o da Lei n. 9.537/1997. Ausência de prequestionamento do art. 1^o da Lei n. 1.533/1951. Súmulas ns. 282 e 356/STF. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

1. A mencionada “autorização de embarque” significa a permissão para que, efetivamente, os trabalhadores aquaviários possam estar na condução de suas embarcações e em pleno exercício da profissão.

2. Embora em seu parágrafo único, art. 7^o, a Lei n. 9.537/1997 preveja que o embarque e o desembarque do tripulante submetem-se às regras do seu contrato de trabalho, é certo que essa exigência não se aplica aos aquaviários que são cooperativados e arrematados por essa instituição para o exercício de suas atividades profissionais.

3. A Lei n. 9.537/1997, em seu art. 7^o, parágrafo único, não fornece à autoridade marítima argumento legal para que, sob alegação de inexistência de vínculo de emprego entre cooperativa e cooperativados, denegue a esses trabalhadores a autorização de embarque e desembarque necessária ao exercício de suas profissões.

4. Dentre as atribuições conferidas à autoridade marítima, não incluiu o art. 4^o da Lei n. 9.537/1997, a competência para a fiscalização e controle dos contratos de trabalho eventualmente estabelecidos pelos profissionais por ela regulados no âmbito administrativo.

5. Não tendo sido a matéria de que trata o artigo 1º da Lei n. 1.533/1951 objeto de enfrentamento pelo acórdão recorrido, torna-se evidente a ausência do necessário prequestionamento consoante prescrito nas Súmulas ns. 282 e 356/STF.

6. Recurso especial conhecido em parte, e nesta, desprovido.

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 Teori Albino Zavascki, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 28.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida a espécie de recurso especial fundado na alínea **a** do permissivo constitucional interposto pela União em autos de mandado de segurança. O acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa:

“Administrativo. Aquaviários. Embarque e desembarque. Trabalhadores organizados em cooperativas. Exigência de contrato de trabalho. Ilegalidade. O art. 7º da Lei n. 9.537/1997 deve ser interpretado em conformidade com as demais regras e definições previstas no mesmo diploma legal, sob pena se restringir de forma ilegal o exercício da atividade profissional de aquaviário apenas aos aquaviários empregados, quando a única restrição estabelecida na própria Lei n. 9.537/1997 é a de que há a necessidade de habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional (art. 2º, II), devendo ser observados os níveis de habilitação estabelecidos pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações. (Art. 7º, **caput**)

A exigência para o deferimento de embarque e desembarque do tripulan-

te, de que deve submeter-se às regras do seu contrato de trabalho, apenas é aplicável ao tripulante empregado, não se submetendo a ela os trabalhadores organizados em cooperativas.

Prequestionados os arts. 2º, 4º, 7º e 39 da Lei n. 9.537/1997, e os arts. 5º, XVIII e 174, § 2º, ambos da Constituição Federal.” (V. acórdão recorrido, fl. 195)

A controvérsia restou bem sumariada pela r. sentença, cujo excerto, a título de relatório, transcreve-se:

“Cooperativa de Serviços e Mão-de-Obra Ltda ajuizou o presente mandado de segurança contra ato do Capitão dos Portos — Capitania dos Portos em Rio Grande, com pedido liminar, pretendendo que seja determinado ao impetrado que conceda ou homologue o embarque e desembarque dos marítimos, sócios da impetrante, devidamente habilitados, a fim de que possam exercer suas funções nas localidades contratadas, quais sejam, nas cidades de Pelotas e São Lourenço/RS. Disse que contratou com a Superintendência de Portos e Hidrovias do Rio Grande do Sul o fornecimento de mão-de-obra de marítimos ligados a hidrovias e que teve o pedido de autorização para embarque dos cooperados indeferido pelo impetrado, sob o argumento de que o embarque e desembarque de aquaviários condicionam-se à existência de vínculo empregatício. A liminar foi deferida (fls. 109 e 110). Notificada, a autoridade e impetrada prestou informações (fls. 119 e 120), dizendo que a impetrante não possuía legitimidade para requerer o despacho das embarcações mercantes de propriedade da entidade com a qual contratara prestação de serviços. Disse que tomou conhecimento de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região referente à situação semelhante, o qual, reportando-se ao art. 7º da Lei n. 9.537/1997, dizia que o embarque e desembarque de tripulantes submetem-se às regras de seu contrato de trabalho, não se excluindo do alcance dessa norma os trabalhadores organizados em cooperativas. Salientou que seu ato não feriu direito líquido e certo daquela. Juntou documentos. O Ministério Público Federal, na manifestação de folhas 128 a 130, opinou pela concessão da segurança, entendendo que a interpretação feita pelo impetrado da Lei n. 9.537/1997, constitui afronta aos artigos 174, §§ 2º e 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal. A Advocacia Geral da União ingressou com pedido de reconsideração da liminar concedida, aduzindo que o ato da autoridade coatora encontra-se amparado em Lei. Cita ementa do Tribunal Regional Federal da 4ª Região com a respectiva manifestação do representante do Ministério Público...” (sentença de fls. 155/160).

Interposto recurso de apelação, foi desprovido pelo acórdão de fls. 190/195, nos termos da ementa supratranscrita.

Manejando recurso especial, alega a União que o v. acórdão se equivocou ao autorizar o embarque dos aquaviários, uma vez que ausente o vínculo empregatício entre a cooperativa e os trabalhadores arregimentados, pelo que restaram contrariados os artigos 7º, § único, da Lei n. 9.537/1997, que exige tal condição, e 1º da Lei n. 1.533/1951, porquanto ausente direito líquido e certo. Confira-se o teor desses dispositivos:

Lei n. 9.537/1997: “Art. 7º Os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações. Parágrafo único. O embarque e desembarque do tripulante submetem-se às regras de seu contrato de trabalho.

Lei n. 1.533/1951: “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.” (...)

Sem contra-razões, o recurso foi admitido pela decisão de fls. 207/208.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Constata-se, de início, que a matéria deduzida no art. 1º da Lei n. 1.533/1951 afeta a existência de direito líquido e certo a fundar o reclamo, não foi objeto de enfrentamento pelo acórdão recorrido, sendo evidente a ausência do necessário prequestionamento da questão consoante prescrito nas Súmulas ns. 282 e 356/STF. Destarte, no particular, não conheço do recurso.

Ao que se verifica, o tema litigioso remanescente é pertinente à necessidade de os aquaviários possuírem, além do vínculo com a respectiva cooperativa, contrato de trabalho específico com as pessoas ou entidades às quais prestarão serviços. Segundo sustenta a União, a Cooperativa não possui legitimidade para pleitear a autorização de embarque dos cooperativados por não haver estabelecido com eles contrato de trabalho. Note-se, a mencionada “autorização de embarque” significa a permissão para que, efetivamente, os trabalhadores aquaviários possam estar na condução de suas embarcações e em pleno exercício da profissão.

Todavia, a interpretação sistemática da Lei n. 9.537/1997 conduz a juízo diverso. Realmente, embora o parágrafo único do art. 7º da referida lei preveja que

:

o embarque e o desembarque do tripulante submetam-se às regras do seu contrato de trabalho, é certo que essa exigência não se aplica à espécie, uma vez que os aquaviários são cooperativados, não havendo que se falar em vínculo trabalhista para a prestação de serviços.

Verifica-se, a propósito, que a lei em referência, ao elencar as atribuições da autoridade marítima (inclusive a habilitação e cadastro dos aquaviários), não incluiu a competência para a fiscalização e exigência dos contratos de trabalho eventualmente estabelecidos pelos profissionais por ela regulados.

Soma-se a essa evidência a aplicação das regras constitucionais (CF, arts. 5º, XVIII e 174, parágrafo segundo) que, expressamente, buscam fortalecer e desenvolver o cooperativismo.

Nesse sentido, oportuno referir o parecer ministerial de fls. 184/187, do qual se ressalta:

“Inicialmente, cumpre salientarmos que, segundo dispõe o art. 4º da Lei n. 9.537/1997, não constitui atribuição da autoridade marítima a verificação de vínculo laboral como requisito para deferimento de embarque ou desembarque.

Preconiza a referida lei tão-somente a elaboração de normas de habilitação e cadastro dos aquaviários e amadores a fim de resguardar a vida humana, nada dispondo de forma expressa sobre a verificação de vínculo laboral, motivo pelo qual não pode ser o mesmo exigido pela autoridade coatora.

Além disso, não cabe no presente caso a aplicação do art. 7º da Lei n. 9.537/1997 o qual exige que os aquaviários possuam o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo de embarcações, na medida em que, foram os aquaviários contratados por uma cooperativa, sendo, conseqüentemente regidos por legislação própria, qual seja, a Lei n. 5.764/1971.

Na realidade, na situação em análise, faz-se desnecessária a existência de contrato de trabalho, bastando para o desempenho de suas atividades sua regular habilitação através da CIR — Caderneta de Inscrição e Registro.

A Lei n. 5.764/1971 nada dispõe sobre a exigência de vínculo empregatício, ou seja, contrato de trabalho tácito ou expresso, motivo pelo qual a exigência de contrato de trabalho por parte da autoridade coatora que impede a prestação de serviços dos cooperativados não deve prosperar.

Também convém ressaltarmos que entendimento contrário a este violaria disposição constitucional o qual prevê o livre exercício de profissão bem

como o disposto no art. 174, parágrafo segundo, o qual estimula o cooperativismo juntamente com o inciso XVIII do art. 5º da CF/1988 que veda a interferência estatal no funcionamento das cooperativas.

A Carta Magna é clara ao correlacionar as cooperativas com as associações, e, em um dispositivo de ordem econômica é dispor que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo, correlacionando, assim, associativismo e cooperativismo entre as instituições de ordem econômica...”

Por todo o exposto, conheço em parte do recurso especial, e nesta, nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Aquaviários. Organização em cooperativas. Desnecessidade da existência de contrato de trabalho para exercício da atividade profissional. Art. 7º da Lei n. 9.537/1997.

1. Não está elencada entre as competências outorgadas à autoridade marítima pelo art. 4º da Lei n. 9.537/1997 a fiscalização dos contratos de trabalho eventualmente celebrados pelos aquaviários.

2. O art. 7º da Lei n. 9.537/1997 não impõe a necessidade de celebração de contrato de trabalho para o exercício da atividade profissional pelo aquaviário, estabelecendo apenas que, nas hipóteses em que o mesmo exista, deverão seus termos ser respeitados nos procedimentos de embarque e desembarque, mas sem impedir que a vinculação do profissional ocorra por intermédio de cooperativa.

3. Voto pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo improvimento do recurso especial, acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial (fls. 198/205) interposto pela União Federal, com base na alínea a da previsão constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

“Administrativo. Aquaviários. Embarque e desembarque. Trabalhadores organizados em cooperativas. Exigência de contrato de trabalho. Ilegalidade.

O art. 7º da Lei n. 9.537/1997 deve ser interpretado em conformidade com as demais regras e definições previstas no mesmo diploma legal, sob pena de se restringir de forma ilegal o exercício da atividade profissional de aquaviário apenas aos aquaviários empregados, quando a única restrição estabelecida na própria Lei n. 9.537/1997 é a de que há a necessidade de ha-

bilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional (art. 2º, II), devendo ser observados os níveis de habilitação estabelecidos pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações (art. 7º, **caput**).

A exigência para o deferimento de embarque e desembarque do tripulante, de que deve submeter-se às regras de seu contrato de trabalho, apenas é aplicável ao tripulante empregado, não se submetendo a ela os trabalhadores organizados em cooperativas.

Prequestionados os arts. 2º, 4º, 7º e 39 da Lei n. 9.537/1997, e os arts. 5º, XVIII e 174, § 2º, ambos da Constituição Federal” (fl. 195).

A recorrente aponta ofensa aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951 e 7º, § único, da Lei n. 9.537/1997, alegando, essencialmente, que (a) não há direito líquido e certo a ser tutelado pela via mandamental; (b) há necessidade de contrato de trabalho para a prestação de serviços marítimos e fluviais na forma cooperativa, sob pena de ficarem os trabalhadores sem as garantias outorgadas pela legislação trabalhista.

O Relator, Ministro José Delgado, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, alinhando as seguintes razões: (a) não está prequestionado o art. 1º da Lei n. 1.533/1951; (b) embora o § único do art. 7º da Lei n. 9.537/1997 preveja que o embarque e o desembarque do tripulante submetam-se às regras de seu contrato de trabalho, essa exigência não se aplica ao caso em exame, em que os aquaviários são cooperativados, não havendo falar em vínculo trabalhista para a prestação de serviços; (c) a citada lei não incluiu entre as atribuições da autoridade marítima a fiscalização dos contratos de trabalho eventualmente estabelecidos pelos profissionais cuja atividade regula; (d) as regras postas nos arts. 5º, XVIII e 174, § 2º, da Constituição visam fortalecer o cooperativismo.

Pedi vista.

2. Conforme assinalado pelo Relator, não merece ser conhecido o recurso especial na parte em que aponta violação ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951 — “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entende com essas funções. § 2º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança” —, já que a norma aí expressa não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido.

3. É o seguinte o teor dos dispositivos que importa ter presentes para o deslinde do caso (arts. 4º e 7º da Lei n. 9.537/1997):

Art. 4º São atribuições da autoridade marítima:

I - elaborar normas para:

- a) habilitação e cadastro dos aquaviários e amadores;
- b) tráfego e permanência das embarcações nas águas sob jurisdição nacional, bem como sua entrada e saída de portos, atracadouros, fundeadouros e marinas;
- c) realização de inspeções navais e vistorias;
- d) arqueação, determinação da borda livre, lotação, identificação e classificação das embarcações;
- e) inscrição das embarcações e fiscalização do Registro de Propriedade;
- f) cerimonial e uso dos uniformes a bordo das embarcações nacionais;
- g) registro e certificação de helipontos das embarcações e plataformas, com vistas à homologação por parte do órgão competente;
- h) execução de obras, dragagens, pesquisa e lavra de minerais sob, sobre e às margens das águas sob jurisdição nacional, no que concerne ao ordenamento do espaço aquaviário e à segurança da navegação, sem prejuízo das obrigações frente aos demais órgãos competentes;
- i) cadastramento e funcionamento das marinas, clubes e entidades desportivas náuticas, no que diz respeito à salvaguarda da vida humana e à segurança da navegação no mar aberto e em hidrovias interiores;
- j) cadastramento de empresas de navegação, peritos e sociedades classificadoras;
- l) estabelecimento e funcionamento de sinais e auxílios à navegação;
- m) aplicação de penalidade pelo Comandante;

II - regulamentar o serviço de praticagem, estabelecer as zonas de praticagem em que a utilização do serviço é obrigatória e especificar as embarcações dispensadas do serviço;

III - determinar a tripulação de segurança das embarcações, assegurado às partes interessadas o direito de interpor recurso, quando discordarem da quantidade fixada;

IV - determinar os equipamentos e acessórios que devam ser homologados para uso a bordo de embarcações e plataformas e estabelecer os requisitos para a homologação;

V - estabelecer a dotação mínima de equipamentos e acessórios de segurança para embarcações e plataformas;

VI - estabelecer os limites da navegação interior;

VII - estabelecer os requisitos referentes às condições de segurança e habitabilidade e para a prevenção da poluição por parte de embarcações, plataformas ou suas instalações de apoio;

VIII - definir áreas marítimas e interiores para constituir refúgios provisórios, onde as embarcações possam fundear ou varar, para execução de reparos;

IX - executar a inspeção naval;

X - executar vistorias, diretamente ou por intermédio de delegação a entidades especializadas.

(...)

Art 7º Os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações.

Parágrafo único. O embarque e desembarque do tripulante submete-se às regras do seu contrato de trabalho.

Do primeiro dispositivo, conclui-se não estar elencada entre as competências outorgadas à autoridade marítima a fiscalização dos contratos de trabalho eventualmente celebrados pelos aquaviários.

Quanto à exigência de vínculo de emprego para a autorização de embarque e desembarque, vale dizer, para o exercício da atividade profissional pelo aquaviário, tem-se que não decorre da norma posta no art. 7º do mesmo diploma legal, aplicável apenas nas hipóteses em que a vinculação do aquaviário se dê pela forma de um contrato de trabalho, mas sem impedir que a mesma ocorra por intermédio de cooperativa.

4. Pelas razões expostas, acompanho o Relator, para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 575.280 — SP (2003/0143232-9)

Relator: Ministro José Delgado

Relator p/ o acórdão: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Procuradores: Jurandir Norberto Marçura e outros

Recorrido: Município de Santo André

Procuradores: Mônica M. Hernandez de Abreu Vicente e outros

EMENTA

Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de **Konrad Hesse**, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra

com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, **in casu**, o Estado.

3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de **lege ferenda**, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma **longa manu** do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12. Recurso especial 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, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator p/ o acórdão

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe recurso especial para modificar acórdão com fundamentos sintetizados na ementa do teor que transcrevo (fl. 145):

“Embargos infringentes. — Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em favor de menor — Sentença que julgou procedente pedido voltado à obrigação de fazer, consistente na criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças, menores de seis anos, sob pena de multa diária.

Recurso voluntário visando à reforma integral da sentença, sob o fundamento de ingerência no Poder Executivo, concedido, por maioria de votos, pelo v. acórdão embargado.

Inadmissibilidade da substituição da vontade da Administração Pública — Inviabilidade de exame do mérito administrativo — Os critérios governamentais, conveniência e oportunidade, são próprios do Executivo, não podendo o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do estrito exame da legalidade e da legitimidade, **pari passu** dos princípios informadores de cada qual, pena de ingerência no Executivo, se imiscuindo em terreno discricionário específico — Desobediência ao orçamento municipal que sequer foi alegada na petição inicial da ação civil pública ajuizada, o que torna a matéria impossível de conhecimento em face da omissão da causa de pedir. Embargos infringentes rejeitados.”

Alega no especial violação aos arts. 54, IV, 208, III, e 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aduz que o oferecimento de ensino infantil, por meio de creches e pré-escolas, constitui, de um lado, um dever do Município (que poderá requerer, mediante ação própria, a colaboração técnica e financeira da União e do Estado-Membro respectivo — cf. art. 211, **caput** e § 1º, da CF/1988), e, de outro um direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade.

Contra-razões oferecidas pela manutenção do **decisum a quo**.

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-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. A matéria jurídica enfrentada pelo recorrente foi amplamente discutida no acórdão.

O voto condutor do acórdão objurgado encontra-se em perfeita harmonia com o posicionamento deste Relator, pelo que o transcrevo como razão de decidir (fls. 146/154):

“2. Como de há muito se adianta, a Lei n. 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, não primou pela melhor técnica normativa e nem vernacular, gerando dúvidas na aplicação de vários de seus dispositivos, os quais ora guardam contradição lógica entre si, ora malferem o plexo normativo, pois o legislador procurou tudo lançar no Estatuto, que foi retalhado, sem dúvida com a melhor das intenções, buscando o aprimoramento do tratamento ora destinado à infância e à juventude.

No entanto, não se pode, a pretexto de salvaguardar direitos, ferir normas válidas e eficazes do universo jurídico vigente, o que obriga o intérprete, em árdua tarefa, a adequar a aplicação do Estatuto à realidade jurídica.

A sanação de irregularidades, posta nos artigos 191 e seguintes do Estatuto, há de ser vista com reservas, porquanto em se tratando de entidade governamental, que é regrada por princípios reguladores próprios, a atividade do Poder Judiciário encontra-se genuinamente restrita ao controle dos atos administrativos, sob a vertente dos preceitos de regência da atuação do agente público, de maneira que qualquer determinação de fazer ou de não fazer encontra como parâmetros os princípios administrativos atinentes, não se podendo, por exemplo, invadir o mérito do ato administrativo, em especial no que concerne a conveniência e a oportunidade, assim como defeso é olvidar da legalidade estrita, pois a Administração Pública, diferentemente do particular, tem sua conduta pautada pela ordem legal, o que, em matéria de gastos públicos, revolve a diretriz orçamentária, lei de licitações e concurso público para contratação de funcionários.

Em assuntos assemelhados, este Tribunal e o colendo Superior Tribunal de Justiça já proclamaram a impertinência de determinações judiciais que atinjam o âmbito discricionário da Administração Pública, o que se pode observar pela ementa dos venerandos arestos relatados, respectivamente, pelos Desembargadores Alves Braga e Scarance Fernandes, assim como pelo Ministro José Delgado:

‘Pretensão a obrigar a Municipalidade a fornecer abrigo a famílias despejadas de área de proteção aos mananciais por força de outra ação

civil pública, igualmente movida pelo Ministério Público. Impossibilidade de o Judiciário se imiscuir em assuntos de esfera discricionária específica do Executivo. Interesse de agir inócua. Recursos improvidos' (TJSP - Câm. Esp.; Ap. Cív. n. 41.369-0/SP; Relator Des. Alves Braga; j. 15.01.1998; **v.u.**) JTJ-219/1914.

'Agravado de instrumento. Ação civil pública. Remoção de presos com condenações definitivas, transitadas em julgado, das cadeias públicas e delegacias de polícia. Liminar concedida. Inadmissibilidade.

Recurso provido' (AI n. 078.977-5/5/SP; Relator Des. Scarance Fernandes; j. 10.11.1998; **v.u.**).

'1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do Juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender a projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridade estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido" (STJ – Primeira Turma; REsp n. 169.876; Relator Ministro José Delgado; j. 16.06.1998; **v.u.**) RSTJ-114/98.

Oportuno, ainda, transcrever o entendimento esposado pela Sexta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante:

"Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

I - O Ministério Público do Estado de Goiás com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo estadual a construir um Centro de Recuperação e Triagem, em face da prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição de Goiás são ‘dirigentes’ e ‘programáticas’. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as ‘tarefas’ e ‘programas’ preestabelecidos) e para o Judiciário (‘atualização constitucional’). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada. III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida.” (STJ – Sexta Turma; REsp n. 63.128.9; Relator Ministro Adhemar Maciel; j. 11.03.1996; v.u.; DOU 20.05.1996) RSTJ-85/385.

Lê-se no bojo deste v. acórdão da lavra do eminente ministro Adhemar Maciel:

“Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram, de modo concreto, a escalada de prioridade. Assim, não se tem como obrigar o Executivo a construir o Centro de Recuperação e Triagem para a recepção de adolescentes submetidos ao regime compulsório de internamento. Haveria uma verdadeira intrusão do Judiciário no Executivo. O Relator **a quo**, o eminente Des. Noé Gonçalves Ferreira, bem apreendeu em seu voto: ‘Analisando o caso sob enfoque nestes autos em face do estudo ora produzido, tem-se, sem dúvida, que a sentença vergastada impôs ao Poder Executivo Estadual obrigação de executar obra inserida na sua discricionariedade, o que, evidentemente, não é possível. Sim, porque o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas.’”

Com efeito, a imposição de obrigação de fazer vertente à criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças menores de seis anos constitui invasão de ato de gestão governamental, que toca, com vivas cores, a conveniência e oportunidade da Administração Pública, de tal arte que a determinação almejada caracteriza ingerência indevida, uma vez que consti-

tui em adoção de critério administrativo vinculado, próprio do Executivo Estadual, malferindo a norma constitucional que atribui ao Executivo a assinação de suas prioridades administrativas e realizações, as quais se sujeitam as limitações legais, razão pela qual não se pode emitir juízo de verdadeiro mérito administrativo, como se administração fosse.

Do mesmo modo, a sanção de irregularidade que importa em dispêndio ao Erário público envolve questões afetas às diretrizes orçamentárias, publicação de edital de licitação e concurso público, de maneira que só seria possível a determinação para implantação se houvesse dotação orçamentária específica, alinhavada à omissão da administração no cumprimento da realização e, mesmo assim, inviável a restrição temporal para efetivação, porquanto ao administrador, que só pode fazer o que a lei determina, como já consignado, deve cumprir o **iter** legal.

Na hipótese em exame, ademais, a matéria atinente ao orçamento municipal não foi objeto da petição inicial, jamais tendo havido afirmação de desobediência àquele, com desvio de verba, o que, em tese, levaria à responsabilidade do administrador. Havendo omissão na causa de pedir, defeso é o conhecimento da matéria relativa à existência de verba orçamentária não utilizada para os fins descritos na exordial, pois não é dado ao julgador apreciar fatos não descritos pela parte, que estariam afastados do contraditório, pois o réu, como sabido, tem apenas o ônus da impugnação específica dos fatos narrados na petição inicial (artigo 302 do Código de Processo Civil), não se lhe podendo atribuir o ônus de impugnar fatos outros, ainda que conexos à matéria argüida, não indicados de forma precisa pela parte adversa.

Tudo não bastasse, não se pode olvidar os limites rigorosos e conseqüências ao administrador impostas pela Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de sorte que não faria sentido determinar o Poder Judiciário, que, em última análise, deverá julgar eventuais sanções à norma indicada, seu descumprimento pelo Administrado.

Daí que — e ainda que não se desconheça que tal posicionamento foi vencedor outrora nesta Câmara Especial e respeitado o posicionamento da Douta Maioria — devem os embargos ser rejeitados para o fim de julgar improcedente a ação.

Ainda que tenha o legislador pretendido, realmente, trazer aprimoramento das instituições, assim o fez olvidando todo o universo jurídico, como se fosse possível desenhar a realidade por força da escrita, como inúmeras vezes já se tentou neste país, como se tal possível fosse.

3. À vista do exposto, recebo os embargos infringentes, rejeitando-os integralmente.”

A respeito da questão debatida no presente feito, no REsp n. 169.876/SP, DJ de 21.09.1998, ao apreciar matéria a esta idêntica, externei os seguintes fundamentos, **verbis**:

“A compreensão dos temas jurídicos desenvolvidos no curso da ação ora examinada, em sede de recurso especial, exige que se tome conhecimento dos termos do relatório da sentença monocrática, fls. 616/618, do teor seguinte:

‘O Ministério Público do Estado de São Paulo aforou contra o Município de São Paulo esta ação civil pública pedindo condenação da ré no cumprimento da obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, inciso V, da Lei n. 6.766/1979), consistente na regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativos ao empreendimento indicado na inicial, na seguinte ordem sucessiva:

a) em caráter principal, mediante apresentação de ‘projeto’ a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, bem como posterior execução das obras de infra-estrutura pertinentes, tudo para sua alteração e integral adequação aos requisitos definidos nas leis municipais, estaduais e federal de regência;

b) em caráter alternativo, caso não acolhido o pedido antecedente, mediante apresentação de ‘alteração no empreendimento’, naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, inclusive com o desfazimento de todo o conjunto ou de parte inaproveitável, caso absolutamente impossível o aproveitamento das construções e parcelamento já efetuados, por força de restrições urbanísticas e administrativas invencíveis, indenizando os danos ambientais e urbanísticos;

c) em ambos os pedidos antecedentes, caso qualquer mutirante cadastrado tenha participado do mutirão e não seja contemplado em razão de alteração do projeto original, seja a ré condenada na indenização por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra dispendida para a execução do mutirão (em liquidação de sentença), ou na entrega da unidade habitacional semelhante à que lhe foi reservada no convênio, tudo na forma da condenação genérica dos arts. 95 e ss. do CPC, c.c., art. 117 e art. 21 da LACP

d) para a hipótese de descumprimento do prazo da obrigação de fazer fixado na sentença, seja estabelecida a obrigação de pagar multa

diária no valor estimado de CR\$ 1.000.000,00, mais correção monetária, destinada à conta corrente do Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados (DE, 7.070/1987 e art. 13 da Lei n. 7.347/1985).

Em prol de suas pretensões, o autor alegou, basicamente, os motivos abaixo resumidos:

— Em 21.02.1990, o Funaps e a Associação dos Trabalhadores Sem Terra do Conjunto Habitacional Movimento Unido, celebraram convênio para construção de 164 unidades residenciais, pelo sistema de mutirão.

— Para a realização do empreendimento a ré utilizou a área aproximada de 21.929,10m², tendo aquela associação por possuidora, situada na Estrada dos Taipas, s/n, J. Rincão, Distrito de Perus, Capital/SP.

— Após efetuado o parcelamento do solo, para fins urbanos, no loteamento denominado 'Conjunto Habitacional Movimento Unido', mediante o material adquirido pela associação, os próprios associados mutirantes edificaram 155 casas, residindo no local 115 famílias mutirantes, porém, há casas inacabadas e não há infra-estrutura pública e a canalização de esgoto está incompleta, as verbas da Funaps estão suspensas desde março/1992 e as obras estão paralisadas, com risco de deterioração e dispêndio de mais dinheiro público para os reparos.

— De acordo com o convênio (cláusulas 8^a e 9^a), a ré se responsabilizou pelas obras de infra-estrutura e projetos complementares, porém, referido conjunto habitacional pelos órgãos municipais competentes, não houve prévia anuência do Estado, não houve licença da Cetesb e não houve registro imobiliário no Cartório Imobiliário.

— Portanto o conjunto habitacional está em desacordo com a LF n. 6.766/1979 (arts. 12,13, II, 18 e 37); com as normas estaduais (em especial Lei n. 997/1976 — arts. 2/5; Decreto n. 8.468/1976 — arts. 57, X, 58, I; Decreto n. 13.069/1978 — arts. 1, 3, 4, 11, 12, 17, 19 e 20); e normas municipais (Leis ns. 9.412/1981, 9.413/1981 e 11.228/1992, Decretos ns. 31.601/1992 e 32.329/1992 e seus anexos).

A ré foi citada e apresentou contestação de fls. 532/553, acompanhada dos documentos de fls. 554/556, consistente na defesa abaixo resumida.

1. Em primeira preliminar, a ré argüiu impossibilidade jurídica do pedido com base no art. 30, incisos I e VIII, da Carta Federal, alegando

que a municipalidade, no âmbito dos limites de sua competência constitucional, editou regras específicas para tratar da matéria estritamente de interesse local, relativa a implantação de conjuntos habitacionais populares. Portanto, em face do cumprimento da legislação municipal pelas entidades conveniadas, inexistente regularização a ser promovida no parcelamento.

2. Em segunda preliminar, a ré argüiu impossibilidade jurídica do pedido com base no art. 40 da LF n. 6.766/1979, alegando que, em face do dispositivo legal, a municipalidade não tem o dever, mas, sim, a faculdade de regularizar o loteamento, de acordo com a conveniência e oportunidade, cujo ato discricionário não pode ser objeto de condenação judicial.

3. Em terceira preliminar, a ré argüiu a ilegitimidade ativa do Ministério Público alegando inexistência de interesse difuso na presente ação. Para tanto, argumenta que um dos requisitos da configuração do interesse difuso é a indeterminação dos sujeitos, cuja característica essencial é a inexistência de vínculo jurídico entre os beneficiários. Portanto, os interesses discutidos nesta ação civil pública, não se caracterizam com interesses difusos, porque os seus beneficiários são pessoas determináveis, os quais estão inscritos junto à Associação.

4. Quanto ao mérito, a ré pediu improcedência da ação alegando, em síntese, que:

— A municipalidade não pode ser equiparada ao loteador particular, no tocante ao parcelamento do solo, para fins de cumprimento da Lei n. 6.766/1979, porque os interesses de um e do outro são diversos, pena de ofensa ao princípio da isonomia, que exige tratamento desigual aos desiguais.

— A legislação federal não previu o parcelamento do solo pela própria municipalidade, portanto, a LF n. 6.766/1979 não pode ser aplicada aos Programas de Mutirão, porque se trata de hipótese não prevista em lei, pena de ofensa ao princípio da legalidade.

— Inexiste prejuízo aos participantes e à coletividade pelo Programa de Mutirão, o qual beneficia os mutirantes que deixam de habitar lugares impróprios e adquirem imóvel em local equipado com todos os melhoramentos urbanos, cujo benefício atinge toda coletividade, a qual passa a conviver com um centro urbano humano e digno.

— A municipalidade mantém fiscalização permanente na implantação dos mutirões, os quais obedecem rigorosamente as normas contidas no DM n. 31.601/1992, além do que as obras de infra-estrutura são realizadas por empresas contratadas pelo Poder Público, as quais respeitam as exigências dos órgãos técnicos municipais para sua aceitação técnica.

— O pedido de indenização de danos ambientais e aos mutirantes, na hipótese de impossibilidade de regularização do loteamento, é descabido porque colide com o espírito da criação do Funaps.

— A responsabilização da municipalidade por qualquer dano ao meio ambiente e aos mutirantes há necessidade de demonstração da culpa, pela incúria, desmazelo ou recusa em impedir evento danoso que poderia ser por ela impedido, o que incorreu no presente caso.

Na réplica de fl. 558, acompanha dos documentos de fls. 575/596, o autor rebateu as preliminares e insistiu no pedido, sobrevivendo novas manifestações das partes.

Nesta fase, na forma do art. 330, n. I, do CPC, o processo comporta julgamento antecipado.'

Necessário se faz, também, complementar o referido relatório com o que compõe o acórdão recorrido apresentado do modo que passo a transcrever (fls. 714/715):

‘O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra Municipalidade de São Paulo. Visando condená-la em obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, V, da Lei n. 6.766/1979, consistente na regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativamente ao loteamento descrito na inicial, conforme a ordem ali constante.

Ao relatório de fls. 616/618, adotado, acrescento que a r. Sentença, afastando as preliminares da contestação, julgou a ação inteiramente procedente.

Houve determinação de reexame necessário.

Apela a ré (fls. 624/639), visando integral reforma da decisão de primeiro grau, com o acolhimento das preliminares de sua contestação, e improcedência da ação.

Recurso tempestivo, contrariado (fls. 654/660) e isento de preparo.

A manifestação do Ministério Público, nesta instância, é pelo improvimento do recurso (fls. 703/708).

É o relatório.'

Conhecidos os debates desenvolvidos até o julgamento da apelação investigo, agora, o teor do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 715/719):

‘O ilustre Magistrado prolator da sentença recorrida, como sempre faz, deu correta solução à lide, tendo decidido brilhantemente, à forma de seu costumeiro proceder.

As preliminares foram muito bem afastadas na r. sentença recorrida.

Com efeito, não há falar-se em ilegitimidade de parte do Ministério Público para a propositura da presente ação, nem em falta de interesse de agir, e menos ainda em impossibilidade jurídica do pedido, consoante bem decidido na decisão de primeiro grau, e à forma sustentada pelo douto Procurador de Justiça oficiante.

Evidentemente, o parcelamento e o uso do solo constituem-se em interesses difusos, a serem defendidos pelo Ministério Público, na forma de ação civil pública. Cabe aqui ser transcrito o que afirma o autor em contra-razões recursais (fls. 657/658): ‘Vale lembrar da legislação já devidamente prequestionada, que dá suporte às alegações do autor: art. 129, III, Constituição Federal; arts. 1^ª, inciso IV, 5^ª e 21 da Lei n. 7.347/1985 — Lei da Ação Civil Pública; arts. 81, 82, 110 e 117 da Lei n. 8.078/1990 — Código de Defesa do Consumidor; art. 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993 — Lei Orgânica do Ministério Público. Compete ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos, coletivos e dos individuais homogêneos (os direitos dos mutirantes), inclusive em face do Poder Público, pois o legislador não o isentou da responsabilidade pelos danos por ele causados (art. 37, § 6^ª, da Constituição Federal; art. 15, Código Civil), nem da recuperação do meio ambiente urbano e natural (Constituição Estadual, arts. 180, III, 191; Lei Orgânica do Município de São Paulo; art. 148, IV), atribuindo ao *Parquet* função institucional específica, inclusive para fazer o Poder Público respeitar os direitos eleitos pela Constituição Federal (art. 129, 12^ª, II)’.

Da falta de interesse jurídico do autor, também não se pode cogitar, porquanto se a Lei atribui ao Ministério Público a defesa de interesses difusos, na ação civil pública em que o autor isto postula, presente se encontra o seu interesse de agir.

Ademais, não se pode acoimar de impossível, o pedido que a lei expressamente prevê, com acima bem esclarecido.

No mérito, a decisão de primeiro grau só pode ser mantida.

Foi a presente ação civil pública julgada procedente em sua integralidade, em razão do que a municipalidade ré restou condenada ‘no cumprimento de obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, inciso V da Lei n. 6.766/1979), constante da regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativos ao empreendimento indicado na inicial, na seguinte ordem sucessiva: a) em caráter principal, mediante apresentação de ‘projeto’ a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, bem como posterior execução das obras de infra-estrutura pertinentes, tudo para sua alteração e integral adequação aos requisitos definidos nas leis municipais, estaduais e federal de regência;

b) em caráter alternativo, caso impossível a referida regularização, mediante apresentação de ‘alterações no empreendimento’, naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, inclusive com o desfazimento de todo o conjunto ou de parte inaproveitável, caso absolutamente impossível o aproveitamento das construções e parcelamento já efetuados, por força de restrições urbanísticas e administrativas invencíveis, indenizando os danos ambientais e urbanísticos;

c) em ambas obrigações antecedentes, caso qualquer mutirante cadastrado tenha participado do mutirão e não seja contemplado em razão de alteração do projeto original, condeno a ré ao pagamento de indenização por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra despendida para a execução de mutirão (em liquidação de sentença), ou na entrega da unidade habitacional semelhante a que lhe foi reservada no convênio, tudo na forma da condenação genérica dos arts. 95 e ss. do CPC, c.c., art. 117 e art. 21 da LACP

d) para a hipótese de descumprimento do prazo da obrigação de fazer fixo multa diária no valor estimado de CR\$ 1.000.000,00, válido para a data do ajuizamento mais correção monetária, até a fase de liquidação, destinada ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (DE, 7.070/1987 e art. 13 da Lei n. 7.347/1985)’.

Bate-se a municipalidade, primordialmente, por não estar submetida às obrigações previstas na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979). Todavia, seus argumentos não prosperam.

Provado nos autos que o empreendimento ‘Conjunto Habitacional Movimento Unido’ foi promovido pela municipalidade, através do sistema de mutirão, com recursos do Funaps (Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal), daí decorrendo o consequente parcelamento da gleba onde se iniciou (mas não se concluiu) a construção de casas populares, não pode a apelante — por mais sedutores que sejam argumentos — deixar de cumprir o que determina a Lei n. 6.766/1979.

Não logrou a apelante, em momento algum, demonstrar que está desobrigada de cumprir a Lei Federal em tela, assente nos autos que posta-se ela na condição de loteadora ou empreendedora, e como tal sujeita ao cumprimento da Lei de Parcelamento do Solo, em especial artigos 6º e seguintes, relativamente ao projeto de loteamento, de desmembramento, e ao registro de ambos, evidentemente sem as exigências próprias de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (certidões negativas de protestos, ações penais etc.).

É claro que o legislador, atento às peculiaridades dos loteamentos destinados a conjuntos habitacionais rotulados como de ‘interesse social’, como o de que trata esta ação, em seu art. 4º, II, permitiu que os lotes tivessem área menor do que a prevista para outro loteamento (125m²), mas ainda assim, devem ser os mesmos “previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes”.

Doutra parte, o artigo 40 da Lei n. 6.766/1979, realmente, encerra uma faculdade para a Prefeitura Municipal regularizar o loteamento ou desmembramento. Todavia, tal faculdade diz respeito ao não-cumprimento das exigências legais pelo loteador. No caso em julgamento, o loteador é a própria municipalidade que não pode invocar a faculdade ora referida.

E o reconhecimento administrativo de que deve submeter-se às exigências da legislação específica foi feito pela Secretaria de Habitação e Desenvolvimento, através da Portaria n. 722/Sehab-0/1993 (fl. 497), que constituiu Grupo Trabalho com a ‘incumbência de equacionar os problemas, propor soluções e estabelecer os procedimentos administrativos visando à regularização, inclusive junto aos demais órgãos públicos envolvidos, dos empreendimentos habitacionais de interesse social implantados no âmbito do Programa Funaps Comunitário.

E, se os estudos se destinavam a regularizar, depreende-se que irregular se encontravam, e encontram-se, os loteamentos, como não nega a

municipalidade, apenas argumentando não estar sujeita à legislação específica, como se a Administração Pública não devesse pautar seu procedimento pelo princípio da legalidade, assim como de impessoalidade, moralidade e publicidade (Constituição Federal, art. 37, **caput**).

Não se nega a importância social do empreendimento, mas é no próprio interesse dos mutirantes que a lei deve ser cumprida, sob pena de nunca adquirirem o domínio da sonhada casa própria. Ou pior, sem que a municipalidade cumpra as normas legais, relativamente ao saneamento básico, vias públicas, áreas de lazer, acesso a vias públicas já existentes, condições de salubridade das habitações etc., é bem provável que os beneficiários do empreendimento — cujo interesse social é inegável — continuem morando em residências subnormais.

E não há como se afastar a responsabilidade indenizatória da municipalidade, caso os mutirantes não tenham à sua disposição as unidades residenciais que lhes foram prometidas, e para as quais trabalharam, acreditando no projeto, o que parece não ter acontecido com a Secretaria de Habitação, porquanto, como alegado na inicial, e não contestado (fl. 5), as obras estão paralisadas desde março/1992. A indenização, a que se refere a r. sentença, decorre do previsto no Código Civil (art. 159) e na Constituição Federal (art. 37, § 6º), posto que evidente a culpa da municipalidade, por haver-se omitido na regularização do loteamento.

No que diz respeito à multa, é bem de ver-se que a mesma não tem o sentido indenizatório, como insinua a apelante, mas sim o de penalidade, somente aplicável na hipótese de não-cumprimento da obrigação de fazer estabelecida em sentença. E, na medida em que destinada ao Fundo Especial de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Decreto Estadual n. 7.070/1987 c.c. art. 13, da Lei n. 7.347/1985), não se pode cogitar de enriquecimento ilícito de quem quer que seja.

Quanto ao seu valor, nada apresenta de excessivo. Considerando-se a cotação do dólar americano a CR\$ 755,52 no dia do ajuizamento (07.03.1996), conforme publicado no Boletim AASP — n. 1920, p. 5, 11 a 17.10.1995, Suplemento, a multa diária de CR\$ 1.000.000,00 corresponde a aproximadamente US\$ 1.323,60. Portanto, de bom tamanho, tendo-se em vista a importância da obrigação a ser cumprida, e a presunção que a municipalidade não se furtará ao cumprimento de decisão judicial.

No mais, a r. Sentença deve ser mantida integralmente.

Na verdade, o decidido em primeiro grau não comporta modificação, devendo ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos, daí porque deve ser *negado provimento ao recurso da apelante, e também ao recurso oficial*, mantida íntegra a r. sentença.⁷

Aprecio, por ser preferencial, a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para promover a presente ação.

O recorrente afirma que o Ministério Público é parte ilegítima para promover a presente ação, por não existir, no caso em espécie, interesse difuso a ser protegido pelo caminho da ação civil pública.

Atento ao conceito de interesses difusos e ao de interesses coletivos, rejeito a preliminar.

No caso em apreciação, embora não estejam caracterizados interesses difusos, entendo que estão presentes interesses coletivos representados pelos mutirantes.

Aceitando a corrente que defende haver a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor aplicado as expressões direito e interesses como sinônimo, acosto-me aos entendimentos dos que afirmam ser direito difuso o de natureza transindividual, indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único: Direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base).

Penso que, em conseqüência, ocorre a legitimidade do Ministério Público para promover a presente ação civil pública, visando proteger os interesses coletivos dos titulares da categoria de mutirantes convocados para participarem do empreendimento.

Rejeito a preliminar.

Em face do panorama processual acima revelado tem-se como configurada uma ordem emanada do Poder Judiciário, consubstanciada em uma obrigação de fazer, em prazo certo, para que o Poder Executivo, às suas expensas, pratique atividades de natureza administrativa no sentido de promover a regularização de parcelamento do solo referente ao conjunto habitacional identificado nos autos e implantado em sistema de mutirão.

Em síntese, o Poder Judiciário está a determinar ao Poder Executivo que,

com prazo de (2) dois anos para conclusão, sob pena de multa diária, realize as seguintes atividades administrativas:

a) regularização do parcelamento, das edificações, de uso e da ocupação do solo, tudo relativo ao conjunto habitacional descrito na inicial;

b) apresente, em conseqüência, projeto a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, para que, posteriormente, após a aprovação de tais projetos, execute obras de infra-estrutura necessárias ao funcionamento do conjunto habitacional;

c) ou, se impossível regularizar a ocupação do solo com a aprovação de tais projetos, apresente outros projetos alterando o empreendimento naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas dos órgãos públicos, procedendo o desfazimento de todo o conjunto habitacional ou de parte inaproveitável, caso seja absolutamente impossível o aproveitamento das construções já realizadas;

d) em ambas as obrigações antecedentes determinadas, caso o mutirante tenha participado do mutirão e não tenha sido contemplado com um imóvel, deve a Prefeitura indenizá-lo por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra despendida para a execução do mutirão.

Determinou, ainda, o acórdão que, se o recorrente, Município de São Paulo, não cumprir as obrigações de fazer acima mencionadas, pagará multa diária de CR\$ 1.000.000,00, valor válido para a data de ajuizamento da ação, mais correção monetária, tudo destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Sou do entendimento que o recurso merece ser provido. Tenho em consideração, na formação do meu convencimento, a manifestação recursal de fls. 727/732:

‘Ademais, admitindo-se, por hipótese de argumentação, fosse mesmo necessária a providência de se regularizar o mutirão aqui tratado, tal pedido também estaria eivado de impossibilidade.

Pleiteia-se, no âmbito deste feito, que a municipalidade seja condenada a promover a regularização do parcelamento do solo, referente ao conjunto habitacional implantado em sistema de mutirão.

Entretanto, se provida a pretensão estar-se-ia ofendendo o *Princípio da Separação dos Poderes*, preceituado no art. 2º da Constituição Federal.

Como é sabido, o Poder Público só pode fazer o que a lei manda (Poder Vinculado) ou autoriza (Poder Discricionário). Os atos que se

classificam como vinculados têm seus contornos quase que totalmente delineados pela lei, que deve fielmente ser observada pelo agente público, sob pena de nulidade do ato. Sendo a prática de tais atos um dever da Administração, a **contrario sensu**, constituem um direito dos administrados. Assim, a omissão do agente público na prática de tais atos ou a sua prática sem a fiel observância do enunciado da lei, em todas as suas especificações, traria ofensa a direito do administrado que, no primeiro caso, poderia, através do Poder Judiciário, compelir a Administração à prática do ato, e no segundo, a declarar a sua nulidade. O mesmo não ocorre, porém, com relação aos atos discricionários. Nesta categoria de atos, embora o agente público esteja vinculado à forma legal para a realização do ato, à sua finalidade, que é, sempre, o interesse público, e deva ser competente para praticá-lo, tem liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Cabe, pois, ao agente público escolher sobre a conveniência e oportunidade para prática dos atos discricionários. Nisso não pode o Poder Judiciário substituí-lo.

Nesse sentido, oportunas são as palavras de **Hely Lopes Meirelles**:

‘O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas, pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração’. (In ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 18ª ed., p. 105).

O Judiciário pode, sim, rever o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; o que não pode, repita-se, é determinar que o agente público pratique um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence.

No caso específico destes autos, a municipalidade teria, naturalmente, a *faculdade*, mas não o dever, de regularizar o loteamento segundo critério de conveniência e oportunidade, fundamentada na regra do art. 40 da Lei Federal n. 6.766/1979.

A municipalidade, consoante os interesses da coletividade e os ditames da lei, *poderá* entender conveniente proceder à regularização desta área específica, destinando, para tanto, receita própria; mas, jamais poderá ser condenada a fazê-lo de forma compulsória.

A propósito do art. 40 da mencionada Lei Federal, **Diógenes Gasparini** comenta:

‘É o que indica o dispositivo ao enunciar, nas hipóteses que mencionou que o Município poderá. Esse verbo indica uma faculdade. Destarte, não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto entender nessa outorga uma obrigação, já que as entidades políticas, por legislação ordinária, não impõem deveres ou obrigações’.

(In ‘O Município e o Parcelamento do Solo’, Editora Saraiva, 2ª ed., pp.145/146).

Daí que não pode a pretensão condenatória, no presente feito, ser instrumentalizada, sem que se transforme o juiz em administrador das finanças, obras e prioridades públicas, ferindo o princípio da independência entre os Poderes.

Neste sentido, **Cândido Rangel Dinamarco** esclarece:

‘Outro exemplo muito expressivo e vigorante (da impossibilidade jurídica do pedido) é a incensurabilidade do mérito de ato administrativo em via jurisdicional: chocar-se-ia com o princípio da independência entre os ‘Poderes’ do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios de outro (...)’ (‘A Execução Civil’, 2ª ed., Editora RT, p. 214).

Assim, inclusive, já decidiu o próprio egrégio Tribunal de Justiça, pela Sétima Câmara Civil, que, por votação unânime, deu provimento ao Recurso de Apelação n. 236.882-1/4 da municipalidade. Pede-se vênua para efetuar a transcrição de alguns trechos importantes.

Ademais, se se chegasse à questão de fundo, seria preciso lembrar que o Poder Judiciário não pode substituir o Executivo na determinação das políticas administrativas a cargo deste, pena de se suprimir a Administração à luz das diretrizes hauridas na eleição popular em prol de diretrizes judiciárias formadas à margem da interpretação de lei inexistente.

Não há como interferir, o Judiciário, no âmbito da discricionariedade administrativa, salvo, é claro, o caso de ilegalidade, marcada pelo abuso ou desvio de poder — de que não se cogita, no caso.’

Portanto, resulta que o pedido de condenação consistente na regularização do mutirão, nos parâmetros fixados na Lei Federal n. 6.766/

1979, desconsiderando a legislação municipal específica, é juridicamente impossível, impondo-se, por conseguinte, a decretação da carência da ação.’

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensas aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém, é, em substituição à atividade administrativa do Poder Executivo, determinar que sejam executados.

A função administrativa, no seu sentido objetivo, material ou funcional, exercida pelo Poder Executivo, só se submete ao controle do Poder Judiciário quando inicia o seu ciclo para alcançar a consumação. Em outras palavras, o controle exercido pelo Poder Judiciário é sobre o atuar do Poder Executivo, fazendo com que ele obedeça, no exercício de tal ação, os princípios impostos pelo ordenamento jurídico: legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade e, em determinadas situações, o controle do mérito.”

Além do precedente deste Relator acima transcrito, a matéria discutida já foi apreciada por este Sodalício, conforme as ementas que reproduzo:

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

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

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

— Agravo a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp n. 252.083/RJ, Segunda Turma, DJ de 26.03.2001, Relatora Ministra Nancy Andrichi)

“Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo Estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são ‘dirigentes’ e ‘programáticas’. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as ‘tarefas’ e ‘programas’ preestabelecidos) e para o Judiciário (‘atualização constitucional’). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida.”

(REsp n. 63.128/GO, Sexta Turma, DJ de 20.05.1996, Relator Ministro Adhemar Maciel)

De todo o exposto acima, podemos firmar as seguintes conclusões:

a) há impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade;

b) ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de Administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas;

c) as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes;

d) o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito;

e) as atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

Esse é o posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

Processual Civil. Ação civil pública. Ministério Público x Município de Santo André. Direito à educação. Atendimento em creche. CF, art. 208, IV, ECA, art. 54, V.

1. A tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela à que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias, em função de sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, que dependem, na maioria das vezes, de conformações de natureza política ou administrativa e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. Presentes tais circunstâncias, não se configura a existência de direitos subjetivos imediatamente tuteláveis pelo Poder Judiciário.

2. No que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei n. 8.069/1990, art. 54, V), sujeitos à conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos Municípios, a quem cumpre, prioritariamente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º). Não se pode afirmar, conseqüentemente, que a norma, prevista na Constituição e em Lei Federal, segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade” (Lei n. 8.069/1990, art. 54, V), garanta, imediatamente, um direito subjetivo universal e incondicional de obter essa prestação perante os Municípios.

3. Todavia, isso não significa dizer que ditos preceitos sejam absolutamente destituídos de eficácia. O poder de conformação não é carta de alforria ao ente estatal para descumprir o dever constitucional. Os Municípios devem aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212). A educação às crianças deve ser prestada “com absoluta prioridade” (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III).

4. Assim, por mais elástico que possa ser o campo da atuação conformadora do Município em matéria de educação, é razoável identificar a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa a qualquer poder de discricção administrativa ou política. Há um núcleo mínimo essencial de densidade normativa apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

5. Recurso a que se dá provimento.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de ação civil pública movida pelo MP do Estado de São Paulo em face do Município de Santo André, visando à matrícula de crianças em creche. O Tribunal de Justiça daquele Estado rejeitou os embargos infringentes, confirmando o acórdão da apelação e do reexame necessário, que julgara improcedente o pedido, alinhando as seguintes razões: (a) as decisões judiciais não podem atingir o âmbito discricionário da Administração Pública; (b) “a imposição de ato de fazer vertente à criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças menores de seis anos constitui invasão de ato de gestão governamental, (...) malferindo a norma constitucional que atribui ao Executivo a assinação de suas prioridades administrativas e realizações” (fl. 152); (c) a determinação da prática de ato que importe despesa envolve questões atinentes às diretrizes orçamentárias, que possuem procedimento próprio, e não se cogita, no caso concreto, de desvio de recursos. Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, registrando-se ter sido reconhecido o “dever do Estado de assegurar à criança atendimento em creche (art. 54, IV, do ECA)”, acrescentando-se apenas “que esse entendimento deveria ser feito conforme as condições municipais sem invasão das atribuições reservadas ao Sr. Prefeito” (fl. 167). Interpostos novos embargos, restaram novamente desacolhidos, mencionando-se explicitamente os arts. 208, III, e 213 do ECA (fl. 188).

No especial, o recorrente, amparado na alínea **a** do permissivo constitucional, aponta ofensa aos arts. 54, IV, 208, III, e 213 do ECA, sustentando, em suma, que (a)

os argumentos expendidos no acórdão recorrido não podem ter o condão de afastar a incidência das regras contidas nos dispositivos mencionados, “mormente porque referida legislação ordinária encontra-se em perfeita sintonia com os princípios norteadores contidos na Constituição Federal” (fl. 196); (b) a atuação dos Municípios na educação infantil é prioritária e exclusiva, sendo a oferta de ensino em creches e pré-escolas “direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade” (fl. 197); (c) a legislação prevê os meios processuais para assegurar a efetividade do direito, sendo que “em se tratando de obrigação legalmente imposta, a liberdade de atuação do administrador diz respeito tão-somente à forma como será cumprido o ditame legal, não havendo invocar-se a discricionariedade administrativa para furtar-se ao cumprimento da lei” (fls. 198/199).

O Relator, Ministro José Delgado, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Administrativo e Processo Civil. Ação civil pública para obrigar Município a criar e manter vagas em creches para crianças menores de 06 anos. Intrometimento do Judiciário em função específica da municipalidade. Impossibilidade. Precedentes.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de Administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso não provido.

O Ministro Luiz Fux, em voto-vista, deu provimento ao recurso especial, por entender, essencialmente, que (a) o dever do Estado expresso no art. 54 do ECA consubstancia direito subjetivo das crianças que estejam nas condições ali descritas; (b) “quando a norma constitucional consagra um direito e norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária”.

Pedi vista.

2. Tem-se presente, aqui, um conflito de difícil solução. De um lado, a norma do art. 208, IV, da Constituição, reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990), segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade”. E, de outro, a situação financeira do ente estatal, Município de Santo André (SP), a braços com limitações fiscais para dar cumprimento a esse dever, inclusive em face de outras demandas sociais de igual relevância. Diz o Município, em sua contestação:

“Em nosso Município, em janeiro de 1997, contávamos com 41 EMEIs, 12 Creches, 24 Núcleos de EJA (Educação de Jovens e Adultos), 78 crianças atendidas em Educação Especial, além de inúmeros cursos profissionalizantes.

Havia ainda 11 creches construídas ou em construção, sendo que contavam com a matrícula de 891 crianças, sem que pudéssemos colocá-las em funcionamento por três razões básicas:

a) impossibilidade de contratação de pessoal (monitores, diretores, pessoal de limpeza etc), uma vez que tal procedimento ultrapassaria o limite estipulado na Lei Complementar n. 82, de 27.03.1995;

b) obras inconclusas ou recebidas pelo governo anterior em condições inadequadas e apresentando falta de equipamentos;

c) a abertura dessas creches representaria um acréscimo de custeio da rede municipal de ensino, fato que se tornaria insustentável a partir deste ano (1998), uma vez que teríamos já implantado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Lei n. 9.424/1996).

Diante das mudanças introduzidas na legislação educacional, ao longo de 1996 (Lei n. 9.424/1996 e 9.394/1996), a municipalidade e a SEFP adotaram, e vêm implantando, um conjunto de medidas no sentido de superar as dificuldades da nova situação. Entre elas estão:

a) adequação da folha de pagamento aos preceitos legais, com a redução em 6,25% dos salários e da jornada de trabalho dos profissionais da educação e do conjunto do funcionalismo;

b) realização de ajustes na rede educacional existente no Município, em especial no tocante ao custo-aluno, excessivamente elevado no início da atual gestão.

Esses ajustes, efetuados ao longo de 1997, permitiram a redução significativa desses custos sem o comprometimento da qualidade.

Intensa articulação, com as demais prefeituras do ABC e do Estado, visando construir alternativas de financiamento para a educação infantil e de jovens, junto aos Governos Federal e Estadual.

Garantimos a manutenção do atendimento às crianças em 12 creches já existentes e nas 41 EMEIs, criamos o Mova — SA (Movimento de Alfabetização de Jovens e Adultos e diversos cursos de profissionalização e qualificação profissional).

Também foram criados mais 1.000 (hum mil) novas vagas em 1998, com a abertura de 7 novas creches, construídas na Administração anterior. Essa ação foi possível com o estabelecimento de parceria entre as entidades assistenciais da cidade, a Feasa — Federação das Entidades Assistenciais de Santo André e a Prefeitura Municipal de Santo André, através da SEFP

Por fim essas medidas permitiram que criássemos, em 1998, 3.092 vagas para a 1ª série do 1º grau, iniciando assim o processo de implantação do Ensino Fundamental nas escolas da rede municipal de ensino. Isso é a última referência a ser feita.

Diante do quadro exposto acima — limitações legais, com a obrigatoriedade de atender ao Ensino Fundamental e da ausência de novos mecanismos de financiamento da educação infantil, a municipalidade, impossibilitada de atender toda a demanda de crianças que necessitam de creches no Município, se vê obrigada como afirmamos acima a estabelecer critérios para suas matrículas nas creches municipais.

Os critérios, válidos para todos aqueles que se inscrevem nas creches municipais, visam garantir o atendimento às crianças cujas famílias tenham piores condições socioeconômicas de recursos e, por isso mesmo, são as que mais necessitam de políticas sociais públicas para que se garanta a proteção e o desenvolvimento integral das mesmas.

Assim, todas as famílias que necessitavam de creches na cidade, tiveram a oportunidade de candidatar-se à vaga.

Posteriormente, estas foram avaliadas através de ficha qualificativa pontuada, para apuração das condições socioeconômicas familiares.

Essa ficha, elaborada com base em critérios científicos, é indicada pela Abipeme — Associação Brasileira dos Institutos de Pesquisa de Mercado e foi amplamente utilizada pelos institutos de pesquisas do País.

Resultou desse processo a lista final de classificação das crianças que foram matriculadas nas creches municipais, por ordem crescente da pontuação obtida pela apuração da condição socioeconômica da família das crianças candidatas à vaga em creches.

Assim sendo, a municipalidade encontra-se com as escolas municipais de educação infantil no limite da capacidade de seu atendimento, e a concessão da ordem poderá acarretar sérios prejuízos para os menores, não podendo nesse caso responsabilizar-se pelas conseqüências advindas desse ato.”

3. É sabido que a tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela a que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias, quer no que respeita à proteção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis, o que se deve à sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, e, mais ainda, a atuações que dependem, em regra, da perspectiva autônoma de conformação politicamente assumida pelo legislador e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. É o que se colhe da doutrina, entre outros, de **José Carlos Vieira de Andrade** (“Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 2ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pp. 395/398). Essa conformação político-administrativa não cabe ao Judiciário estabelecer. É função reservada ao legislador e ao administrador, que detêm a faculdade de estabelecer os modos e as condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentária e as demais prioridades de gastos. Nessa perspectiva, em regra, o dever estatal a prestações não faz resultar, como contrapartida necessária e imediata, um direito subjetivo universal e incondicionado por parte do Estado.

4. No que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei n. 8.069/1990, art. 54, V) sujeitos à conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos Municípios, a quem cumpre, prioritaria-

mente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º). Assim, não se pode afirmar que a norma, prevista na Constituição e em Lei Federal, segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade” (Lei n. 8.069/1990, art. 54, V), garante, imediatamente, um direito subjetivo universal e incondicional de obter essa prestação por parte dos Municípios.

5. Todavia, isso não significa dizer que ditos preceitos sejam absolutamente destituídos de eficácia. O poder de conformação não é carta de alforria ao ente estatal para descumprir o dever constitucional. Os Municípios devem aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212). A educação às crianças deve ser prestada “com absoluta prioridade” (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III). Nessas circunstâncias, qualquer que seja a conformação a ser dada ao referido dever estatal, é imperioso concluir que a norma possui, desde logo, um mínimo de efetividade. Por mais elástico que possa ser o campo de atuação discricionária do Município, é inafastável a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa ao poder de discricionariedade administrativa ou política. Pode-se concluir que esse núcleo mínimo essencial de densidade normativa é apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

6. A hipótese dos autos enquadra-se no núcleo mínimo essencial. Quem vem buscar o cumprimento do dever estatal de assistência a seus filhos é mãe necessitada e desassistida pelo Estado, conforme se constata do relatório elaborado pela Assistente Social Judiciário, de fls 27/28:

“Situação Habitacional

A Sra. Miriam e os filhos Elisia, Ana Carolina e Suelem residem em casa alugada por R\$ 80,00, feita de madeira, composta de 02 cômodos, oferecendo pouco conforto aos habitantes, porém, recebendo cuidados satisfatórios em relação à organização e higiene.

Situação Econômica

A Sra. Miriam não tem emprego fixo porque não tem com quem deixar as filhas menores, Elisia e Ana Carolina.

Ela faz bicos de manicure e faxineira, recebe 01 cesta básica da Prefeitura, auxílios da Igreja Evangélica que frequenta e apoio financeiro do ex-companheiro.

Grupo Familiar

A Sra. Maria reside na companhia das 02 filhas, todas de pais diferentes.

Destes não recebe apoio ou ajuda financeira, arcando com todos os cuidados e necessidades do cotidiano.

Referem não poupar esforços para garantir às filhas as condições básicas para as suas necessidades.

Alega necessitar colocação na creche João de Deus, próxima à sua casa, para providenciar trabalho fixo e que lhe garanta melhor suprimento e conforto às filhas.

As crianças

Elisia conta com 01 ano de idade e Ana Carolina com 02 anos e 07 meses, ambas com boa saúde e desenvolvimento pertinente às respectivas idades, a carteira de vacinação encontra-se em ordem, através do Posto de Saúde.

A filha Suelem, 07 anos, cursa a 1ª série escolar, nas mesmas condições, apresenta-se integrada ao grupo familiar e, segundo a genitora, poderia permanecer sozinha quando estiver fora a trabalho.

Sendo assim, parece que a genitora tem enfrentado dificuldades para completa manutenção da família, porém, buscando recursos mínimos e próprios para mantê-las sob cuidados adequados.”

7.Com essas considerações, no caso concreto, acompanho o voto do Ministro Luiz Fux, dando provimento ao recurso especial. É o voto.

VOTO-VISTA (VENCEDOR)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Noticiam os autos tratar-se, originariamente, de ação civil pública para cumprimento de obrigação de fazer proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visando compelir o Município de Santo André a matricular criança, menor de 06 anos, em estabelecimento infantil público.

No presente recurso especial, interposto com base na alínea **a**, o *Parquet* Estadual alega, em suas razões, que o acórdão recorrido violou os arts. 54, IV, 208, III, 212 e 213 do ECA (Lei n. 8.069/1990).

O voto do eminente Ministro-Relator foi no sentido de negar provimento ao recurso, tendo em vista a impossibilidade de o juiz substituir-se à Administração Pública, estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos.

Com efeito, pedi vista dos autos porque entendo que a matéria merece ser tratada com menos rigor.

O art. 208 da CF/1988 garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, senão vejamos:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;”

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (9.394/1996), no art. 4º, IV, repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe:

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade;

(omissis).”

Ora, se é dever do Estado é direito subjetivo da criança.

Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que

todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta inge-
rência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do ad-
ministrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse cam-
po, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a
garantia pética.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disse-
minação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitu-
cionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se
poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano
diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitu-
cionais.

Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se pode-
ria suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou
definidora de direitos.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém
sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca
se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a aciona-
bilidade do direito consagrado no preceito educacional.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda
direitos senão promessas de **lege ferenda**, encartando-se na esfera insindicável
pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

A doutrina do tema assim se posiciona:

“A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever
do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado
mediante a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive
para os que a ele não tiveram acesso na idade própria” (inciso I), bem como
pelo “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência...”
(inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade
da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a
riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino

fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual — dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.” (“O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, **Luís Roberto Barroso**, p. 115, 5ª ed.)

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os poderes, o Judiciário atacado de malfeitorimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a frequência em creche, o Estado, num sentido **lato** deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de **Konrad Hesse**, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, **in casu**, o Estado.

Versando tema análogo, o STF legou princípio a que se deve manter vigília em hipóteses como essa, em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais mercê do respeito e harmonia entre os poderes:

“Mandado de segurança — Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da Republica — Demissão qualificada — Admissibilidade do mandado de segurança — Preliminar rejeitada — Processo administrativo-disciplinar — Garantia do contraditório e da plenitude de defesa — Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial — Validade do ato demissório — Segurança denegada.

1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

(**omissis**)

(MS n. 20.999, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 25.05.1990)”

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

Assim, divergindo do eminente Ministro-Relator, voto no sentido de dar provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 482.943 — PR (2002/0141033-6)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Bolsa de Valores do Paraná

Advogados: Eduardo Heitor Berbigier e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Mariana Gomes de Castilhos e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Arts. 2º e 4º da Lei n. 9.800/1999. Intempestividade. Transmissão deficiente.

1. Não merece conhecimento recurso apresentado fora do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 9.800/1999.

2. Nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.800/1999, a parte deve zelar pela fidelidade e qualidade do material transmitido, de forma que o recurso interposto mediante fax esteja em concordância com o original que será protocolizado.

3. Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Neto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Neto.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 1º.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto pela Bolsa de Valores do Paraná contra decisão que negou provimento ao

agravo de instrumento com base nas Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Com base no art. 535 do CPC, alega que “a r. decisão **a quo** foi contrária aos ensejos da Agravante, sobre a mesma não era cabível embargos de declaração, pois não houve obscuridade, contradição ou omissão, requisitos necessários para oposição dos embargos”, ao tempo em que aduz que o prequestionamento da matéria foi realizado em todos os recursos interpostos.

Em adição, sustenta que o art. 544, § 3º, do CPC prevê a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em recurso especial e argumenta que os arts. 150, § 4º; 173; 168 e 156 do CTN e 45 da Lei n. 8.212/1991 “foram utilizados pela agravante como argumento de mérito, e não como razões do cabimento do agravo”, alegando negativa de vigência aos referidos dispositivos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Não conheço do agravo regimental, uma vez que a petição original adentrou a Secretaria do Tribunal fora do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 9.800/1999, que dispõe, **in verbis**:

“Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, *até cinco dias da data de seu término*”

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: Terceira Turma, AgRg no Ag n. 420.694/SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 03.06.2002; Segunda Turma, AgRg no Ag n. 374.734/SP, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 08.04.2002; Primeira Turma, EDcl no REsp n. 179.854/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 29.10.2001.

Outrossim, a teor do disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 9.800/1999, o recurso interposto mediante fac-símile deve guardar perfeita semelhança com o original que será protocolizado. **In casu**, a cópia da petição do agravo regimental remetida por meio de fax não foi recebida em sua integralidade, porquanto não foram enviadas as cópias dos acórdãos posteriormente juntadas com o original.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

“Processual Civil. Agravo regimental. Interposição via fac-símile. Lei n. 9.800/1999. Ausência de concordância entre a cópia e o original remetido.

1. Cumpre à parte, quando da transmissão de recurso por meio de fac-símile, zelar pela qualidade e fidelidade do documento transmitido, certificando-se sobre o sucesso de seu envio.

2. A teor do disposto do parágrafo único da legislação processual referida, o recurso interposto mediante fax deve guardar perfeita semelhança com o original que será protocolizado.

3. Agravo regimental não conhecido” (Quinta Turma, AgRg no Ag n. 529.447/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.10.2003).

Ante o exposto, *não conheço do agravo regimental*.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 506.528 — RS (2003/0043736-1)**

Relator: Ministro Franciulli Netto

Agravantes: Jorge Luis Nascimento Silva e outro

Advogado: Rafael Corte Mello

Agravado: Município de Viamão

Advogado: Renato Luís Bordin de Azeredo

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento — Agravo de instrumento intempestivo — Alegação e comprovação de inexistência de receso forense apenas no agravo regimental.

Compete ao agravante alegar e provar a inexistência de expediente forense em dia que não é feriado nacional quando da interposição do agravo de instrumento, sob pena de ocorrer preclusão consumativa.

Precedentes deste Sodalício (AgRg no Ag n. 236.440/SP, Relator o Ministro Paulo Galotti, DJ de 13.09.1999; AgRg no Ag n. 99.548/PR, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 16.12.1996).

Agravo regimental 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Mi-

nistro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de agravo regimental interposto por Jorge Luís Nascimento Silva e outros, tendo por objeto a reforma de decisão monocrática proferida nos autos deste agravo de instrumento, a qual não o conheceu em virtude da sua intempestividade, uma vez ultrapassado o prazo, previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil, para a interposição.

Irresignado, o requerente deseja desconstituir o sobredito **decisum**, ao argumento de que “no cômputo da contagem do prazo deve ser considerado o mais gaudério de todos os feriados, o 20 de setembro, do qual tanto se orgulham os gaúchos”.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): A publicação da decisão que não admitiu o recurso especial ocorreu em 19.09.2002 (quinta-feira). O agravo de instrumento, no entanto, foi protocolado em 02.10.2002 (quarta-feira), após o termo do prazo recursal que ocorreu em 30.09.2002 (segunda-feira).

Caso tivesse sido anexado, quando da instrução do agravo de instrumento, cópia do Diário Oficial que demonstra a inexistência de expediente forense em 20.09.2002 devido ao feriado local, não haveria que se falar da extemporaneidade recursal.

Ocorre, porém, que a agravante, somente por ocasião da interposição do presente agravo regimental, traz para os autos a documentação exigida para demonstrar a tempestividade.

Observa-se, todavia, que a agravante não cuidou de justificar e comprovar a razão pela qual o documento não foi apresentado em seu momento oportuno, isto é, quando da interposição do referido agravo de instrumento.

Com efeito, como não foi praticado o ato de juntada de documento que atestava a tempestividade do recurso especial no momento processual oportuno, operou-se a preclusão consumativa.

A interpretação do artigo 544 do CPC, dentre outros pressupostos, alcança a sistemática de auferir-se a tempestividade recursal. Aí residem todos os documentos que possam atestar a tempestividade do agravo de instrumento e outros atos que viabilizem informar, com precisão, que todos os requisitos de admissibilidade do recurso encontram-se satisfeitos.

Oportuno destacar que a jurisprudência do STJ tem-se direcionado no sentido de que não é possível apresentar a peça obrigatória prevista no artigo 544, § 1º, do CPC, após a interposição de agravo, tendo em vista a ocorrência de preclusão consumativa (Ag n. 107.180-0, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 23.08.1996).

Mais a mais, como não se trata de feriado nacional, deveria a agravante ter apresentado documento que comprovasse a inexistência de expediente forense naquela localidade.

Nesse sentido, oportuna a transcrição das seguintes ementas:

“Processual Civil. Agravo regimental. Expediente forense. Intempestividade. 1. Cabe ao agravante provar, via certidão ou declaração da autoridade judiciária, a inexistência de expediente forense em dia que não é feriado. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag n. 236.440/SP, Relator o Ministro Paulo Galotti, DJ de 13.09.1999);

(...)

“Processual Civil. Agravo regimental. Improvimento. Feriado estadual. Não prova do alegado. 1. Intempestivo o agravo apresentado fora do prazo. 2. Em se alegando a existência de feriado estadual a ter ocorrido dia para apresentação do recurso, há de se provar, primeiramente, a existência do mencionado feriado e, em seguida, se a Justiça Federal o acompanhou, com o fechamento do cartório. Fácil tanto se demonstrar: basta se juntar certidão ou declaração da autoridade judiciária. 3. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag n. 99.548/PR, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 16.12.1996).

Diante do exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 514.977 — SP (2003/0062282-3)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Lucimar Indústria e Comércio de Embalagens Ltda

Advogados: Marcos R. Oliveira e outro

Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Paulo Gonçalves da Costa Junior e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. ICMS. Alíquota. Majoração. Matéria de índole local e constitucional. Súmula n. 280/STF. Tributo indireto. Transferência de encargo financeiro ao consumidor final. Súmula n. 213/STJ. Ausência de prequestionamento.

1. “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário” (Súmula n. 280/STF).

2. Esta Corte já firmou entendimento de que a discussão acerca do aumento de alíquota do ICMS de 17% para 18%, promovido pela Lei Estadual Paulista n. 6.556/1989, envolve matéria de índole local e constitucional.

3. Pretendendo a recorrente que se proceda à compensação de crédito tributário em razão do alegado recolhimento indevido de tributo indireto, qual seja, o ICMS, deve ela, como contribuinte de direito, comprovar, a teor do disposto no art. 166 do CTN, que o contribuinte de fato efetivamente não suportou o encargo financeiro decorrente da incidência do imposto.

4. O mandado de segurança é meio apto a ensejar o reconhecimento do direito à compensação, segundo dispõe a Súmula n. 213 deste Tribunal, porém, deve ser utilizado apenas para se ver declarado o direito à compensação, previsto em legislação específica, e que esteja sendo violado por instruções normativas ou outras normas infralegais expedidas pela Administração.

5. A apreciação da questão federal impugnada pela via especial depende do seu efetivo exame e julgamento pelo Tribunal **a quo**.

6. Agravo regimental 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental 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), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por Lucimar Indústria e Comércio de Embalagens Ltda contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento sob os seguintes fundamentos; i) a discussão a propósito do aumento da alíquota do ICMS de 17 para 18% possuía contornos constitucionais; ii) para que o contribuinte tenha direito à compensação/restituição é preciso a prova do não-repasse do encargo financeiro do tributo.

Sustenta a agravante que cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria constitucional tendo em vista o controle de constitucionalidade difuso adotado no Brasil.

Acrescenta, ainda, que o contribuinte de direito do ICMS é quem comporta exclusivamente o encargo financeiro causado pelo tributo, não se podendo falar, portanto, no fenômeno da repercussão, previsto no art. 166 do CTN.

Por fim, alega que o mandado de segurança é meio apto para se buscar o direito à compensação de tributos, segundo o teor da Súmula n. 213 do STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A decisão agravada não merece reparos, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o Tribunal **a quo** decidiu a questão sob a ótica eminentemente constitucional, matéria cuja revisão escapa aos limites da estreita competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial.

Ressalte-se, ainda, a incidência na espécie do Enunciado n. 280 da Súmula do STF, considerando que o debate no acórdão recorrido cingiu-se ao tema da legitimidade da majoração da alíquota do ICMS de 17 para 18%, estabelecida pela Lei Estadual Paulista n. 6.556/1989.

Por seu turno, também não assiste razão à recorrente quanto à alegada infração do art. 166 do CTN, porquanto o acórdão recorrido decidiu em conformidade com a orientação jurisprudencial desta Corte, qual seja, de que para ocorrer a compensação de tributo classificado como indireto, indevidamente recolhido, faz-se necessário que seja comprovada a não-ocorrência do fenômeno da repercussão.

Como, na espécie, pretende a recorrente que se proceda à compensação de crédito tributário em razão de alegado recolhimento indevido de tributo indireto, qual seja, o ICMS, deve ela, como contribuinte de direito, comprovar que o contribuinte de fato (consumidor da mercadoria objeto da operação) efetivamente não suportou o encargo financeiro decorrente da incidência do imposto. Colaciono, oportunamente, o seguinte precedente desta Corte que bem reflete esse entendimento:

“Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. ICMS. Majoração da alíquota de 17% para 18%. Compensação. Repetição de indébito. Tributo indireto. Transferência de encargo financeiro ao consumidor final. Art. 166 do CTN. Ilegitimidade ativa. Nulidade do acórdão. Inocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211/STJ.

I - A respeito da repercussão, a Primeira Seção desta Corte, em 10.11.1999, julgando os Embargos de Divergência n. 168.469/SP, Relator para acórdão Ministro José Delgado, pacificou o entendimento de que não pode ser exigida quando se trata de repetição ou compensação de contribuições, tributo considerado direto, especialmente, quando a lei que impunha a sua cobrança foi julgada inconstitucional.

II - O art. 166 do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete, sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI.

III - Essa posição consolidou-se por considerar que o art. 166 do CTN, só tem aplicação aos tributos indiretos, isto é, que se incorporam explicitamente aos preços, como é o caso do ICMS, do IPI etc.

IV - O tributo examinado (ICMS) é de natureza indireta. Apresenta-se com essa característica porque o contribuinte real é o consumidor da mercadoria objeto da operação (contribuinte de fato) e a empresa (contribuinte de

direito) repassa, no preço da mercadoria, o imposto devido, recolhendo, após, aos cofres públicos o imposto já pago pelo consumidor de seus produtos. Não assume, portanto, a carga tributária resultante dessa incidência.

V - No que pertine à repetição do indébito e à compensação do referido tributo, portanto, a prova da repercussão é de ser exigida.

VI - Verifica-se, assim, a ilegitimidade ativa **ad causam** da empresa recorrente, por não ter ela arcado diretamente com a tributação, havendo, no caso, que se cogitar em transferência do ônus ao consumidor final.

VII - Da mesma forma, não há que se falar em nulidade do v. acórdão recorrido por omissão e julgamento **ultra petita**, quando o Tribunal **a quo** julga satisfatoriamente a lide, solucionando a questão dita controvertida tal qual esta lhe foi apresentada. Como cediço, o julgador não é obrigado a reba-ter um a um todos os argumentos trazidos pelas partes, visando à defesa da teoria que apresentaram, devendo, apenas, decidir a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

VIII - A ausência de prequestionamento da matéria versada no recurso especial, embora opostos embargos declaratórios, impede a admissibilidade daquele, a teor da Súmula n. 211 do STJ.

IX - Agravo regimental improvido” (Primeira Turma, AgRg no REsp n. 474.378, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 03.11.2003).

Por último, insurge-se a recorrente contra a decisão do Tribunal recorrido que entendeu não ser o mandado de segurança o meio apto a assegurar a compensação tributária conforme pretendida pela contribuinte. Assevera que, segundo dispõe a Súmula n. 213 do STJ, o mandado de segurança constitui via idônea a se buscar a compensação.

Abre-se aqui um parêntese para salientar que o mandado de segurança é meio apto a ensejar o reconhecimento do direito à compensação, segundo dispõe a Súmula n. 213 deste Tribunal, porém, deve ser utilizado apenas para se ver declarado o direito à compensação, previsto em legislação específica, e que esteja sendo violado por instruções normativas ou outras normas infralegais expedidas pela Administração.

Contudo, não assiste razão ao agravante, porquanto as instâncias ordinárias denegaram o mandado de segurança tendo em vista que a pretensão deduzida pelo contribuinte ensejaria a produção de efeitos patrimoniais (Súmula n. 271 do STF) e também seria necessária a realização de prova pericial, circunstâncias que não se coadunam com a finalidade específica do *writ*.

Assim sendo, não havendo discussão acerca da aplicação da Súmula n. 213 do STJ, é de se concluir que a matéria não foi examinada e decidida pelo Tribunal de origem segundo a ótica do agravante, nem mesmo ventilada por meio de embargos de declaração, cuja oposição, aliás, exsurge necessária mesmo nos casos em que a violação tenha supostamente ocorrido no próprio julgamento impugnado.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 171.359 — SP (1998/0026151-6)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Mauro Grinberg e outros

Recorrida: Fertimport Transportadora e Comissaria de Despachos Ltda

Advogados: Artur Raimundo Carbone e outros

EMENTA

Tributário. Transporte marítimo. Responsabilidade pela quebra natural da mercadoria transportada. Termo de responsabilidade. Agente marítimo. Inciso II do artigo 121 do CTN. Súmula n. 192/TFR.

1. O agente marítimo não é considerado responsável pelos tributos devidos pelo transportador. Súmula n. 192/TFR: “O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei n. 37, de 1966”.

2. Mesmo que o agente marítimo firme um termo de compromisso, o princípio da reserva legal, contido no inciso II do artigo 121 do CTN, impede que tal termo lhe atribua responsabilidade tributária.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, negar provimento ao recurso, 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, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“Tributário. Embargos à execução fiscal. Mercadoria importada a granel. Agente marítimo. Inexistência de responsabilidade tributária.

I - Caracteriza-se a ilegitimidade de parte do agente marítimo na execução fiscal, quando, na importação de mercadoria a granel, exerce este as suas funções próprias, tanto que a própria exeqüente já havia substituído a certidão de dívida, alterando a responsabilidade tributária, agora em face do transportador.

II - Recurso voluntário e remessa oficial improvidos” (fl. 63).

Sustenta a recorrente que, ao contrário do que entendeu o acórdão vergastado, o agente marítimo tem, sim, responsabilidade tributária e deve pagar os tributos que não forem adimplidos pelo transportador, sendo esta responsabilidade decorrente de disposições legais infraconstitucionais que, supostamente, encontrar-se-iam violadas.

Aberto o prazo legal, foram apresentadas contra-razões às fls. 74/76.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Quanto à suposta violação ao Decreto-Lei n. 37/1966, cuja redação foi alterada pelo Decreto Lei n. 2.472/1988, a juris-

prudência deste Superior Tribunal de Justiça ratifica o entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos — TFR de que o agente marítimo não se responsabiliza, tributariamente, em conjunto ao transportador. Esclarecedora a Súmula n. 192/TFR, **verbis**:

“O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei n. 37, de 1966.”

Como sobredito, vários julgados desta Corte reiteram esta súmula. Confirmam-se as seguintes ementas:

“Tributário. Imposto de importação. Transporte marítimo. Quebra de mercadoria. Agente marítimo. Responsabilidade tributária. Inexistência. Aplicação da Súmula n. 192 do extinto TFR. Assinatura de termo de responsabilidade. Inalterabilidade. Princípio da reserva legal (CTN, art. 121, II). Precedentes do STJ.

1. As egrégias Turmas de Direito Público desta Corte têm entendimento assente no sentido de que o agente marítimo não é considerado responsável pelos tributos devidos pelo transportador. Aplicação da Súmula n. 192 do extinto TFR.

2. O termo de compromisso firmado por agente marítimo não tem o condão de atribuir-lhe responsabilidade tributária, em face do princípio da reserva legal previsto no art. 121, inciso II, do CTN.

3. Recurso especial improvido” (REsp n. 90.191, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 10.02.2003).

“Tributário — Imposto de importação — Mercadoria a granel — Transporte marítimo — Quebra — Responsabilidade tributária do agente marítimo — Inocorrência — Súmula n. 192 do ex-TFR — Termo de responsabilidade — Princípio da reserva legal — CTN, 121, II — Precedentes do STJ.

— O agente marítimo não é considerado responsável pelos tributos devidos pelo transportador, nos termos da Súmula n. 192 do ex-TFR.

— O termo de compromisso firmado por agente marítimo não tem o condão de atribuir-lhe responsabilidade tributária, em face do princípio da reserva legal previsto no art. 121, II, do CTN.

— Recurso especial não conhecido” (REsp n. 252.457, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.09.2002).

“Tributário — Transporte marítimo — Responsabilidade pela falta ou avaria da mercadoria transportada — Agente marítimo (art. 135, II, do CTN).

1. O agente marítimo não é representante, empregado, mandatário ou comissionário transportador, sendo representante do armador, estranho ao fato gerador do imposto de importação (DL n. 37/1966).

2. A imputação de responsabilidade, por força do art. 135, II, do CTN, se fosse o caso, exigiria a prova de que se houve o agente marítimo com excesso de poder ou infração à lei.

3. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 132.624, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 20.11.2000).

Portanto, não cabe a tentativa da Fazenda Nacional de também responsabilizar tributariamente o agente marítimo por suas funções, quando distintas das do transportador, conforme a supracitada Súmula n. 192/TFR. Ademais, a assinatura de um termo não atribui responsabilidade tributária ao agente marítimo, porquanto tal asserção violaria o princípio da reserva legal contido no inciso II do artigo 121 do Código Tributário Nacional — CTN.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 174.274 — SP (1998/0034745-3)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Estado de São Paulo

Advogados: Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen e outros

Recorrido: S. Goldberg Ltda

Advogados: Beatriz Martinez de Macedo e outros

EMENTA

Administrativo. Suspensão de participação em licitações. Mandado de segurança. Entes ou órgãos diversos. Extensão da punição para toda a Administração.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

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 lhe dar provimento, 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, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo, com fulcro na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do qual se extrai o seguinte trecho do voto do Relator:

“(…)

Por lapso, a r. sentença não faz referência ao recurso de ofício, todavia **ex vi legis**, considera-se como se o tivesse feito.

Como bem salientado no judicioso parecer do ilustre representante do *Parquet* designado, Wallace Paiva Martins Júnior, secundado pelo digno Procurador de Justiça Antônio Celso de Paula Albuquerque, não merece provimento o apelo.

Com efeito, a manifestação ministerial profundamente analisou o tema, citando vários autores especialistas na matéria e que são de parecer que o instituto da suspensão provisória tem efeito restrito à administração que o aplicou.

Referindo-se ao saudoso professor **Hely Lopes Meirelles**, transcreveu aos que ‘culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou ato de menor gravidade, observado que a punição pode restringir-se ao órgão que a decretou ou até mesmo a uma determinada licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou’ (‘Direito Administrativo Brasileiro’, 18ª ed., p. 226).

De **Toshio Mukai**, lembra que ‘valerá para o âmbito do órgão que a decretar’ (‘Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos’, 3ª ed., p. 132).

Lembra, ainda, **Carlos Ari Sundfeld** e **Márcia Walquiria Batista dos Santos** que, embora por outros motivos, inexistência de previsão legal, sustentam a mesma posição.

Como visto, o entendimento é sempre de que a suspensão só gera efeito para o órgão que a aplicou, ou quando muito, para a Administração Pública a que a entidade pertence, não podendo, estender-se, portanto, a punição ministrada pela municipalidade, em sendo suspensão temporária não atinge aos atos licitatórios da Administração Pública estadual ou federal.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso” (fls. 69/70).

Foram, então, opostos embargos de declaração, rejeitados conforme o seguinte voto do Relator:

“(…)

Nada há a ser declarado no referido acórdão, pois nenhuma omissão ocorreu, nem com referência à aplicação do artigo 1º da Lei n. 8.666/1993 e tampouco ao princípio da legalidade, porquanto não se os afastou.

Caráter meramente infringentes possuem os embargos, desde que pretendem rediscutir a aplicação da pena de suspensão provisória por um ente de Federação a outro, o que já foi decidido.

Entende-se, pelo motivo invocado para justificar os embargos, que estes não são meramente protelatórios, razão pela qual deixa-se de aplicar a multa.

Posto isto, rejeitam-se os embargos” (fls. 79/80).

Sustenta o recorrente que o acórdão vergastado contrariou o inciso II do artigo 535 do Código de Processo Civil — CPC e também o artigo 1º da Lei n. 8.666/1993, pois, ao mesmo tempo em que deixou de apreciar questão levantada em âmbito de embargos de declaração, permitiu que uma empresa, suspensa temporariamente de processos licitatórios em determinado município, pudesse participar de outros certames estaduais e federais, o que supostamente seria proibido pelo artigo 1º da sobredita Lei n. 8.666/1993.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão à fl. 87.

Em razão de provimento de agravo de instrumento, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional.

O disposto no artigo 87, inciso III, da Lei n. 8.666/1993 prevê que, caso uma empresa deixe de cumprir o contrato firmado com a Administração, aquela poderá ser punida com uma suspensão temporária de no máximo 2 (dois) anos, durante os quais não poderá contratar ou mesmo participar de procedimentos licitatórios da Administração.

O entendimento do Tribunal **a quo**, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei n. 8.666/1993, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao Erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.

Confira-se a seguinte ementa:

“Administrativo — Mandado de segurança — Licitação — Suspensão temporária — Distinção entre Administração e Administração Pública — Inexistência — Impossibilidade de participação de licitação pública — Legalidade — Lei n. 8.666/1993, art. 87, inciso III.

— É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inciso III) e declaração de inidoneidade (inciso IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

— A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

— A limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

— Recurso especial não conhecido” (REsp n. 151.567, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 14.04.2003).

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 187.996 — MG (1998/0066644-3)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Município de Itabira

Advogados: José Nilo de Castro e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ronaldo Simas Thome da Silva e outros

Recorrida: Pinheiro Neves Ltda — Massa Falida

Advogados: Francisco Martins da Costa e outro

EMENTA

Administrativo e Comercial — Imóvel doado com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade — Falência superveniente da empresa beneficiária — Direito à reversão — Inexistência — Art. 335 do Código Comercial c.c. os arts. 40, **caput** e § 1º, 74 e 178 do DL n. 7.661/1945.

— A dissolução de uma sociedade é processo complexo, que se inicia com a decretação da falência e só termina com a liquidação e cancelamento no registro de comércio.

— Não tendo havido a dissolução da sociedade, impossível a reversão pretendida pela municipalidade, por isso que não implementada a condição resolutiva capaz de autorizá-la.

— Recurso especial conhecido, mas improvido.

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 especial, mas lhe negar provimento. 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 setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Município de Itabira com fundamento na alínea **a** do autorizativo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, por unanimidade, deu provimento às apelações interpostas pela Fazenda Nacional e pela Massa Falida de Pinheiros Neves Ltda, nos autos de ação de “Reversão de Doação” com pedido de antecipação da tutela ajuizada pela ora recorrente, objetivando excluir da massa falida objetiva imóvel doado à empresa pela Lei Municipal n. 2.081/1980, com cláusula de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, ao argumento de que, com a falência da empresa, ocorreu o descumprimento da condição imposta.

O v. aresto, preliminarmente, rejeitou a alegada incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar a causa, em face do disposto no art. 7^o da Lei Falimentar, que atribui ao juízo da falência a competência para dirimir questões relativas aos bens, interesses e negócios da massa. No mérito, entendendo que a dissolução da sociedade somente se dá após a fase de liquidação, com o pedido de baixa da empresa junto ao órgão competente, reformou a decisão de 1^o grau para decretar a improcedência do pedido inicial.

Neste apelo especial, alega a ora recorrente violação ao art. 335 do Código Comercial, sustentando que a sociedade dissolve-se automaticamente com a decretação da falência. Alega, assim, ter direito à reversão pretendida, por isso que a dissolução da sociedade é condição resolutiva expressa contida na lei de doação.

Contra-razões às fls. 230/234.

Admitido o apelo no Tribunal **a quo**, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Cuidam os autos de questão atinente à possibilidade de se reverter imóvel doado por Município, com cláusula de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, à empresa que posteriormente teve sua falência decretada.

Insurge-se a Municipalidade de Itabira contra acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na parte em que decidiu

que a decretação da falência não equivale a descumprimento de obrigação, ao fundamento de que a dissolução da sociedade só se dá com a baixa da empresa junto ao órgão competente, após a fase de liquidação.

Alega a ora recorrente violação ao art. 335 do Código Comercial, sustentando ser automática a dissolução da sociedade com a decretação de falência.

Não assiste razão à Municipalidade recorrente.

A 1ª parte do inciso 2 do art. 335 do Código Comercial deve ser interpretada em consonância com as disposições da Lei de Falência.

Com a decretação da falência, a pessoa jurídica entra em dissolução, mas não se extingue imediatamente; a sociedade perde a administração dos seus bens e deixa de praticar atos de administração em geral (art. 40, **caput** e § 1º, do DL n. 7.661/1945), que poderão ser retomados no caso de requerida e autorizada pelo juiz a continuação do negócio, sob a gerência de pessoa idônea proposta pelo síndico (art. 74 do DL n. 7.661/1945), ou se concedida a concordata suspensiva (art. 178 do DL n. 7.661/1945).

A dissolução da sociedade só termina com a sua liquidação e cancelamento no registro de comércio. É, portanto, um processo complexo, resultante de uma série de atos.

Sobre o tema, destaco lição do renomado **Rubens Requião**:

“A sociedade comercial nem sempre se dissolve com a declaração de sua falência. A falência, como de resto a dissolução social, não extingue a personalidade jurídica da sociedade; mas enquanto a liquidação, que sobrevém à dissolução, mantém a sociedade em posição estática, vivendo apenas para a liquidação do ativo e pagamento do passivo, não se envolvendo em operações novas, durante o processo de falência, a sociedade continua viva, pois pode inclusive prosseguir no comércio se assim requerer e o juiz consentir. Aqui perde ela, como todos sabem, apenas a administração de seu patrimônio; mas poderá retornar à plena capacidade de disposição de seus bens, se obtiver a concordata suspensiva da falência, que lhe restituirá toda a plenitude de seus direitos e obrigações. Se não ocorrer tal hipótese, só então a falência resulta na completa extinção da sociedade.”

No caso, não tendo havido, ainda, a dissolução da sociedade, não há que se falar em implementação da condição resolutiva capaz de autorizar a reversão pretendida pela Municipalidade.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 384.206 — RS (2001/0161300-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Comercial de Cereais Zaffari Ltda

Advogados: Nestor César Buaes e outro

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Gilmar Antônio Coppini e outros

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Funrural. Contribuição incidente sobre a aquisição de produtos rurais. Art. 15, I, LC n. 11/1971. Alegação da recorrente de que os ovos de galinha foram adquiridos de comerciante e não de produtor rural. Pretendido reexame de prova. Incidência da Súmula n. 07/STJ.

A egrégia Corte de origem manteve os termos da sentença e negou provimento à apelação com base nos elementos de convicção reunidos nos autos para concluir que a empresa recorrente, “efetivamente, efetuou aquisição de produtos rurais (ovos de galinha) da empresa Franken Ovos Ltda, que, segundo se denota dos autos, é produtora rural. Assim, sendo a embargante primeira adquirente de tais produtos, sujeita-se ao recolhimento das contribuições em questão”.

Qualquer conclusão no sentido de afirmar ter ou não havido o pagamento dos valores exigidos pelo INSS, dependeria de reexame de aspectos fáticos e probatórios, o que é inviável pela via eleita do especial, a teor da Súmula n. 07 do STJ.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto por Comercial de Cereais Zaffari Ltda, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual restou decidido que é devida a contribuição ao Prorural sobre a comercialização de produtos rurais.

Alega o recorrente violação dos artigos 15, I, da Lei Complementar n. 11/1971, ao argumento de que, na operação de compra e venda de produtos primários entre dois comerciantes, não há incidência de Funrural. A esse respeito, chama à colação arestos de outros tribunais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Do acurado exame do teor do v. acórdão recorrido, verifica-se que a egrégia Corte de origem, com base nos elementos de convicção reunidos nos autos, concluiu que a recorrente “efetivamente, efetuou aquisição de produtos rurais (ovos de galinha) da empresa Franklen Ovos Ltda, que segundo se denota dos autos é produtora rural. Assim, sendo a embargante primeira adquirente de tais produtos, sujeita-se ao recolhimento das contribuições em questão”.

Rever esse entendimento, consoante requer o recorrente, que afirma tratar-se de operação entre dois fornecedores, dependeria do reexame de aspectos fáticos e probatórios dos autos, o que é inviável pela via eleita do especial, a teor da Súmula n. 07 do STJ.

Ainda que assim não fosse, a Lei n. 7.787/1989 eliminou a contribuição sobre a folha de salários disciplinada no artigo 15, II, da Lei Complementar n. 11/1971. De outra parte, o diploma legal superveniente à Carta Política de 1988 manteve incólume a contribuição incidente sobre o valor dos produtos rurais (artigo 15, I, da LC n. 11/1971).

Diga-se, a propósito, que, nessa linha de pensar, o douto Ministro Ari Pargendler pontificou que “o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural

era, nesse regime, suportado por contribuições incidentes sobre o valor dos produtos rurais e por contribuições incidentes sobre a folha de salários. O artigo 3º, § 1º, da Lei n. 7.787, de 1989, suprimiu a contribuição sobre a folha de salários, prevista no artigo 15, II, da Lei Complementar n. 11, de 1971, e não a contribuição incidente sobre o valor dos produtos rurais” (cf. REsp n. 168.920/PR, DJ de 03.08.1998).

Também no mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

“Tributário — Funrural — LC n. 11/1971 — Contribuição previdenciária — Lei n. 7.787/1989 — Lei n. 8.212/1991.

1. A contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, prevista no art. 15, II, da LC n. 11/1971 foi suprimida pela Lei n. 7.787/1989 (art. 3º, § 1º).

2. Contudo, a contribuição sobre as operações de aquisição de produtos rurais pelas empresas foi devida, nos termos do art. 3º, I, da Lei n. 7.787/1989, até o advento da Lei n. 8.212/1991, que unificou o regime de custeio da Previdência.

3. Recurso especial improvido” (REsp n. 280.635/MS, DJ 13.05.2002, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Assim não fosse o óbice da Súmula n. 07 do STJ, se ausente previsão legal expressa para excluir a incidência da exação sobre o valor do produto rural, inviável afastar sua cobrança.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 403.907 — DF (2002/0001176-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: União

Recorrida: Cordial Segurança Ltda

Advogados: Erasto Villa-Verde de Carvalho e outros

EMENTA

Administrativo — Contrato — Prestação de serviço — Atualização — Período de congelamento — Lei n. 8.030/1990 — Plano Collor.

1. O artigo 1º da Lei n. 8.030/1990 instituiu o Plano Collor, zerou a inflação e estabeleceu o congelamento de preços.
2. Como norma de ordem pública, a Lei n. 8.030/1990 tem aplicação imediata, mas não tem o condão de retroagir para incidir sobre os contratos firmados antes de sua vigência.
3. Contrato que previa a atualização pelo INPC e que deve ser observado quando a inflação veio a ser computada, pelo fracasso do Plano Collor I.
4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 1ª Região, que examinou ação ordinária em que se pleiteou o pagamento da correção monetária das prestações de contrato administrativo entabulado com a Administração Pública Federal, referente a serviços de vigilância do edifício-sede da Imprensa Nacional. O acórdão recorrido restou assim ementado:

Administrativo. Contrato para prestação de serviços. Reajustamento de preço. Cláusula contratual. Congelamento de preços dos planos Collor I e II. Correção monetária. Débito judicial. Termo **a quo**. Lei n. 6.899/1981.

1. A autora participou da licitação pública sob a forma de tomada de preços na qual foi vencedora para realizar serviço de vigilância no edifício-sede da Imprensa Nacional.

2. Autora e ré firmaram contrato com base no Decreto-Lei n. 2.300/1986 e suas alterações, tendo sido contratado na cláusula décima primeira que o reajustamento seria trimestral (IN n. 01 de 31.03.1989).

3. A IN n. 1 especifica que os reajustes dos montantes dos salários e dos encargos seriam feitos pelo salário normativo da categoria, e que o montante referente a uniformes, transportes, seleção, treinamento, supervisão, seguro etc., seriam feitos de acordo com uma fórmula, onde havia o IPC como índice.

4. Com a MP n. 154 ocorreu um desalinhamento dos preços do contrato, com prejuízo para a autora.

5. A Lei n. 8.030, de 15 de março de 1990, que instituiu o chamado “Plano Collor”, criando nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral “congelou”, por tempo indeterminado, os valores de mercadorias e serviços.

6. “Corrige-se monetariamente o contrato para manter-se o equilíbrio econômico-financeiro da época em que celebrado, constituindo enriquecimento ilícito para a Administração Pública deixar de fazê-lo, quando verificada variação de preços. A correção monetária há de operar-se a partir de quando se deu a vedação do reajuste de preços. A correção monetária do débito judicial, por sua vez, tem como termo **a quo** o ajuizamento da ação.” (AC n. 96.01.00151-4/DF, TRF/1ª Região, Quarta Turma).

7. Apelação da União e remessa parcialmente providas para determinar a aplicação da correção monetária dos preços do contrato a partir de 15.03.1990, e, quanto ao crédito resultante desta decisão, a contar do ajuizamento da ação.

(fl. 569)

Indica a União Federal infringência aos arts. 21 e 460, do CPC; 1ª da Lei n. 8.030/1990.

Alega, em preliminar, a nulidade do acórdão em razão de julgamento **ultra petita**. No mérito, disse que o art. 1ª da Lei n. 8.030/1990 vedou o reajuste de preço decorrente de contrato firmado com a União Federal. Em razão desse dispositivo legal, a Administração Pública podia alterar as cláusulas que regulamentavam o reajuste dos preços praticados no contrato, porque estribada no interesse público.

Sustenta, ainda, que o acórdão não poderia dar parcial provimento sem condenar as partes a pagar honorários advocatícios de forma recíproca.

Após as contra-razões, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, ressalto que as teses em torno dos arts. 21 e 460 do CPC não foram objeto de apreciação pelo Tribunal **a quo**. Embora tivessem surgido, quando do julgamento, a questão da “decisão **ultra petita**” e a sucumbência parcial, para conhecimento do especial far-se-ia necessária a interposição de embargos de declaração, o que inocorreu. Aplico, assim o teor da Súmula n. 282/STF.

Prequestionado o art. 1º da Lei n. 8.030/1990, analiso o mérito do especial.

O contrato previa reajuste de preço com base na variação do INPC, quando do advento da Lei n. 8.030/1990, diploma que ordenou o congelamento de preços, inclusive dos contratos, inaugurando o chamado Plano Collor I.

Entendo que a lei de congelamento, oriunda da Medida Provisória n. 154/1990, embora sendo norma de ordem pública, não poderia retroagir para vetar a atualização monetária contratualmente pactuada antes da sua vigência. A aplicação imediata das normas de ordem pública não pode resultar em preterição do ato jurídico perfeito e acabado.

A tese desenvolvida pela União de que a Administração Pública pode alterar cláusulas regulamentares, quando em jogo o interesse público, pode levar ao desequilíbrio da parte contratada, sendo inadmissível a ruptura do contrato, senão como sanção administrativa, o que não ocorreu na hipótese.

Por outro ângulo, tem-se entendido que correção monetária é mera expressão atualizada da moeda, sem que se possa afirmar que significa acréscimo.

Observe-se, pela redação do art. 1º da Lei n. 8.030/1990, que o congelamento nele expresso dirige-se aos reajustes de preço, ausente, dentro da concepção legislativa, a necessidade de correção monetária, porque inexistia a inflação.

Ora, no momento em que a inflação começou a ser sentida, é natural que, sem desrespeito ao art. 1º da Lei n. 8.030/1990, tenha ela passado a ser computada.

Esta Corte registra inúmeros precedentes no mesmo sentido do acórdão impugnado, como demonstram os arestos seguintes:

Civil e Processual Civil. Correção monetária. Lei n. 8.030/1990. Inteligência.

I - Toda lei tem caráter prospectivo. Assim, respeitados os efeitos já consumados, as prestações vincendas sob o império da nova lei, em princípio, por ela devem ser reguladas, sem que isso importe afronta à Constituição.

II - O Superior Tribunal de Justiça tem admitido que os contratos conten-

do previsão de correção monetária, em curso por ocasião da edição da Lei n. 8.030/1990, prevalecem em relação ao congelamento de preços por ela instituído.

O que referida lei visou coibir foram os reajustes, com a finalidade de manter estacionados os preços básicos, não a atualização pura e simples dos valores contratados.

III - Verificada a ocorrência de inflação, negar a correção monetária, que constitui mera reposição do valor nominal da moeda, seria contemplar o enriquecimento injusto de uma parte em detrimento da outra.

Recurso não conhecido, com ressalvas apenas quanto à terminologia.

(REsp n. 92.719/RJ, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, por maioria, julgado em 20.06.2002, DJ de 18.08.2003)

Recurso especial. Correção monetária. Lei n. 8.030/1990. Incidência de portarias ministeriais.

1. Já não há mais questionamento sobre o cabimento do reajuste do preço contratado, mesmo em se tratando de entidades da Administração Pública, como pacificado na jurisprudência da Corte.

2. A correção monetária, de fato, não é um acréscimo, mas, pura e simplesmente, a manutenção do valor do débito no tempo, não comportando nenhuma exceção, ainda mais quando o acórdão recorrido afirma que a correção monetária decorre dos termos do contrato.

3. A interpretação e aplicação das portarias ministeriais não enseja o recurso especial.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 74.435/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, julgado em 03.06.1997, DJ de 04.08.1997)

Comercial — Correção monetária — Inaplicabilidade da Lei n. 8.030/1990 aos contratos firmados anteriormente a sua edição.

I - A Lei n. 8.030/1990 não se aplica aos contratos celebrados antes de sua edição com previsão contratual de efetivo reajuste monetário compatível com a inflação decorrida no período de sua execução, preservando a cumulatividade que preside os contratos, eis que sem natureza cogente na espécie o texto legal.

II - Matéria de fato. (Súmula n. 07/STJ).

III - Recurso não conhecido.

(REsp n. 85.241/RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, unânime, julgado em 12.11.1996, DJ de 03.02.1997)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Constatada a decisão **ultra petita** da matéria discutida no acórdão recorrido, creio desnecessária a interposição de embargos de declaração para o prequestionamento. Afinal, trata-se de defeito insanável da sentença e a só interposição de embargos de declaração não tem o efeito de prequestionar a matéria, pois não se trata, em tese, de recurso exigente de contraditório. De outra parte, e como acentuou a Relatora, a matéria foi discutida no julgamento.

Divirjo, pois, da Relatora para dar provimento ao recurso da União.

RECURSO ESPECIAL N. 429.570 — GO (2002/0046110-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás

Recorrido: Município de Goiânia

Procuradores: Alexandre Meirelles e outros

EMENTA

Administrativo e Processo Civil — Ação civil pública — Obras de recuperação em prol do meio ambiente — Ato administrativo discricionário.

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da Administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. 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 maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, proferido em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás, na qual objetivou-se a obtenção de ordem judicial para obrigar o Município de Goiânia a promover obras de recuperação da área degradada por erosões nas Vilas Maria Dilce e Cristina, que estariam causando danos ao meio ambiente e riscos à população circunvizinha, sob pena de multa diária.

O Tribunal recorrido reconheceu, em princípio, que é possível condenar o Poder Público a uma obrigação de fazer, através da ação civil pública, mas considerou que, em se tratando de ato administrativo de natureza discricionária, goza o Poder Executivo de liberdade para decidir sobre a sua conveniência e oportunidade — mérito administrativo —, não sendo possível ao Poder Judiciário estabelecer a prioridade para a realização de obra pública. Como o julgamento da apelação se deu por maioria, foram interpostos embargos infringentes pelo Ministério Público Estadual, e o Tribunal, novamente por maioria, manteve o acórdão embargado, sob os mesmos fundamentos.

Opostos embargos de declaração com o objetivo de prequestionar a matéria em torno dos arts. 3º, da Lei n. 7.347/1985 e 2º, 23, VI; 30, V e 255, § 1º, I, da CF/1988, foram eles rejeitados, à minguada de omissão, contradição ou obscuridade.

No presente recurso especial, calcado na alínea **a** do permissivo constitucional, sustenta o *Parquet* violação do art. 535, II, do CPC e do art. 3º da Lei n. 7.347/1985, argumentando que:

a) tanto a pessoa jurídica de Direito Privado quanto a de Direito Público podem ser rés na ação civil pública, com o objetivo de se obter o cumprimento de obrigação de fazer;

b) a atividade de conservação e recuperação do meio ambiente corresponde, para a Administração Pública, a um ato administrativo vinculado, conforme os mandamentos dos arts. 23, 30 e 225, da CF/1988 e, não, a um ato discricionário, como decidido pelo Tribunal recorrido;

c) o acórdão acabou outorgando ao Poder Público o direito de se omitir quanto ao cumprimento do seu dever legal de conservação do meio ambiente;

d) ademais, a doutrina admite que o Poder Judiciário pode exercer o controle de legalidade sobre o mérito administrativo dos atos discricionários com fundamento no princípio da razoabilidade.

Após as contra-razões, subiram os autos, por força de agravo de instrumento, tendo o Ministério Público Federal opinado pelo parcial provimento do especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, não conheço do segundo recurso especial interposto às fls. 442/452, em face da preclusão consumativa.

No recurso especial de fls. 380/391, o órgão do *Parquet* Estadual aponta violação do disposto no art. 535, II, do CPC, sem, contudo, produzir qualquer tipo de argumentação no sentido de sustentar o alegado. Nesse ponto, é deficiente sua argumentação, aplicando-se com propriedade o teor da Súmula n. 284/STF.

Pquestionadas, não obstante, as teses em torno da violação do art. 3º da Lei n. 7.347/1985, passo ao exame do especial.

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada

para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º da lei de ação civil pública?

O acórdão recorrido adotou entendimento de que não poderia fazê-lo por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do Judiciário.

Não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.

Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um superpoder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o **facere** ou **non facere**, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de superpoder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submetam a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de “Cavalo de Tróia” pelo alemão **Huber**, transcrito em “Direito Administrativo em Evolução”, de **Odete Medauar**.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção. Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo, está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para ordenar que a Administração providencie imediatamente as obras necessárias à recomposição do meio ambiente.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, continuo ainda fiel às lições antigas de **Miguel Seabra Fagundes**, no melhor livro que já se escreveu sobre o controle dos atos administrativos. Ao Poder Judiciário não cabe julgar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos.

Peço vênia para discordar do voto da Ministra-Relatora, negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Entendo que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e na oportunidade dos atos do Poder Executivo, da mesma forma como defendo a integridade do exercício do poder pelo Judiciário e pelo Legislativo.

Peço vênia para discordar do voto da Sr. Ministra-Relatora, negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 462.822 — PR (2002/0090438-7)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Patrícia Gomes Teixeira e outros

Recorrido: Banco do Estado do Paraná S/A

Advogados: Marcus Bechara Sanchez e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Auxílio-alimentação. Pagamento em pecúnia. Transação judicial. Art. 43 da Lei n. 8.212/1991.

1. Nos termos do art. 43 da Lei n. 8.212/1991, com a redação conferida pela Lei n. 8.620/1993, compete ao magistrado trabalhista discriminar as parcelas nas quais incidirá a contribuição previdenciária.

2. Na omissão do juízo, a contribuição previdenciária incidirá sobre o valor total do acordo homologado ou sobre o montante integral a ser liquidado.

3. Contudo, no regime anterior à Lei n. 10.035/2000 que inseriu os parágrafos 3º e 4º no art. 832 da CLT, o silêncio do magistrado trabalhista importava numa presunção **juris tantum** da ocorrência do fato gerador, que poderia ser afastada se o contribuinte provasse, em ação própria, que a verba paga ao empregado não possui natureza remuneratória.

4. O pagamento em pecúnia de auxílio-alimentação indenizado (verba que não foi paga no tempo e modo devidos), em razão de transação judicial homologada no foro trabalhista, não está sujeito à incidência da Contribuição Previdenciária, ante a sua natureza indenizatória.

5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, 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, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial (art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim sumariado:

“Tributário. Contribuição previdenciária. Auxílio-alimentação. Cesta básica. Pagamento em pecúnia. Natureza indenizatória. Caracterizada. INSS. Contribuição. Não-incidência.

1. O pagamento das verbas em auxílio-alimentação e cesta básica decorrente de acordos coletivos de trabalho, e pagos em espécie por ocasião de liquidação de sentença trabalhista, a empregados agora já aposentados, por revestir natureza indenizatória estão fora do campo de incidência da contribuição previdenciária patronal ao INSS.

2. Honorários em 10% sobre o valor da causa.

3. Lançamento anulado.

4. Apelação provida” (fl. 162).

O recorrente alega, em sua razões, que o acórdão teria afrontado o art. 28, § 9º, **c**, e o art. 43, parágrafo único, da Lei n. 8.212/1991, ao não reconhecer a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-alimentação pago em pecúnia na liquidação da sentença trabalhista.

O recorrido, em suas contra-razões (fls. 179/185), pugna pela manutenção do aresto recorrido, pois o pagamento de auxílio-alimentação, no caso, possui nítida natureza indenizatória.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Devidamente prequestionado o dispositivo legal tido como violado — art. 43 da Lei n. 8.212/1991 —, conheço do recurso especial.

Cinge-se a divergência à incidência da contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de auxílio-alimentação. Nos termos do art. 28, I, da Lei n. 8.212/

1991, a contribuição previdenciária tem por base de cálculo a remuneração percebida a qualquer título pelo empregado. Esta Corte, em diversas oportunidades, afastou a incidência da contribuição previdenciária nos casos em que a verba paga aos empregados não guarda natureza remuneratória. Destaco os seguintes arestos:

“Tributário. Previdenciário. Contribuição. Auxílio-doença.

1. A diferença paga pelo empregador, nos casos de auxílio-doença, não tem natureza remuneratória. Não incide, portanto, sobre o seu valor, contribuição previdenciária.

2. Recurso provido” (REsp n. 479.935/DF, DJ de 17.11.2003, Relator Ministro José Delgado);

“Tributário. Contribuição previdenciária. Auxílio-creche. Não-incidência.

1. O voto condutor do acórdão embargado não restou omissivo ou contraditório, eis que decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. Não há cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelas partes, pois ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.

2. O auxílio-creche constitui-se numa indenização pelo fato de a empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento.

3. Não subsiste caráter remuneratório em razão da inexistência da habitualidade, já que o benefício cessa quando o menor ultrapassa a faixa etária dos seis anos.

4. Ante à sua natureza indenizatória, o auxílio-creche não integra o salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária.

5. Embargos de divergência acolhidos (EREsp n. 438.152/BA, DJ de 25.02.2004, por mim relatado).

Por conseguinte, as verbas de caráter indenizatório não se submetem à incidência da contribuição previdenciária, porquanto a reparação por ato ilícito ou o ressarcimento de um prejuízo não configuram o fato gerador desse tributo. No entanto, há casos em que a distinção entre verba remuneratória e verba indenizatória não se mostra evidente. Tanto é assim que, atualmente, o legislador ordinário remete ao magistrado trabalhista, conforme se infere do art. 832, §§ 3º e 4º, da CLT, a tarefa de esclarecer por meio de decisão, cognitiva ou homologatória, quais são as verbas de natureza indenizatória, *assegurando à autarquia previdenciária o direito de recorrer de tal decisão.*

No particular, quando firmada a transação judicial no foro trabalhista, ainda não vigoravam os parágrafos 3º e 4º do art. 832 da CLT, inseridos pela Lei n. 10.035/2000. Por tal razão é que a controvérsia posta neste recurso especial não restou resolvida na Justiça Obreira.

Contudo, já vigorava à época da transação o art. 43, parágrafo único da Lei n. 8.212/1991, inserido pela Lei n. 8.620/1993 que assim dispõe:

Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social. (Redação dada pela Lei n. 8.620, de 05.01.1993)

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados *em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.* (Parágrafo incluído pela Lei n. 8.620, de 05.01.1993)

Da hermenêutica deste dispositivo legal, pode-se concluir que compete ao magistrado trabalhista discriminar as parcelas integrantes da sentença ou do acordo homologado, que sofrerão a incidência da contribuição previdenciária. Na omissão do juízo, a contribuição previdenciária incidirá sobre o valor total do acordo homologado ou sobre o montante integral a ser liquidado.

Em caso de silêncio do magistrado trabalhista, o parágrafo único do art. 43 da Lei n. 8.212/1991 estabelece uma presunção legal da ocorrência do fato gerador, ou seja, presume-se que todos os valores constantes da sentença trabalhista guardam natureza remuneratória. Tal presunção, porém, é **juris tantum** e pode ser afastada se o contribuinte provar em ação própria que a verba paga ao empregado não possui natureza remuneratória. Esse regime foi sensivelmente alterado pela Lei n. 10.035/2000 que inseriu os parágrafos 3º e 4º no art. 832 da CLT, colocando a discussão sobre a incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas relacionadas nas decisões trabalhistas no âmbito de competência da Justiça Obreira.

Na hipótese dos autos, pode-se concluir que o silêncio do magistrado trabalhista em discriminar as verbas indenizatórias e as verbas remuneratórias não impede a discussão judicial sobre a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, com relação às parcelas relacionadas em sentenças ou em acordos homologados na Justiça do Trabalho.

Estabelecidas essas premissas, convém ressaltar que esta Corte, conforme se infere de recentes precedentes, reconhece que o auxílio-alimentação pago em pecúnia está sujeito à contribuição previdenciária. Confirmam-se os seguintes arestos:

“Processual Civil e Previdenciário. Embargos à execução. Contribuição previdenciária. Auxílio-alimentação. Pagamento em espécie. Legalidade da cobrança. Vinculação ao PAT. Matéria de prova. Súmula n. 07/STJ.

1. Incabível o reexame da prova em sede de recurso especial.

2. Apenas o pagamento **in natura** do auxílio-alimentação não sofre a incidência da contribuição previdenciária.

3. Recurso especial não conhecido” (STJ — Segunda Turma, REsp n. 180.567/CE, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 23.04.2001);

“Tributário. Auxílio-alimentação. Parcelas pagas em pecúnia, em caráter habitual e remuneratório, mediante depósito em conta corrente. Não-ocorrência de pagamento **in natura** nem caso de refeição realizada nas dependências da empresa. Incidência da contribuição previdenciária. Precedentes.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão segundo o qual “o auxílio ou ajuda-alimentação não tem natureza salarial e como tal não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária”.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o pagamento **in natura** do auxílio-alimentação, isto é, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não constituir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT. Com tal atitude, a empresa planeja, apenas, proporcionar o aumento da produtividade e eficiência funcionais.

3. No entanto, **in casu**, as parcelas referentes à ajuda-alimentação foram pagas em pecúnia, em caráter habitual e remuneratório, mediante depósito em conta corrente dos respectivos valores, integrando, assim, a base de cálculo da contribuição previdenciária.

4. Precedentes das Primeira, Segunda, Terceira e Quinta Turmas desta Corte Superior.

5. Recurso provido” (STJ — Primeira Turma, REsp n. 572.367/CE, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2004).

Malgrado a jurisprudência deste Tribunal reconheça que o auxílio-alimentação pago em espécie integra o salário de contribuição, a situação dos autos guarda uma peculiaridade, para o deslinde da controvérsia. No caso, o auxílio-alimentação foi pago em razão de transação judicial realizada no foro trabalhista, tendo por base reclamação ajuizada pelo empregado. Trata-se aqui de auxílio-alimentação indenizado, pois tal verba não foi paga no tempo e modo devidos.

Resta evidente a natureza indenizatória de tal verba, pois o pagamento do auxílio-alimentação em pecúnia consistiu numa reparação por ato ilícito, o que não configura o fato gerador da contribuição previdenciária.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 476.771 — SP (2002/0139221-0)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Município de São Paulo

Procuradores: Elaine Rodrigues e outros

Recorrido: Hugo Eneas Salomone

Advogados: Maria Regina Casagrande de Castro e outro

EMENTA

Tributário. Repetição de indébito. Legitimidade ativa. Reexame do conjunto probatório. Súmula n. 07/STJ. Juros moratórios. Percentual aplicável. Prequestionamento.

1. Afigura-se inviável, em sede de recurso especial, o exame de controvérsia envolvendo a regularidade da legitimação do contribuinte para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, se, para tanto, faz-se necessária a análise do conjunto probatório acostado ao feito. Incidência da Súmula n. 07/STJ.

2. A teor da orientação jurisprudencial desta Corte, a taxa de juros de mora na repetição de indébito tributário é de 1% ao mês, conforme estabelecido no § 1º do art. 161 do CTN. Não incide em tal contexto, pois, o disposto nos arts. 1.062 do Código Civil e 1º da Lei n. 4.414/1964, que, aplicáveis às obrigações privadas, estabelecem o percentual dos juros moratórios em 6% ao ano.

3. Não há como apreciar a controvérsia no âmbito do recurso especial, sob a luz do art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899 de 1981, se tal dispositivo não foi objeto de exame por parte do acórdão recorrido. Aplicação das Súmulas ns. 282 e 356/STF.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso mas negar-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), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 19.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Hugo Eneas Salomone propôs ação ordinária anulatória de lançamentos fiscais cumulada com repetição de indébito contra a Municipalidade de São Paulo, buscando repetir valores indevidamente recolhidos a título de taxa de limpeza e conservação, sem prejuízo das demais verbas de direito. O pedido foi julgado procedente no juízo de primeiro grau de jurisdição.

Interpostas apelações por ambas as partes, foram elas parcialmente providas. A ementa do julgado restou assim redigida:

“1. Taxas. Repetição de indébito. Município de São Paulo. Taxas de limpeza pública e conservação de vias e logradouros públicos. Serviços não específicos e não divisíveis, com exceção da remoção de lixo domiciliar e utilização de base de cálculo própria de imposto. Procedência.

2. juros moratórios. Incidência a partir do trânsito em julgado, à base de 1% ao mês. Precedentes. Recursos oficial e voluntários providos em parte” (fl. 3.241).

Interpõe, então, a Municipalidade de São Paulo recurso especial fundado na alínea **a** da norma autorizadora.

Alega, inicialmente, que o recorrido não detinha legitimidade para propor a ação de repetição de indébito tributário. Sustenta, portanto, que, por isso, seria o caso de haver sido considerada inepta a petição inicial, de ser declarado o recorrido carecedor do direito de ação, bem como de ser extinto o processo sem julgamento de mérito. Busca demonstrar a recorrente que, assim não entendendo o acórdão recorrido, restaram contrariados os preceitos inscritos nos arts. 267, I, 295, II, e 329 do CPC.

Sustenta, ainda, que a Corte **a quo**, ao concluir pela existência de legitimidade ativa para a propositura da presente ação, incorreu em erro no modo de apreciar a prova produzida nos documentos juntados aos autos, violando, pois, o preceito inscrito no art. 131 do CPC.

Assevera a recorrente, também, que os valores indevidamente recolhidos, objetos de restituição, devem ser atualizados monetariamente a partir do ajuizamento da ação, a teor do disposto na Lei n. 6.899/1991. Pondera, outrossim, que os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN combinado com o art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899/1991, no percentual de 0,5% ao mês.

As contra-razões dos recursos especial e extraordinário foram manifestadas, respectivamente, às fls. 3.284/3.287 e 3.289/3.293.

O recurso especial foi admitido às fls. 3.298/3.299.

O recurso extraordinário não foi admitido às fls. 3.300/3.301, sendo interposto, contra esse decisório, o respectivo agravo de instrumento (fl. 3.304).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Consoante estatui o art. 34 do CTN, o contribuinte do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana — IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. É certo, pois, que o referido contribuinte tem legitimidade para propor ação de repetição de indébito visando à devolução do encargo tributário indevidamente recolhido.

Na espécie, o acórdão recorrido, confirmando a sentença proferida às fls. 3.159/3.168, entendeu que os documentos acostados ao feito comprovaram a condição da ora recorrida de sujeito passivo na relação tributária em exame. Por conseguinte, conclui que a autora detinha legitimidade para figurar no pólo ativo da ação de repetição de indébito. Transcrevo, por oportuno, o excerto da sentença que tratou da matéria:

“Quanto à alegação de não-comprovação da propriedade, a contestante reconhece que todos os comprovantes de recolhimento das taxas encontram-se em nome do autor (fl. 3.116). Logo, insubsistente a preliminar em questão, principalmente, em razão do título de domínio também anexado à inicial” (fl. 3.162).

Colaciono, ainda, o trecho do voto condutor do acórdão impugnado que cuidou do tema:

“A inicial não é inepta. Não lhe falta nenhum documento indispensável. Documentos indispensáveis são aqueles solenes, da própria substância do ato jurídico que os exige, por exemplo um testamento público ou um particular subscrito por cinco testemunhas, ou ainda aqueles dos quais derive a especialidade do procedimento (v.g., o título executivo na execução contra devedor solvente). É o ensinamento da boa doutrina (**Joel Dias Figueira Junior**, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, Ed. RT, Vol. 4, Tomo II, 1ª ed., 2001, p. 66). Quanto aos demais meramente probatórios, não são indispensáveis, certo que sua ausência pode inclusive ser suprida por provas de outra natureza (cf. **J. J. Calmon de Passo**, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, Vol. III, Ed. Forense, p. 149). Já se proclamou no Superior Tribunal de Justiça que não é cabível o indeferimento se o documento é suscetível de exibição posterior (cf. RT 757/142).

Nem houve cerceamento de defesa. A ré não pode exigir que o autor providencie a juntada de certidões atualizadas das matrículas dos imóveis. Muito ao contrário, se ela mesmo considera o autor o sujeito passivo das relações jurídico-tributárias existente, tanto que todos os lançamentos foram a ele endereçados, se os tributos foram recolhidos regularmente, se o autor exibiu os documentos que atestam tais fatos, se está na posse de comprovantes de recolhimento, a presunção de que foi ele que suportou os pagamentos é a que deve prevalecer, podendo ser derribada por prova em contrário, mas a cargo de quem impugna o fato constitutivo deduzido na inicial. Não tem nenhum cabimento que a ré queira transferir para o autor encargo probatório que é só seu” (fls. 3.243/3.244).

Ora, discutir, portanto, questão envolvendo a regularidade da legitimação da autora para o ajuizamento da ação de repetição de indébito reclama, necessariamente, o reexame do conjunto probatório acostado ao feito, minuciosamente considerado pela Corte **a quo**. Com efeito, sem esse procedimento, não há como vislumbrar as alegadas ofensas aos arts. 131, 267, I, 295, II, e 329 do CPC e, por conseguinte, concluir pela ilegitimidade ativa **ad causam** da recorrida, julgando inepta a petição inicial, declarando a carência de ação e extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Esbarra, portanto, a argumentação da recorrente no enunciado da Súmula n. 07/STJ.

Pondera, outrossim, que os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN combinado com o art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899/1991, no percentual de 0,5% ao mês.

Não há como apreciar a controvérsia no âmbito do recurso especial, sob a luz do disposto no art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899 de 1981. Isso porque tal dispositivo, além de não haver sido focado pelo acórdão recorrido, não foi objeto de posteriores embargos de declaração. Ressentindo-se, pois, do requisito do prequestionamento, esbarra nos óbices previstos nas Súmulas ns. 282 e 356/STF.

No que tange ao art. 167, parágrafo único, do CTN, não vislumbro qualquer contrariedade hábil a ensejar o provimento do apelo.

Esta Corte, interpretando o disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN, firmou o entendimento, inclusive objeto da Súmula n. 188/STJ, de que os juros moratórios, na repetição de indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, prevê o CTN, especificamente no art. 161, § 1º, que, na ausência de lei que disponha de modo diverso, a taxa de juros de mora será de 1% ao mês.

Em tal panorama, entendeu esta Corte que a taxa de juros de mora na repetição de indébito tributário é de 1% ao mês, conforme estabelecido no § 1º do art. 161 do CTN, não prevalecendo o disposto nos arts. 1.062 do Código Civil e 1º da Lei n. 4.414/1964, que, aplicáveis apenas às obrigações privadas, estabelecem o percentual dos juros moratórios em 6% ao ano. Transcrevo a ementa de alguns julgados que bem refletem essa conclusão:

“Tributário — Repetição do indébito — Adicional do imposto de renda — Juros moratórios — Percentual aplicável — CTN, art. 161, § 1º — Precedentes.

— Consoante reiterada jurisprudência desta egrégia Corte, a taxa de juros de mora na restituição de indébito tributário é de 1% ao mês, conforme estabelecido no § 1º do art. 161 do CTN, não prevalecendo o disposto nos arts. 1.062 do CC e 1º da Lei n. 4.414/1964 aplicáveis apenas às obrigações privadas.

— Embargos de divergência conhecidos e providos” (Primeira Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 347.518, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.11.2002).

“Processual Civil. Embargos de divergência (art. 496, VIII, CPC; art. 266, RISTJ). Adicional do imposto de renda. Inconstitucionalidade. Restituição de indébito. Juros moratórios. Taxa de 1% ao mês. Constituição Federal, art. 192, § 3º. CTN, artigos 161 e § 1º e 167. Código Civil, artigo 1.062. Lei n. 4.414/1964 (art. 1º).

1. Quanto à taxa, não se confundem os juros moratórios ditados nos artigos 161 e § 1º e 167, CTN, com aqueles mencionados na Lei n. 4.414/1964

(art. 1º), algemadas as disposições do artigo 1.062, Código Civil, apropriados às relações de direito privado ou em obrigações diversas do crédito tributário, servíveis aos tardios pagamentos da Fazenda Pública. Pensar em contrário “seria desconcordante com a razão, injúria à equidade, revolta contra os fatos e malquerença com o bom senso.

2. A incidência dos juros moratórios na restituição de indébito decorrente de tributos, à taxa de 1% ao mês, demais, não é superior ao limite anual (12%) estabelecido constitucionalmente (art. 192, § 3º, CF)

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Embargos rejeitados” (Primeira Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 103.311, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 1º.08.2000).

Nesse contexto, afigura-se escorreito o posicionamento do acórdão recorrido no sentido da incidência de juros moratórios a partir do trânsito em julgado da presente ação, à base de 1% ao mês.

É sabido que a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento da aplicação da taxa Selic na restituição e compensação de tributos, a partir da vigência da lei que determinou a sua aplicação na seara tributária — 1º de janeiro de 1996 —, a teor do disposto no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995 (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 399.497, Relator Ministro Luiz Fux).

Entretanto, tal entendimento não incide na espécie. Primeiro, porque a referida questão infraconstitucional não foi prequestionada. Segundo, porquanto a aplicação da Taxa Selic, prevista para 16,5% ao ano a partir de 18.12.2003, de regra, consistiria em violação do princípio do **non reformatio in pejus**, visto que importaria prejuízo à ora recorrente.

Por fim, alega a Municipalidade de São Paulo que os valores indevidamente recolhidos, objetos de restituição, devem ser atualizados monetariamente a partir do ajuizamento da ação, segundo preconiza o art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899/1981.

Não obstante ter ocorrido o debate dessa questão na sentença proferida em primeiro grau de jurisdição — oportunidade em que o magistrado entendeu que a atualização monetária dos valores indevidamente recolhidos dar-se-ia a partir do recolhimento de cada parcela e até o integral cumprimento da obrigação —, não houve seu reexame no julgamento do recurso de apelação. Nesse panorama, essa controvérsia ressent-se, da mesma forma, do requisito do prequestionamento. Caso, também, de aplicação das Súmulas ns. 282 e 356/STF

Ainda que assim não fosse, a tese posta pela recorrente não prosperaria. Segundo já pacificado nesta Corte, na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido. Entendimento, por sinal, consignado no enunciado da Súmula n. 162/STJ.

Diante dessas considerações, *conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 499.983 — RS (2003/0012399-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Luiz Francisco Corrêa Barbosa

Advogados: Luiz Francisco Corrêa Barbosa e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Sustentação oral: Dr. Remi Molin, pelo recorrente

EMENTA

Processo Civil — Ônus da prova — Nulidade

1. A não-intimação do advogado em causa própria qualifica-se como mera irregularidade, porquanto atingiu o ato sua finalidade, pela efetiva intimação do advogado constituído.
2. Pacífica jurisprudência do STF e do STJ, quanto à regular intimação, se a publicação indicou apenas um ou alguns dos advogados constituídos.
3. Exercício regular do direito de defesa, com contraditório em processo.
4. Prova pleiteada pelo réu, desinfluyente para a causa.
5. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, lhe negar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 08.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, julgando apelação de sentença proferida em ação civil pública por improbidade administrativa, decidiu em acórdão assim minutado:

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de servidores públicos. A regra constitucional que permite a contratação de servidores públicos temporários, artigo 37, IX, CF/1988, caracteriza-se por sua excepcionalidade e exige que o recrutamento se dê para situações tópicas e peculiares e não para as funções ordinárias. Exigência do concurso público que se anuncia como salutar meio para a vinculação à atividade pública. A não-observância do primado da legalidade redundando no desgarrar da orientação constitucional, inclusive ferindo a moralidade administrativa. Doutrina acerca do princípio ético embutido na Carta Política e Social. Ação julgada procedente. Preliminares de nulidade do processo e da sentença rejeitadas. Recurso de apelação não provido.

(fl. 689)

Alega Luiz Francisco Corrêa Barbosa, amparado pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, violação dos seguintes dispositivos: arts. 5º, LXXIII, 29, IX, e § 2º da Constituição Federal; arts. 1º, 5º e 19 da Lei n. 7.347/1985; art. 43, X, da Lei n. 8.625/1993; arts. 1º, 2º, 3º, § 1º, e 4º, parágrafo único da Lei n. 8.906/1994; arts. 36, 236, § 1º, 267, IV e VI, § 3º, 269, I, 283 e 333, I, do CPC; e art. 1º da Lei n. 4.717/1965. Sustenta, também, ocorrência de dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados desta Corte.

Após as contra-razões, subiram os autos, por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Inicialmente, advirto que descabe, em sede de recurso especial, a análise de violação a dispositivos da Constituição Federal.

Não conheço do recurso quanto aos seguintes dispositivos: arts. 1º, 5º e 19 da Lei n. 7.347/1985; art. 43, X, da Lei n. 8.625/1993; arts. 1º, 2º, 3º, § 1º, e 4º, parágrafo único da Lei n. 8.906/1994; e art. 1º da Lei n. 4.717/1965. Isto porque não foram eles prequestionados no acórdão recorrido, tendo incidência, na hipótese, a Súmula n. 282/STF.

Em relação aos arts. 267, IV e VI, § 3º, 269, do CPC, nos quais ampara o ora recorrente sua irrisignação alegando cerceamento de defesa e inépcia da inicial, aplico a Súmula n. 283/STF, porque o aresto impugnado refutou tais argumentos diante da ocorrência da preclusão, ponto este não enfrentado nas razões do especial, justificando, portanto, o não-conhecimento do recurso neste ponto.

De referência aos arts. 283 e 333, I, do CPC, que embasam o pedido de inversão do ônus da prova, não merece prosperar o recurso também aqui, pois o Tribunal Estadual decidiu a questão a partir do entendimento de que a prova pleiteada pelo réu não teria influência na causa, por tratar-se de arquivamento de inquérito relativo a outras contratações, que não aquelas postas para análise, relativas à ação de improbidade administrativa. Tal premissa, baseada no contexto fático dos autos, não pode ser afastada nesta Corte, pela incidência da Súmula n. 07/STJ.

Finalmente, resta para análise apenas a tese relativa à nulidade da intimação do ora recorrente, que atua, em causa própria, como advogado. Destaco, contudo, que será analisado o tema apenas pela letra **a** do permissivo constitucional, uma vez que não restou configurado o dissídio jurisprudencial, pois o aresto colacionado como paradigma não tem similitude fática com o caso dos autos, pois aqui decidiu-se pela não-decretação da nulidade em virtude da incorrência de prejuízo, aspecto não contemplado no paradigma.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou qualquer violação ao art. 236, § 1º, do CPC, entendendo que, na hipótese dos autos, embora incorrente a intimação do ora recorrente, como advogado, inexistiu prejuízo à sua defesa. Para melhor compreensão, destaco o seguinte trecho do voto impugnado:

“Com efeito, o despacho saneador de fls. 476/479 foi publicado no Diário da Justiça datado de 20 de agosto de 1999, constando do seu texto como advogado do demandado o Bel. Remi Molln. De tal decisão, com evidente caráter decisório no tocante às preliminares, houve regular intimação, nada contrapondo o apelante, haja vista o certificado à fl. 554, aliás única certidão

posterior à publicação da nota de expediente. Também teve ciência o requerido, através do mesmo procurador, da juntada dos documentos de fls. 483/553, deixando transcorrer **in albis** o prazo para manifestação. Sob o ponto de vista processual entendo que a invalidade sustentada não encontra amparo na lei, pois seguida a liturgia estabelecida no artigo 236, **caput**, e seu § 1º, do Código de Processo Civil.

Todavia, afirma o apelante que a nulidade também consistiria no fato de não constar seu nome como advogado em razão de atuar em causa própria. A alegação é peculiar e instigante, mas não há como ser acolhida. A regra geral no plano das invalidades processuais é a de que devem estar presentes dois pressupostos para que a decretação das mesmas seja impositiva, a saber: que o ato não tenha atingido sua finalidade e que assim conduza a um prejuízo palpável e detectável.

A jurisprudência tem entendido, certo que com algumas divergências pontuais, o seguinte:

‘Se os recorrentes estão representados nos autos por diversos advogados e inexistente especificação quanto ao responsável pelas intimações, para a validade dessas basta que da publicação conste o nome de qualquer deles, indistintamente.’ (RTJ 163/971)

O próprio Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema em acórdão mencionado **in Theotonio Negrão**, 31ª ed., p. 289, assim manifestando:

‘Intimação via imprensa. Pluralidade de advogados. Se não existe requerimento no sentido de as publicações veicularem o nome de determinado advogado, dentre os constituídos, descabe cogitar a pecha de nulidade, quando grafado o nome de qualquer deles.’

(STF Pleno, RE n. 130.725-2/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 02.02.1995, maioria, DJ de 23.06.1995, p. 19.494)

O caso concreto evidencia que o advogado regularmente constituído pelo apelante foi *efetiva e devidamente intimado de todos os atos do processo* (grifei), não remanescendo qualquer direito afetado por alguma invalidade processual, isso porque cumprida foi a finalidade e não se demonstrou a incidência de prejuízo certo e determinado à defesa do demandado no presente feito. Não vislumbro infringência ou diminuição alguma aos direitos processuais do requerido, afastada qualquer alegação de ablação da regra do artigo 5º, inciso IV, da CF/1988.

É tão cristalina a ausência de razão na preliminar suscitada que, apesar de na intimação da sentença ter constando somente o nome do Bel. Remi

Molin na nota de expediente, tanto os embargos declaratórios como o recurso de apelação foram firmados também pelo apelante, em evidente demonstração que prejuízo algum lhe foi imposto em nível de possibilidade quanto à ampla defesa e ao contraditório. Contrariamente ao que consta na preliminar suscitada, o recorrente nunca esteve órfão na via processual e sempre teve ciência o seu advogado de todos os atos do processo.

Estou em rejeitar a preliminar de nulidade do processo por vício na intimação relativa ao despacho saneador”.

(Fls. 694/695)

Entendo, como o TJRS, diante da situação fática descrita, ser desnecessária a decretação de nulidade, pois o ora recorrente teve garantido seu direito de ampla defesa e contraditório, sendo importante ressaltar que no curso do processo e nas razões recursais não logrou ele demonstrar qualquer prejuízo.

Com estas considerações, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É o voto

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Acompanho o voto da Relatora, pois não tenho por caracterizado qualquer prejuízo à defesa.

RECURSO ESPECIAL N. 508.981 — SC (2003/0019657-1)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Federação Catarinense de Futebol

Advogados: Clarete Carolina Longo Vieira e outro

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Patrícia Helena Bonzanini e outros

EMENTA

Tributário — Contribuição previdenciária — Remuneração paga aos árbitros, auxiliares de arbitragem, delegados e demais contribuintes individuais — Lei n. 8.212/1991, art. 22, III — Responsabilidade da

entidade promotora do evento (federação, confederação ou liga de futebol) — Aplicação do código desportivo da federação — Impossibilidade — CTN, art. 123 — Precedente.

— Em se tratando de partidas de futebol, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração auferida pelos árbitros, auxiliares de arbitragem, delegados e fiscais de cada espetáculo desportivo, bem como por aqueles que realizam o exame *anti-dopping*, bilheteiros, porteiros, maqueiros, seguranças, gandulas etc, é da entidade promotora do evento (federação, confederação ou liga de futebol).

— A existência de Código Desportivo da Federação Catarinense de Futebol e de estatuto, atribuindo a responsabilidade à associação desportiva (time da casa), não tem o condão de modificar o sujeito passivo da contribuição previdenciária, em face do regramento contido no art. 123 do CTN.

— Recurso especial conhecido, mas desprovido.

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, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Eliana Calmon e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 1^a.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pela Federação Catarinense de Futebol com fundamento na alínea **a** do autorizativo constitucional, contra acórdão do TRF da 4^a Região que, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pela ora recorrente nos autos de ação mandamental com pedido de liminar impetrada contra ato do Chefe da Agência da Previdência Social em Blumenau, objetivando eximir-se da obrigação de

recolher a contribuição prevista no inciso III do art. 22 da Lei n. 8.212/1991, referente aos autônomos ou a eles equiparados, que prestam serviços na realização dos eventos desportivos (árbitros, auxiliares de arbitragem, delegados e fiscais etc.).

O v. aresto, com apoio no inciso III do art. 22 da Lei n. 8.212/1991 e nos itens 25 e 28 da “cartilha de orientação”, decidiu ser a Federal de Futebol a responsável pelo recolhimento de 20% sobre os valores pagos aos autônomos que atuem em uma partida de futebol.

Alegando obscuridade e omissão no v. aresto quanto às matérias abordadas pelos arts. 150, **caput** e inciso I, 195, § 4º, c.c. 154, I, da CF; 22, I, § 7º, c.c. III, § 6º, da Lei n. 8.212/1991 e pela Lei n. 8.641/1997, revogada pela Lei n. 9.528/1997, a Federação opôs embargos declaratórios, ao final parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento.

Neste apelo especial, alega a ora recorrente negativa de vigência aos arts. 150, **caput** e inciso I; 195, § 4º, c.c. 154, I, todos da CF; 22, § 7º, I, c.c. § 6º, III, da Lei n. 8.212/1991 e à Lei n. 8.641/1993, revogada pela Lei n. 9.528/1997, sustentando ser da associação de futebol — time da casa, a responsabilidade pela contribuição do inciso III, por ser quem contrata e paga árbitros e demais auxiliares.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Admitidos ambos os apelos no Tribunal **a quo**, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Discute-se nos presentes autos a responsabilidade tributária da Federação Catarinense de Futebol pelo recolhimento da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos árbitros, auxiliares de arbitragem, delegados e fiscais, mão-de-obra utilizada para realização do exame *antidopping*, e demais contribuintes individuais (bilheteiros, porteiros, maqueiros, seguranças e gandulas), prevista no inciso III do art. 22 da Lei n. 8.212/1991.

Insurge-se a Federação recorrente contra acórdãos da Segunda Turma do TRF da 4ª Região, proferidos em sede de apelação e embargos declaratórios, resumidos nos seguintes termos (fls. 316 e 340):

“Tributário. Contribuições previdenciárias incidente sobre a remuneração paga a autônomos. Lei n. 8.212/1991. Art. 22. Federações de futebol. Responsabilidade.

1. As federações de futebol recolhem, como responsáveis, a contribuição a cargo das associações desportivas previstas no § 6º do art. 22 da Lei n. 8.212/1991, conforme determina o § 7º, a qual substitui as exações prescritas nos incisos I e II do mesmo dispositivo. Quanto àquela prevista no inciso III, qual seja, a incidente sobre a remuneração paga aos contribuintes individuais, há que se obedecer à regra geral, devendo ser imputada ao contratante da mão-de-obra, quer seja a associação desportiva, quer seja a federação futebolística. 2. Esclarecido que é a federação a responsável pelos trios de arbitragem, reservas, delegados e demais representantes de futebol do Estado, bem como pela autorização da realização da partida de futebol, seu calendário, exercendo fiscalização direta sobre as bilheteiras, arrecadação e pagamento dos trabalhadores, conclui-se que é de sua responsabilidade o recolhimento de 20% sobre os valores pagos aos autônomos que atuem em uma partida de futebol.”

“Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento.

1. São inadequados os embargos declaratórios para o fim de rediscutir os fundamentos do julgado.

2. Cabíveis os embargos de declaração com propósito de prequestionamento, de acordo com a Súmula n. 98 do STJ.”

Sustenta a ora recorrente que a sua obrigação tributária está restrita ao recolhimento das contribuições dos incisos I e II do art. 22 da Lei n. 8.212/1991, nos moldes estabelecidos pelos §§ 6º e 7º, acrescentados pela Lei n. 9.528/1997 (5% sobre a receita bruta dos espetáculos desportivos). Aduz que os árbitros e demais auxiliares são contratados e pagos pela associação de futebol (time da casa), a quem compete, portanto, recolher a exação prevista no inciso III do art. 22 da Lei n. 8.212/1991.

Assim dispõe o art. 22, **caput**, e inciso III, da Lei n. 8.212/1991 incluído pela Lei n. 9.876/1999:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (*) Nota: A Lei n. 9.317, de 05.12.1996, dispôs sobre o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte — Simples.

(...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestam serviços; (inciso incluído pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999).”

Para efeitos previdenciários, “Equipara-se à empresa, para os efeitos desta lei, o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras. (Redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.1999).”

Assim, tanto as associações quanto as federações devem ser consideradas empresas para fins previdenciários.

O recolhimento da contribuição do inciso III deve, portanto, ser imputado ao contratante da mão-de-obra, quer seja a associação desportiva, quer seja a federação.

Em se tratando de partidas de futebol, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração auferidas pelos árbitros, auxiliares de arbitragem, delegados e fiscais de cada espetáculo desportivo, bem como por aqueles que realizam o exame *antidopping*, bilheteiros, porteiros, maqueiros, seguranças, gandulas etc, é da entidade promotora do evento (federação, confederação ou liga de futebol).

Sobre o tema, destaco trecho do parecer exarado pela Procuradoria Regional da República da 4ª Região, à fl. 308, por isso que elucidativo:

“Na realização da competição, especialmente dos jogos de futebol, ficou esclarecido que é a federação a responsável pelos trio de arbitragem, reservas, delegados e demais representantes do futebol do Estado. Igualmente é a federação responsável pela autorização da realização da partida de futebol, seu calendário, exercendo fiscalização direta sobre as bilheteria, arrecadação, pagamento dos trabalhadores etc. A responsabilidade atribuída ao ‘time da casa’ resulta apenas da abertura e funcionamento do Estado, sendo o demais fiscalizado diretamente pela federação de futebol competente.”

A existência de Código Desportivo da Federação Catarinense de Futebol e de estatuto, atribuindo a responsabilidade à associação desportiva (time da casa), não têm o condão de modificar o sujeito passivo da contribuição previdenciária, em face do regramento contido no artigo 123 do CTN, que assim dispõe:

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Nesse sentido:

“Tributário — Imposto de renda retido na fonte — Bingo — Distribuição de prêmios — Substituição tributária — Art. 63 da Lei n. 8.981/1995 — Legitimidade ativa — Princípio da anterioridade.

1. Descabe figurar no pólo ativo da demanda aquele que não tem relação com o Fisco, já que não podem ser a ele impostos ajustes particulares relativos à responsabilidade pelo pagamento de tributos (art. 123 do CTN) — inexistência de violação aos arts. 46 e 54 do CPC.

2. (...)

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 374.694/SC, DJ de 12.05.2003, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Por fim, ressalto que a obrigação imputada às federações pelo § 7º do art. 22 da Lei n. 8.212/1991 não afasta aquela prevista no inciso III, por isso que substitui a dos incisos I e II do referido artigo, cujos fatos geradores são distintos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 510.727 — BA (2003/0036187-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Tyresoles de Feira de Santana S/A — Reformadora de Pneus

Advogados: Eduardo Sodré e outros

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: José Luiz Gomes Rolo e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial. Fazenda Nacional. Compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo STF. PIS. Prescrição. Base de cálculo do PIS. Faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador. Incidência da correção monetária na base de cálculo do PIS semestral. Impossibilidade.

No entender deste Relator, nas hipóteses de restituição ou compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo excelso Supremo Tri-

bunal Federal, o termo **a quo** do prazo prescricional é a data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Dessarte, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido (veja-se, a esse respeito, o REsp n. 534.986/SC, Relator p/ o acórdão este subscritor, j. em 04.11.2003).

A egrégia Primeira Seção deste colendo Superior Tribunal de Justiça, porém, na assentada de 24 de março de 2004, houve por bem afastar, por maioria, a tese acima esposada, para adotar o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Dessarte, na hipótese em exame, deve ser mantido o entendimento da Corte de origem segundo o qual “o direito de pleitear a compensação, ou a restituição do indébito, ocorrerá após cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco a partir da homologação tácita” (fl. 236).

Saliente-se, por outro lado, que é pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, sobre a qual não incide correção monetária, ante a ausência de previsão normativa.

Recurso especial da União improvido.

(...)

Recurso especial. Compensação. PIS. Incidência da correção monetária na base de cálculo do PIS semestral. Impossibilidade. Ausência de previsão normativa. Precedentes.

“A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador. O STJ entende que corrigir a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência” (EREsp n. 255.973/RS, Relator p/ o acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.12.2002).

Recurso especial de Tyresoles de Feira de Santana S/A — Reformadora de Pneus provido, para afastar a incidência de correção monetária sobre a base de cálculo do PIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso do contribuinte e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recursos especiais, interpostos, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, pela União e por Tyresoles de Feira de Santana S/A — Reformadora de Pneus, contra v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que julgou questão atinente à compensação do PIS.

Asseverou a Corte de origem que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o direito de pleitear a compensação, ou a restituição do indébito, ocorrerá após cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco a partir da homologação tácita” (fl. 236). Por outro lado, sustentou que “a base de cálculo do PIS é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, conforme redação do parágrafo único do art. 6º da LC n. 07/1970, até a edição da MP n. 1.212/1995, corrigidos monetariamente” (fl. 236).

Tyresoles de Feira de Santana S/A — Reformadora de Pneus alega que “o

acórdão recorrido, ao considerar que a base de cálculo do PIS deve ser corrigida monetariamente até a data do recolhimento do tributo, contrariou o art. 6º da Lei Complementar n. 07/1970 e as Leis Federais ns. 7.691/1988, 7.799/1989, 8.218/1991 e 8.383/1991” (fl. 243). Nesse sentido, aponta divergência jurisprudencial com julgado desta Corte.

Por outro lado, afirma a União que o prazo prescricional para compensação do tributo tem início na data da publicação no Diário da Justiça da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou sua inconstitucionalidade; que o IPC deve ser aplicado apenas quanto aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990; e que o PIS deve ser recolhido com base no faturamento do mês anterior, com a correção monetária de sua base de cálculo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): No entender deste Relator, nas hipóteses de restituição ou compensação de tributos declarados inconstitucionais pelo excelso Supremo Tribunal Federal, o termo **a quo** do prazo prescricional é a data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade.

A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa do Poder Público, e não de indébito tributário. Dessarte, aquela lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido.

No sempre acatado magistério de **Pontes de Miranda**, “não se declara inconstitucionalidade decreta-se, porque a eficácia preponderante da decisão é constitutiva negativa, pois quem fez a lei, o decreto-lei, o decreto, o regulamento, ou qualquer outra fonte de direito, com infração da Constituição, nulamente legislou” (in “Comentários ao Código Processo Civil”, Rio de Janeiro: Forense, 1975, VI, p. 43).

Diante da observação de que a prestação pecuniária não constitui tributo a ser restituído, por ter sido declarada inconstitucional, mas simples indébito auferido pela Fazenda Pública, é equivocado, a rigor, falar-se em restituição de tributo,

como faz o Código Tributário Nacional. Cuida-se, na verdade, de restituição de pagamento indevido. Vale dizer, de pagamento qualificadamente indevido, pois o espedeque legal em que se hasteava esvaiu-se do mundo jurídico.

Além dos fundamentos invocados neste voto, podem ser colacionados inúmeros outros, os quais não convém, no presente momento, repetir (veja-se, a esse respeito, o REsp n. 534.986/SC, Relator p/ o acórdão este Magistrado, j. em 04.11.2003, entre outros).

A egrégia Primeira Seção deste colendo Superior Tribunal de Justiça, porém, na assentada de 24 de março de 2004, houve por bem afastar, por maioria, a tese acima esposada, para adotar o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Dessarte, deve ser mantido o entendimento da Corte de origem segundo o qual “o direito de pleitear a compensação, ou a restituição do indébito, ocorrerá após cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco a partir da homologação tácita” (fl. 236).

Por fim, é pacífico nesta Corte o entendimento no sentido de que a base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, sobre a qual não incide correção monetária, ante a ausência de previsão normativa.

Confirmam-se, a título de mera ilustração, os seguintes arestos:

“Processual Civil e Tributário. PIS. Semestralidade. Base de cálculo. Correção monetária. Não-incidência. LC n. 07/1970. Entendimento pacificado na Primeira Seção do STJ. Prequestionamento de dispositivos constitucionais. Impossibilidade. Julho e agosto de 1994. Índice aplicável. Ufir. Agravos regimentais improvidos.

1. O art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 07/1970 não se refere ao prazo para recolhimento do PIS semestral, mas, sim, à sua base de cálculo.

2. Não incide correção monetária sobre a base de cálculo do PIS por falta de previsão legal. A atualização pela correção monetária, segundo posição jurisprudencial da Primeira Seção, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

3. (Omissis.)

4. (**Omissis.**)

5. Agravos regimentais da Fazenda Nacional e da autora improvidos” (AgRg no REsp n. 408.512/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 26.05.2003);

“Tributário — PIS — Semestralidade — Base de cálculo — Correção monetária.

1. (**Omissis.**)

2. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador — art. 6º, parágrafo único, da LC n. 07/1970.

3. A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

4. O STJ entende que corrigir a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência” (REsp n. 255.973/RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator p/ o acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.12.2002). Vide também: REsp n. 274.260/RS, DJ de 12.05.2003, da relatoria deste signatário.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e dou provimento ao recurso especial de Tyresoles de Feira de Santana S/A — Reformadora de Pneus.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 520.026 — CE (2003/0040821-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra

Procuradores: Maria Teixeira Maranhão e outros

Recorrida: Agropecuária Terra Nova S/A — Tenosa

Advogado: Fernando Gouveia da Paz

EMENTA

Processual Civil. Exceção de impedimento. Desembargador. Julgamento colegiado. Arguição posterior. Preclusão.

— Em havendo o juiz exercido jurisdição na primeira instância, fica impedido de atuar no julgamento colegiado.

— A exceção de impedimento deve ser oposta antes do julgamento pelo Tribunal, sob pena de preclusão.

— Recurso especial conhecido, mas improvido.

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, negar provimento ao recurso. 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), 09 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 1ª.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Inkra com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por unanimidade, não conheceu da exceção de impedimento oposta pelo Instituto contra a atuação do MM. Desembargador Federal Geraldo Apoliano em 2ª grau de jurisdição, nos autos da ação de desapropriação para fins de reforma agrária, pois o excepto atuou no caso quando ainda magistrado de 1ª grau.

O acórdão recorrido não conheceu da exceção de impedimento ao considerar que ela deve ser apresentada antes do julgamento pela Turma, tendo, então, operado a preclusão já que a parte tinha conhecimento de que o juiz havia exercido jurisdição no processo e não suscitou, tempestivamente, o impedimento.

Irresignado, o Instituto interpôs embargos de declaração alegando omissão no aresto, visto que não fora abordada a questão de que o eminente Desembargador estava impedido de proferir voto no julgamento da apelação da desapropriação por haver decidido questões incidentais na ação quando ainda exercia a função de Juiz Federal na 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Os embargos declaratórios não foram conhecidos.

No recurso especial, o Incra alega violação ao art. 134, III, do CPC, asseverando que o juiz não pode exercer suas funções em processo que praticou atos de jurisdição no primeiro grau, proferindo sentença ou decisão.

Contra-razões não apresentadas.

O recurso foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Solicitei o pronunciamento do Ministério Público Federal que opinou pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra manifestou recurso especial com fundamento na letra **a** do art. 105, III, da CF contra acórdão do Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que não conheceu da exceção de impedimento argüida pelo Instituto contra o Juiz Geraldo Apoliano, que atuou no processo quando ainda exercia suas funções na 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará e novamente o fez no julgamento do recurso de apelação na ação de desapropriação ajuizada pelo Incra contra Agropecuária Terra Nova S/A — Tenosa, nos termos da ementa abaixo transcrita (fl. 33):

“Exceção de impedimento. Alegação de nulidade de julgamento em face do excepto já ter proferido na ação ato decisório quando juiz de primeira instância. Incabimento.

1. A exceção de impedimento de juiz deve ser apresentada antes do julgamento pela Turma.

2. Exceção que não se conhece.”

Inconformado, o Incra interpôs embargos de declaração alegando omissão no aresto que não se manifestou a respeito do cerne da questão. O julgamento restou assim ementado (fl. 52):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão no acórdão. Inocorrência. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

— Os embargos de declaração não se prestam a possibilitar um novo julgamento da causa. O acórdão que deixa de conhecer exceção de impedimento interposta após o julgamento da apelação não é omisso.

— Embargos de declaração rejeitados.”

O recurso especial assevera violação ao art. 134, III, do CPC, sob o argumento de que o excepto proferiu decisão interlocutória no feito, em primeira instância, por isso impedido de atuar no julgamento colegiado, mas o Tribunal **a quo** decidiu não conhecer da exceção de impedimento por considerar que ela deveria ter sido intentada antes do julgamento.

Decidiu com acerto o acórdão recorrido.

Não restam dúvidas quanto à participação do excepto, proferindo ato de jurisdição nos autos da ação de desapropriação no exercício de suas funções como Juiz Federal na 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, conforme abaixo transcrito:

“Converto o depósito em pagamento do preço ofertado para indenização do imóvel.

Intime-se o Cartório de Registro de Imóveis, para averbação do ajuizamento da ação no registro do imóvel expropriado, para conhecimento de terceiros (art. 6º, III, da referida lei).

Imita-se o Incra na posse do imóvel expropriado (art. 6º, parágrafo primeiro, do mesmo Diploma legal).

Expedientes. Urgência. Conclusos, oportunamente.” (Fls. 05, deste e 118 dos autos da ação de desapropriação).

Ademais, o MM. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, à fl. 17 da presente arguição, reconhece a situação de impedimento, nos seguintes termos:

“Não há dúvida de que determinei a conversão do depósito em pagamento do preço ofertado a título de indenização do imóvel; ato contínuo determinei, também, a imissão do Incra na posse do imóvel rural “Terra Nova”, e mandei que se inscrevesse o ajuizamento da ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária no registro de imóvel da Comarca de situação do imóvel.

O conteúdo decisório desses atos é indiscutível; a natureza jurídica deles — decisões interlocutórias —, remanesce à distância de dúvidas, também.

Muito embora a decisão terminativa não tenha sido por mim prolatada, penso estar devidamente caracterizada, a situação de impedimento a que alude o inciso IV do artigo 134 do Código de Processo Civil em vigor.

Por sinal, nada impede que o juiz reconheça, **sponte sua**, tal como faço, a ocorrência da situação de impedimento.”

Entretanto, o recorrente optou por apresentar a exceção de incompetência somente após o julgamento colegiado, quando verificou que o resultado não lhe foi favorável. Assim, o excipiente não cuidou de argüir tempestivamente o impedimento do Desembargador Federal, pelo que se operou a preclusão.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“Anulação de ato jurídico. Alienação de bem por empresa na vigência de liminar obstativa. Inocorrência de contrariedade aos artigos de Lei Federal apontados. Fundamento do v. acórdão por si só suficiente. Suspeição ou impedimento do Desembargador-Relator.

— As exceções de suspeição e impedimento de Desembargador devem ser opostas antes do julgamento pelo Colegiado.

(...)

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 151.768/RN, DJ de 26.04.1999, Relator Ministro Barros Monteiro)

“Medida cautelar. Liminar denegada. **Fumus boni iuris**. Irregularidade na composição da Turma julgadora.

A irregularidade na composição da Câmara deve ser argüida como preliminar de julgamento. Precedentes.

(...)

Agravo improvido.” (AgRg na MC n. 479, DJ de 11.11.1996, Relator Ministro Barros Monteiro)

“Processual Civil. Exceções. Mandado de segurança.

As exceções de impedimento e suspeição de desembargador devem se apresentadas antes do julgamento pelo Colegiado.

(...)”

(RMS n. 2.022-8/RJ, DJ de 18.10.1993, Relator Ministro Cláudio Santos).

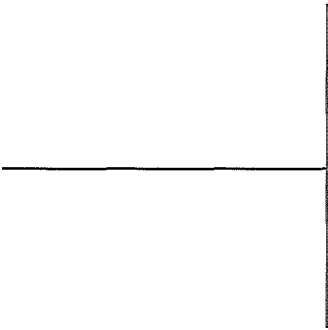
“Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Certidão parcial. Julgamento. Participação de juízes tidos por suspeitos. Pedido de nulidade.

(...)

— Inexistente a alegada nulidade, a um porque não argüida tempestivamente a suspeição ou impedimento dos Magistrados que participaram do julgamento do **mandamus**; a duas porque inaplicáveis ao caso dos autos os arts. 134 e 135 do CPC.

— Recurso improvido.” (RMS n. 821/SP, DJ de 29.04.1991, Relator Ministro Américo Luz)

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.



Jurisprudência da Segunda Seção

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA
N. 41.804 — GO (2004/0037041-2)

Relator: Ministro Castro Filho

Agravante: L. A. de L.

Advogada: Andréa Bueno Magnani

Agravado e Suscitante: R. M. C. R.

Advogados: Fábio Jaber e outros

Suscitados: Juízo de Direito da 2ª Vara de Família Sucessões e Cível de Goiânia — GO e Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Votuporanga — SP

EMENTA

Competência. Conflito positivo. Menor. Domicílio de quem detém a guarda, com regularidade.

I - Consoante o artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a competência para dirimir as questões referentes ao menor é do foro do domicílio dos seus pais ou responsável ou do lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

II - Tendo sido exercida a guarda de fato pela mãe, com a qual a menor convivia desde a época da separação do casal, o foro de seu domicílio é o competente para o julgamento de todas as ações que visem determinar a guarda definitiva.

Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Jorge Scartezini. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuida-se de agravo regimental interposto por Luciano Alves de Lima contra a decisão que proferi às fls. 128/132, assim emendada:

“Competência. Conflito positivo. Menor. Domicílio de quem detém a guarda, com regularidade.

I - Consoante o artigo 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a competência para dirimir as questões referentes ao menor é do foro do domicílio dos seus pais ou responsável ou do lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

II - Tendo sido exercida a guarda de fato pela mãe, com a qual a menor convivia desde a época da separação do casal, o foro de seu domicílio é o competente para o julgamento de todas as ações que visem determinar a guarda definitiva.

Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo da Segunda Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia — GO.”

Sustenta o recorrente que a menor Isadora Costa Alves de Lima já está totalmente integrada à rotina familiar, tendo freqüentado, na companhia da irmã Maria Gabriela, aulas de natação, balé e sapateado, além de estar regularmente matriculada no estabelecimento educacional “Coopevo-Dinâmica”, conforme prontuário escolar e declara es em anexo.

Afirma que, por ocasião de sua chegada à cidade de Votuporanga — SP, a infante apresentava quadro clínico de incontinência urinária, o que segundo declara es de profissionais das áreas médica e psicológica seria ocasionada por fatores emocionais, insegurança e medo, quadro esse cuja responsabilidade imputa   mãe, a qual, segundo alega, não tinha mais interesse em cuidar da filha, haja vista que a própria av  materna teria proposto a o pleiteando o direito de guarda da menor.

Ressalta que a mãe, há tempos, não exercia regularmente a guarda da criança e demonstrava, habitualmente, evidente desídia nos cuidados com a filha, delegando a tarefa   av  materna e, posteriormente, a ele, pai, ora agravante, com quem “esqueceu” a filha menor por aproximadamente quatro meses.

Pede, assim, a reconsidera o da decisão agravada ou que o presente feito seja submetido à aprecia o do órgão competente, deste egrégio Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Versam os autos sobre conflito positivo de competência suscitado por Raquel Martins Costa Ribeiro, em razão de os juízos da Segunda Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia — GO e da 3ª Vara Cível de Votuporanga — SP estarem proferindo decisões contraditórias em relação à guarda da menor Isadora Costa Alves de Lima.

Revelam os autos que a suscitante e Luciano Alves de Lima, ora agravante, durante o período de convivência em comum, tiveram duas filhas. Após a separação do casal, ocorrida em outubro de 2000, o pai e a filha mais velha, Maria Gabriela, que, à época, contava com aproximadamente 04 anos, foram morar em Votuporanga — SP, com a concordância da mãe. Esta permaneceu com a filha caçula, Isadora, de 9 meses, atualmente com 04 anos.

Em novembro de 2003, Isadora foi passar um período na casa paterna, para as festividades de final de ano, ocasião em que o pai, por considerar estar em melhores condições de assumir o encargo de guarda e educação da filha, solicitara a guarda provisória, deferida liminarmente pelo juiz paulista.

Do outro lado, a mãe das menores, tendo em vista a recusa do genitor em devolver a criança no prazo acordado, promoveu a medida cautelar de *busca e apreensão* da menor, deferida pelo magistrado goiano.

Em razão desses fatos, e por entender que o juízo competente para apreciar e julgar todos os processos relativos à discussão estabelecida entre as partes é o de Goiânia — GO, a mãe da menor suscitou o presente conflito de competência.

Conforme me manifestei na decisão agravada, dispõe o artigo 147 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) ser competente para dirimir as questões relativas ao menor o foro do domicílio dos seus pais ou responsáveis, ou, na sua falta, o foro do lugar onde se encontra a criança. Consoante afirmou o eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fagundes, os critérios definidos no inciso I do referido artigo, bem como todo esse diploma legal, são orientados pela prevalência do interesse do menor (fl. 125).

Esta Corte tem decidido que, na impossibilidade de se determinar a competência do juízo, nos casos de disputa de menores, pelo critério do pátrio poder, deve ser privilegiado o domicílio daquele que exerça com regularidade a guarda. No caso em apreço, depreende-se que, até a propositura da ação de guarda pelo pai da menor, esta vivia na companhia da mãe, em Goiânia, não obstante visitar constantemente o pai e a irmã, na cidade de Votuporanga — SP.

Diante desse quadro fático é que, na esteira do parecer ministerial, proferi decisão declarando competente o juízo da 2ª Vara de Família, Sucessões e Cível de

Goiânia — GO, para decidir todos os processos que visem à determinação da guarda legal da menor, porquanto “encontrando-se a infante em tenra idade e, inexistindo fato a justificar qualquer modificação, o bom senso e a prudência recomendam não retirar a criança da guarda regularmente exercida por sua genitora, que sempre cuidara da menor.”

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, **verbis**:

“Competência. Conflito. Menor. Competência do foro do domicílio de quem detenha regularmente a sua guarda. Atenção ao princípio que estabelece a prevalência do interesse do menor sobre qualquer outro bem ou interesse tutelado. I - Consoante o art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência para dirimir as questões referentes ao menor é do foro do domicílio dos seus pais ou responsáveis. II - Estando o menor sob guarda regularmente exercida, a pessoa que o detenha há de ser considerada como seu ‘responsável.’” (CC n. 18.516/PR — Segunda Seção — Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira — j. 29.04.1998 – DJ de 08.06.1998, p. 7 — LEXSTJ 110/031);

“Infância e juventude. Competência. Determina-se a competência pelo domicílio dos pais ou responsável (Estatuto, art. 147, I). Prevalece o foro do domicílio de quem já exerce a guarda do menor, tratando-se de pretensão de alterá-la. Prevalece esse foro ainda que se trate de responsável, e não de guarda exercida pelos pais (pela mãe, que pretende exercê-la). Conflito procedente.” (CC n. 20.765/MS — Segunda Seção — Relator Ministro Nilson Naves — j. 24.06.1998 — DJ de 30.11.1998, p. 42 — LEXSTJ 116/033 — RSTJ 117/311);

“Conflito de competência. A guarda de menor só pode ser alterada pelo MM. Juízo do domicílio do responsável (ECA, art. 147, I). Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo de Direito da Vara de Família, Infância e Juventude de Maricá — RJ.” (CC n. 35.709/RJ, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 09.12.2003).

Destarte, ainda que as informações deduzidas no presente arrazoado sejam verdadeiras, tal juízo deverá ser realizado por ocasião do julgamento do mérito da ação, razão pela qual, por hora, meu voto é no sentido de confirmar a competência do foro da 2ª Vara de Família, Sucessões e Cível de Goiânia — GO, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 41.729 — AM (2004/0030289-6)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Autor: Elinaldo Silva dos Santos

Ré: Sharp do Brasil S/A Indústria de Equipamentos Eletrônicos

Advogado: Wellington de Amorim Alves

Suscitante: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Gabriel de Moraes Gomes e outros

Suscitados: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus — AM e Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Manaus — AM

EMENTA

Conflito positivo de competência. Decisões de juízos diversos em confronto. Não-configuração.

1. Só há conflito positivo de competência quando dois ou mais juízes se considerem competentes para o julgamento duma mesma causa. O confronto de decisões prolatadas por Juízos diversos em causas distintas não configura conflito de competência na forma do art. 115 do CPC. Tal choque deve resolver-se mediante os meios recursais próprios.

2. Conflito não-conhecido.

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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do conflito, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 26 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 07.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A CEF suscita conflito positivo de

competência entre os Juízos de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus — AM e o da 3ª Vara do Trabalho de Manaus — AM.

A suscitante alega que ambos os Juízos suscitados prolataram decisões referentes à conta bancária 317-1 da agência 3990. O Juízo de Direito, na ação de concordata preventiva, determinou o imediato desbloqueio da mencionada conta em favor da Sharp. Ocorre que a mesma conta já estava bloqueada pelo Juízo trabalhista por decisão exarada em reclamação trabalhista movida contra a Sharp.

O Ministério Público, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador da República Washington Bolívar Júnior, opinou pelo não-conhecimento do conflito.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Só há conflito positivo de competência quando dois ou mais juízes se considerem competentes para o julgamento duma mesma causa. O confronto de decisões prolatadas por Juízos diversos em causas distintas não configura conflito de competência na forma do art. 115 do CPC. Tal choque deve resolver-se mediante os meios recursais próprios. Confira-se precedente:

“(…) 1. As decisões foram proferidas em processos distintos, ação de imissão de posse no Juízo Estadual e ação de revisão de financiamento habitacional, com cláusula de FCVS, no Juízo Federal, respeitando-se os limites de competência de cada um dos Tribunais envolvidos, não havendo interferência dos Juízos em matéria afeta à competência de outro Tribunal, tampouco ocorrência de decisões conflitantes. Os Tribunais, portanto, devem processar e julgar os recursos interpostos contra as suas decisões, não restando configurado o conflito.

2. Conflito de competência não conhecido.” (CC n. 34.797/Direito)

Também disse o eminente membro do Ministério Público, **in verbis**:

“Os autos noticiam a coexistência de dois processos que se desenvolvem em órgãos distintos do Poder Judiciário. Enquanto no Juízo cível tramita processo de concordata preventiva requerida pela Sharp S/A, no juízo trabalhista segue em curso reclamação trabalhista proposta por Elinaldo Silva dos Santos contra a Sharp S/A, em fase de execução.

Assim, ambos juízos suscitados são, em tese, competentes para conhecer e julgar as ações propostas, não havendo que se falar em conflito de competência.

A sobreposição de decisões contraditórias deve ser corrigida através de meios processuais idôneos pela Suscitante (...)" (Fls. 42/43)

Não conheço do conflito.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 187.940 — SP (1999/0112311-9)**

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Embargante: Delfim S/A Crédito Imobiliário

Advogados: Elian José Feres Roman e outros

Embargados: Wulf Kalim e cônjuge

Advogados: Francisco de Assis Pereira e outros

EMENTA

Sistema Financeiro de Habitação. Imóveis alienados. Hipoteca pela construtora. Promissário comprador de unidade habitacional. Garantia que não o alcança.

I - O promissário comprador de unidade habitacional pelo SFH somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864/1965. Precedentes.

II - Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência, mas os rejeitar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Castro Filho.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ de 29.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Delfim S/A Crédito Imobiliário opôs embargos de divergência a acórdão proferido pela egrégia Quarta Turma, assim ementado:

“Sistema Financeiro da Habitação. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro.

— Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora.

— O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

Recurso conhecido e provido.” (Fl. 759)

Citou como paradigma aresto da Terceira Turma, que traz a seguinte ementa:

“Agravo de instrumento — Agravo regimental — Contrato de mútuo e hipoteca — Compromisso de compra e venda. Embargos de terceiros.

I - Se a credora hipotecária não participou da avença, nem liberou os agravantes do vínculo hipotecário, sendo este real e não pessoal, qualquer negócio entre a incorporadora e os promitentes compradores é inoponível à ora agravada e exequente que, titular do direito de seqüela, pode exercer o seu direito de excutir o bem objeto da hipoteca para pagamento do seu crédito.

II - O contrato de mútuo e hipoteca previa a transferência do referido débito hipotecário proporcionalmente aos adquirentes das unidades imobiliárias bem como a responsabilidade da construtora pela liquidação do débito. Sendo esta disposição, tinham conhecimento do risco do negócio.

III - Agravo regimental improvido.” (Fl. 792)

Os embargos foram admitidos “para discussão” pelo eminente Ministro Nilson Naves (fl. 825).

Impugnados, foram os autos remetidos ao Ministério Público Federal e, dado o lapso de tempo transcorrido, requisitados pelo Presidente desta Corte (fl. 864), retornando sem parecer.

Várias petições foram atravessadas pelos embargados pedindo a improcedência dos embargos, expedição de carta de sentença e a declaração de preempção da hipoteca com fundamento no art. 238 da Lei n. 6.015/1973, c.c. o art. 817 do Código Civil anterior (art. 1.485 do atual), tendo em vista já ter decorrido o prazo de 30 anos, desde a data do contrato de hipoteca, sem renovação na forma da lei.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Preliminarmente, afasto a alegação de inadmissibilidade dos embargos de divergência por ter sido o aresto paradigma proferido em agravo regimental.

A matéria já foi decidida pela Corte Especial deste Tribunal no sentido de ser cabível o referido apelo contra acórdão proferido em agravo regimental quando decidida a questão de fundo da súplica.

Veja-se a ementa desse julgado:

“Embargos de divergência contra acórdão em agravo regimental em recurso especial. Cabimento.

Depois da modificação sofrida no artigo 557 do Código de Processo Civil, em que se permitiu ao Relator decidir monocraticamente o recurso especial, é de se dar temperamento ao Verbete n. 599/STF. Tendo sido julgado o recurso especial por decisão isolada do Relator e, dessa decisão, havido agravo regimental, esse acórdão é suscetível de ser atacado via embargos de divergência.

Agravo provido, por maioria de votos, a fim de que, superada a preliminar, o Relator dos embargos prossiga no exame de sua admissibilidade.” (AEREsp n. 172.821/SP, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 18.08.2001, DJ de 17.03.2003)

No mérito, cuida-se de embargos de terceiros opostos por Wulf Falim e cônjuge contra penhora do apartamento 42, no Edifício Ouroverde, Alameda Tietê, 588, São Paulo — SP, nos autos da ação de execução movida pela Delfim S/A Crédito Imobiliário, ora embargante, contra a Unimov — Empreendimentos e Construções

S/A, por força de inadimplemento do Contrato de mútuo em dinheiro com Pacto Adieto de Hipoteca.

Entendeu o acórdão embargado que o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda fica limitada a receber de terceiros adquirentes apenas o pagamento das suas prestações, não assumindo os compradores de sua casa própria a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria e a da construtora do prédio.

O aresto citado como paradigma entende que se a credora hipotecária não participou da avença, qualquer negócio entre a incorporadora e os promitentes compradores, pode ela exercer o seu direito de executar o bem objeto da hipoteca para pagamento do seu crédito.

Conheço, pois, dos embargos, ante a divergência ocorrida.

Conforme se verifica dos autos, os ora embargados não firmaram o contrato que instruiu a hipoteca em execução. Não podem, pois, responder com o seu imóvel residencial pela dívida assumida pela construtora. A garantia hipotecária por ela concedida para a construção de imóveis não atinge o terceiro adquirente.

Com razão o eminente Relator do recurso especial, que deu origem aos presentes embargos, ao assim afirmar:

“A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre ‘os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado’ (art. 22 da Lei n. 4.864/1965), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.” (Fl. 744)

Esse entendimento não é isolado. A mesma Turma, acolhendo o voto proferido pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, decidiu:

“(…)

O promissário comprador de unidade habitacional pelo SFH somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864/1965.

(...)”

No voto condutor do acórdão citado, assim afirmou o ilustre Relator:

“Com efeito, a assim não se entender, haveria, fatalmente, para a adquirente, um **bis in idem**, já que pagou a totalidade do débito alusivo à unidade autônoma e rateio proporcional das partes comuns perante a construtora, inclusive o fazendo em juízo, e teria de novamente fazê-lo, no todo ou parcialmente, para honrar a dívida da empresa inadimplente perante a instituição financiadora.

Ressalte-se que embora cientificada, no contrato de promessa de compra e venda, sobre a existência da hipoteca, a sua relação jurídica, indubitavelmente, se fez com a construtora. Esta, sim, é que celebrou contrato, estabeleceu relação direta, a seu turno, com o financiador, em relação ao empréstimo obtido, de modo que caberia à associação credora exercer fiscalização adequada para obter, no curso da obra ou durante a tramitação da ação consignatória, no caso da embargante, o recebimento das parcelas do seu crédito, à medida em que elas vinham sendo pagas paulatinamente pelos múltiplos adquirentes das unidades habitacionais. Não o fez, todavia, daí a sua omissão, negligência que não pode nem deve ser suportada por quem não lhe deu causa.”

A egrégia Terceira Turma, mais recentemente, já teve oportunidade de apreciar o cabimento dos embargos de terceiro em caso como o destes autos. O acórdão desse julgado restou assim ementado:

“Processo Civil e direito imobiliário. Recurso especial. Ação de embargos de terceiro à execução. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas). Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Posterior celebração de compromisso de compra e venda com terceiros adquirentes. Ciência, pelos adquirentes, da hipoteca previamente constituída. Cabimento dos embargos de terceiro. Boa-fé.

— Não age de má-fé aquele que adquire em compromisso de compra e venda imóvel que sabe estar hipotecado em nome de outrem, porquanto a constituição de hipoteca não impede, por si só, o pacto de compra e venda do imóvel.

— Adquirido o bem hipotecado de quem efetivamente era proprietário, com o regular pagamento do preço, poderá o comprador opor embargos de terceiro.

— Confunde-se com o próprio mérito dos embargos de terceiro (e portanto não afasta o seu cabimento) a questão relativa à validade e/ou eficácia — perante o promissário-comprador — da hipoteca anteriormente constituída pela construtora em favor do agente financeiro.

Recurso especial a que se dá provimento.” (REsp n. 462.469/PR, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ de 26.04.2004)

No citado acórdão, não se chegou a examinar a questão relativa à validade ou eficácia perante o agente financiador da hipoteca constituída pela construtora, por não ter sido, ainda, objeto de análise pelas instâncias ordinárias. Contudo, ali se entendeu que não age de má-fé aquele que adquire, do real proprietário, imóvel hipotecado, uma vez que “a constituição de hipoteca não impede, por si, a venda do imóvel.”

Inobstante a falta de análise da matéria ora cuidada, verifica-se que, **in casu**, a boa-fé dos adquirentes for reconhecida pelas instâncias ordinárias. Na sentença ficou assentado:

“Ora, não se pode impingir aos adquirentes a responsabilidade por débito da construtora quando o agente financiador concorreu indiretamente com a sua ocorrência, em conseqüência de sua má administração, que resultou inclusive em sua liquidação, amplamente noticiada no País.” (Fls. 411/412)

No acórdão proferido na apelação afirmou o ilustre Relator:

“Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houveram com culpa, sendo que o mesmo não se pode afirmar em relação à embargada.” (Fl. 511)

No caso dos autos, os ora embargados celebraram contrato tipicamente de adesão, apenas aceitando as cláusulas ali dispostas. Pagaram as prestações de sua casa própria, enquanto a construtora-mutuária deixava de cumprir o contrato firmado com a ora embargante, que se quedou inerte, como salientado pelo aresto embargado, até que o débito lhe permitisse a constrição sobre as unidades autônomas hipotecadas.

Os Professores **Miguel Reale**, **Miguel Reale Júnior** e **Pedro Alberto do Amaral Dutra** assim descrevem a relação negocial do construtor, agente financeiro e do adquirente de imóveis:

“A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais é transitória — e assim sua presença no circuito negocial do SFH — porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o crédito resultante da venda das unidades habitacionais, para cuja compra irão os adquirentes finais buscar financiamento junto ao mesmo agente financeiro.”

“Os adquirentes finais tomam empréstimo junto às sociedades de crédito imobiliário — que vencerá correção monetária e juros — para compra a prazo dos imóveis do construtor e este cede o crédito destas alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo que com ela contraíra.” (In “A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança — alguns aspectos jurídicos”, p. 13, 1994).

Não há, em casos como o dos autos, a liberdade de contratar, como salientou o Juízo de 1ª grau, uma vez que os contratos para aquisição da casa própria pelo SFH é feito através de cláusulas preestabelecidas.

Competia ao ora embargante acautelar-se e tomar as medidas cabíveis quando a construtora deixou de adimplir com as obrigações que lhe cabia. Saliente-se que os ora embargados sequer tomaram conhecimento da inadimplência, uma vez que não foram sequer notificados. Com razão, ainda, o eminente Relator do aresto vergastado, ao assim afirmar:

“... O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa,

colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel — que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, — uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.” (Fls. 745/746)

Pelas razões aqui expostas em conclusão, conheço dos embargos de divergência, mas os rejeito.

Jurisprudência da Terceira Turma



RECURSO ESPECIAL N. 55.653 — MG (1994/0031547-3)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF
Advogados: João Menezes Sobrinho e outros
Recorridos: Tarcísio da Costa Sampaio e outros
Advogado: Luiz Carlos Pajuaba
Recorridos: Hélio Scanoni Caldas e cônjuge
Advogado: Fernando Paulo de Lima

EMENTA

Civil e Processual Civil. Contrato de compra e venda de imóvel entre particulares. Mútuo hipotecário. CEF. Ação redibitória. Honorários advocatícios. Juros previstos no contrato hipotecário.

I - Não pode a CEF receber honorários advocatícios, uma vez que vencida em todas as suas pretensões.

II - Julgada procedente a ação redibitória ficou restabelecido o **status quo ante**, pelo que incabível a cobrança de juros como pactuado no contrato. Além disso, com o desfazimento do negócio ante a rejeição do imóvel não se justificaria a CEF receber dos vendedores, o que foi acordado com os autores compradores.

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 Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: O extinto Tribunal Federal de Recursos,

por sua Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação cível interposta pela Caixa Econômica Federal em acórdão assim ementado:

“Compra e venda de imóvel com mútuo hipotecário — Redibição do contrato — Vício oculto do imóvel.

— Vício oculto do imóvel objeto do contrato de compra e venda que acabou por afetá-lo de modo sensível, de tal sorte que se conhecido o negócio não se teria realizado.

— Apelação improvida.” (Fl. 294)

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (fls. 300/303).

Interpôs a CEF recurso extraordinário, com arguição de relevância de questão federal, alegando negativa de vigência ao disposto nos arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 535 do CPC.

Sustenta a recorrente que o aresto recorrido deixou de se pronunciar sobre o pagamento de juros contratuais e honorários advocatícios. Ao manter em valor menor o percentual dos juros ajustado contratualmente (10% ao ano) e, ainda, a partir da citação, colocou-a em grande prejuízo, posto que é ela simples agente do Sistema Financeiro Federal a quem tem que prestar contas, não sendo correto responsabilizá-lo por fato de terceiro.

Deferido o processamento do apelo (fl. 317), foi a arguição de relevância julgada prejudicada com a instalação desta Superior Corte de Justiça (fl. 320).

Remetidos os autos ao TRF da 1ª Região, o recurso especial foi inadmitido, subindo a este Tribunal por força de provimento a agravo de instrumento (fl. 327).

Manifestou-se a douta Subprocuradoria Geral da República pelo desprovimento do apelo.

O eminente Ministro Castro Meira, para quem os autos foram atribuídos, determinou a redistribuição do feito por se tratar de contratos regidos pelo SFH, sem o comprometimento do Fundo de Compensação de Variação Salarial.

Foram eles a mim redistribuídos e conclusos em 22 de abril do corrente ano. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Hélio Scanoni Caldas e cônjuge ajuizaram ação ordinária contra Tarcísio Costa Sampaio e Odontes de Araújo Cunha e respectivas esposas, e a Caixa Econômica Federal, objetivando rejeitar o imóvel residencial adquirido através de contrato de compra e venda, tendo em vista vícios redibitórios, restituindo-o aos vendedores.

A sentença, da lavra do então Juiz Federal Adhemar Ferreira Maciel, julgou procedente a ação, condenando os réus (pessoas naturais) a receberem o imóvel enfeitado, devolvendo o preço efetivamente pago, bem como a arcarem com o prejuízo suportado pelos compradores, corrigido monetariamente. Assim concluiu a sentença:

“Os Réus deverão devolver as quantias recebidas aos Autores e à CEF, como pedido, monetariamente corrigidas desde o recebimento, bem como indenizar os Cr\$... 37.958,32, também monetariamente corrigidos, a partir de 21.11.1979 (data do laudo avaliatório). Condeno-os na honorária do perito, ora estabelecida em Cr\$ 600.000,00 (Cr\$... 238.690,00, que correspondem à quantia antecipada, deverão ser devolvidos aos Autores). A verba de patrocínio, fixada à base de 10% (dez por cento), deverá incidir sobre o **quantum** afinal apurado, por cálculo. Juros de mora, a contar da citação.”

Entende a recorrente que, não tendo qualquer culpa no tocante aos defeitos constatados no imóvel, assiste-lhe o direito de receber o seu crédito tal como previsto no contrato de compra e venda. Assim, afirma, os juros devem ser fixados em 10% ao ano, sendo-lhe devida a multa contratual de 10%, eis que não chegou a receber qualquer prestação.

Não me parece correta tal pretensão. O acórdão recorrido negou provimento ao seu apelo, salientando:

“... Na verdade, em primeiro lugar, como sinalado pelo digno juiz sentenciante, a CEF em sua resposta não argüiu ilegitimidade passiva **ad causam**, só vindo a fazê-lo após despertada pela fala da União. Nas suas razões de recurso, não voltou ao tema, subsistindo assim a asseveração do decreto sentencial de que ‘mesmo não figurasse como ‘ré’, seria ela litisconsorte necessário’, e a sentença, de qualquer sorte haveria de afetá-la. Em segundo, desfeito o negócio com a entrega do imóvel enfeitado e devolução do preço efetivamente pago, nos termos previstos no **decisum**, restabelece-se à evidência o **status quo ante**, objetivo da ação redibitória proposta.” (Fl. 291)

O que se verifica é que a CEF esteve sempre na posição de ré, sucumbindo em todos os seus objetivos. Com razão a douta Subprocuradoria Geral da República, ao afirmar, **verbis**:

“... Tendo sucumbido em todas as suas pretensões, vem, através do presente recurso com uma hipótese que, de tão esdrúxula, chega a ser interessante, qual seja, receber de alguém o que pactuou com outrem.

Com efeito, com clareza verifica-se que a CEF, **in casu**, não deveria integrar a lide como ré, e sim como litisconsorte necessário. Não obstante dita

clareza deixou a CEF transcorrer o processo na condição de ré. E, como tal, sucumbiu. Não pode vir agora receber dos alienantes da forma que pactuou com os compradores. Realmente nestes autos, encontra-se a CEF penalizada, sendo este o ônus que deve suportar pelo engano cometido.”

Portanto, sem razão a recorrente de haver honorários advocatícios, uma vez que vencida em suas pretensões. E quanto à cobrança do que impresso no contrato de mútuo, foi este celebrado entre a CEF e os autores. Com o desfazimento do negócio ante a rejeição do imóvel, não se justificaria receber dos vendedores o que acertado com os autores-compradores. Julgada procedente a ação redibitória, como salientado no aresto recorrido, restabeleceu-se o **status quo ante**.

Em tal contrato, não há divisar qualquer ofensa aos textos legais colacionados, razão pela qual não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 222.611 — SP (1999/0061627-8)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Recorrente: Citibank Crédito Financiamento e Investimento S/A

Advogados: Hiroko Hashimoto Viana e outros

Recorrida: Terezinha Felix Soldera

Advogados: Ailton Ferreira e outro

Curador: Valdir Soldera

EMENTA

Direito Processual Civil. Pleito de anulação do processo, após prolação da sentença da qual não foi intimada a parte. Pedido de devolução de prazo deferido. Apelação na qual se discute a nulidade de atos processuais anteriores à sentença.

I - Com a prolação da sentença, o juiz cumpre e encerra o ofício jurisdicional. Eventual alegação de nulidade do processo, depois disso, deve ser formulada em recurso apropriado.

II - A alegação de que a produção de determinadas provas não seria vantajosa para a outra parte não enseja recurso especial, consoante disposição da Súmula n. 07 desta Corte.

III - Os embargos de declaração, ainda que opostos com fins de prequestionamento, devem se enquadrar nas hipóteses do art. 535 do Código de Processo Civil.

IV - 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 Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial interposto por Citibank Crédito Financiamento e Investimento S/A contra Terezinha Felix Soldera.

Consta dos autos que a recorrida ajuizou ação anulatória de negócio jurídico e ação cautelar incidental. Ambas lhe foram julgadas desfavoravelmente e ela interpôs apelação, na qual demonstrou nulidade da sentença.

O apelo foi provido, mediante acórdão assim ementado:

“Prova — Alegação de que a autora era absolutamente incapaz quando da outorga da escritura — Circunstância de não haver sido interdita que não impede a comprovação do defeito do negócio jurídico — Interdição que não é a determinante da insanidade mental, e sim sua consequência — Necessidade da aferição, à época da celebração da escritura, de seu real estado mental — Pertinência e conveniência da dilação probatória reconhecidas — Anulação da sentença decretada para que outra seja proferida, após regular instrução — Recurso provido para esse fim” (fl. 323).

O recorrente opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo aresto de fls. 334/336.

No especial, alega violação dos arts. 245, 250, parágrafo único, e 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Argumenta que, de acordo com aquele primeiro dispositivo, a nulidade deve ser alegada pela parte na primeira oportunidade que tiver de fazê-lo. No caso, segundo ele, a recorrida manifestou-se em 09.02.1996, mas, em vez de requerer a anulação do feito a partir de 16.05.1995, apenas pediu a republicação da sentença, por não ter sido desta intimada.

Além disso, ainda segundo o recorrente, as provas que a recorrida alegou pretender produzir depois de anulado o processo são inúteis. Elas não justificam a declaração de eventual nulidade que não lhe causou nenhum prejuízo.

Quanto ao art. 535 do CPC, o recorrente aduz que o Tribunal **a quo** deixou de sanar omissão, contradição e obscuridade apontadas nos embargos de declaração. Observa que “é perfeitamente legal o objetivo de prequestionamento para fim de posterior interposição de recurso especial ou extraordinário” (fl. 345).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que outro acórdão seja proferido nos embargos de declaração (fls. 362/364).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Não prospera o recurso especial, porquanto manifestamente improcedentes as alegações nele formuladas.

Diz o recorrente que a parte deve alegar a nulidade na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos.

A alegação é correta. Não é verdade, porém, que a recorrida não tenha procedido assim no caso dos autos. É certo que, às fls. 217/218, pediu apenas a devolução do prazo para recorrer da sentença, pois dela não havia sido intimada regularmente. Na oportunidade, não se manifestou sobre outros aspectos do processo.

Ocorre que ela agiu dessa forma justamente para que pudesse oferecer apelação e, nas razões desta, expor fundamentadamente os motivos pelos quais o processo, no seu entender, deveria ser anulado desde 16.05.1995. Não lhe era dado, antes de interposta a apelação, pedir a anulação do processo, porquanto a sentença já havia sido proferida (ainda que, no seu entender, em processo nulo).

E, com a prolação da sentença, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional (CPC, art. 463, **caput**). Não poderia, pois, alterá-la, salvo para corrigir erro material ou em caso de acolher embargos de declaração, os quais, em princípio, não possuem efeitos infringentes e não se prestam para a anulação do julgado.

Eventual alegação de nulidade do feito e de falta de oportunidade de se produzirem provas, portanto, haveria de ser feita ao Tribunal **ad quem**, mediante recurso (no caso, a apelação).

Logo, não há que se falar em contrariedade ao art. 245 do CPC.

Nesse passo, verifica-se que não há como acolher a alegação de violação do art. 250, parágrafo único, do CPC. Preceitua este dispositivo que serão aproveitados os atos praticados, ainda que em erro de forma, desde que não resulte prejuízo à defesa.

É esse prejuízo que o recorrente afirma inexistente. Não vinga, todavia, o entendimento. Como visto, a recorrida pugnou pela nulidade do feito, entre outras razões, porque não tivera oportunidade de produzir provas acerca do vício de vontade a macular o negócio jurídico.

Não se pode dizer, portanto, que não houve prejuízo. Este é manifesto, na medida em que a recorrida não pôde exercer seu direito de defesa. Neste passo, convém transcrever trecho do acórdão recorrido que dilucida a questão:

“Respeitado o convencimento do digno magistrado sentenciante quanto à possibilidade de julgamento antecipado da presente lide, dele se diverge.

O insano não o é porque interdito. Pelo contrário, é a insanidade mental, impossibilitando o pleno discernimento, que determina a interdição.

No caso presente, considerando-se esse segundo fundamento do pleito anulatório (em verdade, nesse ponto, declaratório de nulidade absoluta), não havia como afastar a necessidade, pertinência e conveniência da dilação probatória, possibilitando-se à autora a demonstração de que, à época da celebração da escritura, seu estado mental a impossibilitava de ter plena consciência das conseqüências de seu ato e que tal situação fosse ao menos notória.

Por outro lado, justificou-se suficientemente, nas razões da apelação, a circunstância de não haver sido atendida, pela autora, a determinação do MM. Juiz, de especificação de provas.

O recurso será, então, provido, anulando-se a sentença, para que outra seja proferida após regular instrução” (fl. 324).

Evidenciado o prejuízo, não há que se falar em violação do art. 250, parágrafo único, do CPC.

Ademais, a alegação de que a produção de determinadas provas não seria vantajosa para a outra parte não enseja recurso especial. Aplica-se, no particular, a Súmula n. 07 desta Corte.

No que se refere ao art. 535 do CPC, também não assiste razão ao recorrente.

Não se verifica no acórdão embargado, nem no que foi proferido nos embargos, nenhuma omissão, contradição ou obscuridade. As questões suscitadas nos embargos (fls. 327/331) foram as mesmas agitadas no recurso especial, sendo certo que aqueles não têm efeitos infringentes e, via de regra, não se prestam à revisão da justiça do julgado, a qual deve ser buscada em recurso apropriado.

Ressalte-se, ademais, que, mesmo quando opostos com fins de prequestionamento, os embargos de declaração devem se ajustar às hipóteses previstas no art. 535 do CPC. Inexistentes os vícios neste previstos, a rejeição era medida que se impunha.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 258.208 — DF (2000/0043890-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Jornal do Brasil S/A

Advogados: Antônio Carlos Dantas Ribeiro e outros

Recorrido: Leopoldo D'Astous

Advogados: Simão Guimarães de Sousa e outros

Interessada: Márcia Ferreira Miranda

EMENTA

Processual Civil. Ação de indenização. Dano moral. Publicação de entrevista. Juntada parcial de exemplar do jornal com a matéria ofensiva. Artigo 57 da Lei de Imprensa. Legitimidade passiva da entrevistada e da empresa que veiculou a notícia.

— Se a inicial foi instruída com a parte do jornal (ou revista) em que se publicou a aleivosia, dispensa-se a juntada integral do periódico. Este, o alcance dos artigos 57 da Lei de Imprensa e 283 do CPC.

— “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (Súmula n. 221).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O recurso especial dirige-se a acórdão resumido nesta ementa:

“Civil e Processual Civil — Ação de indenização por dano moral — Lei de Imprensa — *Preliminares*: decadência — Ausência do exemplar completo do periódico veiculador da notícia — Artigo 57 da Lei de Imprensa — Legitimidade passiva **ad causam** da empresa jornalística — Rejeitadas — *Mérito*: caracterização do dano moral — Procedência da ação.

I - Preliminar:

— Desde que proposta a ação de reparação de danos no prazo legal, como assegurado pela Lei de Imprensa, não há por que prosperar a hipótese de decadência.

— Ostenta legitimidade passiva **ad causam**, para estar em Juízo, a empresa jornalística e não o autor da entrevista, de modo a responder pelos danos eventualmente causados pela veiculação da matéria, sem, contudo, prejuízo da via de regresso, mediante efetiva comprovação da existência e autenticidade da entrevista, tendo concordado o entrevistado com a publicação do texto.

— Considera-se suprida a exigência contida no artigo 57 da Lei de Imprensa, concernentemente ao ônus atribuído ao autor de instruir a inicial com exemplar do jornal em que tiver sido publicado o escrito ou notícia, desde que, dos respectivos originais, constem as necessárias informações, claras e suficientes, sobretudo quando à sua identificação, autenticidade, data, local e inteiro teor da matéria objeto de divulgação.

II - Mérito:

— Caracterizado o evento, o nexo causal e o dano à moral do requerente, o procedimento da empresa jornalística, quando a diretriz de ordem constitucional asseguradora do direito à imagem, à honra e à intimidade da pessoa humana, a traduzir, assim, na divulgação de matéria desprovida de suporte fático, com ausência de elementos de prova suficientes, mostra-se cabível a reparação em face dos danos sofridos, ou seja: pela ofensa experimentada pelo ofendido — caso em que responde a empresa jornalística pela reparação do dano”, fls. 221/222.

Daí o recurso especial, fincado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, pretendendo a extinção do processo sem julgamento do mérito, por violação ao artigo 57 da Lei de Imprensa; ou exclusão da recorrente do pólo passivo da demanda, para que a ação prossiga exclusivamente em relação à autora da entrevista (segunda ré); ou, ainda, que a segunda ré responda conjuntamente com a recorrente pela indenização imposta.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recurso especial foi interposto em ação de indenização por dano moral, movida contra a empresa jornalística, por autor atacado em matéria divulgada em jornal a ela pertencente.

O apelo suscita duas questões a saber:

— a primeira refere-se à preliminar de extinção do processo, sem julgamento do mérito, por violação ao artigo 57 da Lei de Imprensa, por ausência da juntada, pelo Autor, da íntegra do jornal em que foi veiculada a notícia ofensiva;

— a segunda, envolve a legitimidade passiva da entrevistadora e a ilegitimidade da recorrente. A recorrente sustenta que a entrevista concedida pela segunda ré é que atingiu a honra do autor, e que, entretanto, teve sua ilegitimidade passiva declarada pela sentença e confirmada no acórdão recorrido, em interpretação diametralmente oposta ao que vem decidindo o STJ. Por fim, conclui, a empresa ré pode e deve ser excluída do pólo passivo da lide, mantendo-se apenas “a segunda ré, que, eventualmente, responderá por fatos que o Juízo porventura considere lesivos à honra do autor” ou, “quando muito, poder-se-ia considerar que ambas as rés poderiam figurar no pólo passivo para responder conjuntamente pela condenação”.

Com relação à afirmação de que o aresto recorrido teria maltratado o artigo 57 da Lei de Imprensa, este Tribunal vem entendendo não ser absolutamente necessária a juntada da íntegra do jornal que veiculou a notícia. Bastando, para tanto,

que “a documentação que instrui o feito revele a parte essencial, com informações suficiente à caracterização da lesão e a sua dimensão” (REsp n. 262.560/Passarinho, DJ de 19.02.2001).

No caso, em exame, o autor juntou, no original, as páginas do Jornal do Brasil, do dia 12.09.1993 (fl. 09), contendo a notícia que originou o pedido de indenização; bem como transcreveu e destacou na inicial, os trechos respectivos. Satisfaz, assim, os requisitos instrumentais suficientes à compreensão da fundamentação e do objeto de pedir da causa.

Melhor sorte, contudo, assiste a recorrente, na parcela do recurso em que sustenta a legitimidade passiva da segunda ré (a entrevistada). O tema está superado no Superior Tribunal de Justiça que consagrou no Verbete n. 221 da sua súmula, o seguinte entendimento:

“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Neste sentido a jurisprudência da Casa. Confirmam-se:

“Civil e Processual. Ação de indenização. Dano moral. Publicação em jornal de entrevista considerada ofensiva a membros de comissão de licitação. Demanda movida contra o entrevistado. Legitimidade passiva **ad causam**. Denúnciação à lide da empresa titular do veículo de comunicação e do repórter responsável pela notícia. CPC, art. 70. Lei de imprensa, art. 49, § 2º. Súmula n. 221/STJ.

I - Se a ofensa à moral dos autores decorreu de notícia divulgada em jornal a respeito de fraude em licitação pública internacional, originada de declarações dadas à reportagem por representante de empresa vencida na concorrência, tem-se configurada a responsabilidade prevista no art. 49, parágrafo 2º, da Lei n. 5.250/1967, cabendo a denúnciação à lide da repórter que produziu a matéria e a pessoa jurídica titular do diário que a publicou.

II - Manutenção, todavia, no pólo passivo, do entrevistado, que forneceu as declarações ofensivas que embasaram a matéria lesiva.

III - Recurso especial conhecido e provido em parte.” (REsp n. 261.812/Aldir Passarinho Junior, DJ de 11.12.2000); e

“Danos morais. Lei de imprensa. Direito comum. Legitimidade passiva.

Existindo lei específica, regulando a responsabilidade civil, em caso de violação de direito, no exercício da liberdade de expressão, essa haverá de ser aplicada e não a norma genérica do artigo 159 do Código Civil.

Possibilidade de o ofendido obter reparação de quem fez as declarações ao jornal ou concedeu a entrevista, não estando adstrito a buscá-la exclusivamente junto a quem as divulgou. Súmula n. 221. (REsp n. 172.100/Eduardo Ribeiro, DJ de 16.10.2000)

Dou provimento ao recurso, para reintegrar à lide a segunda ré (a entrevistadora) em litisconsórcio com a Recorrente, pela condenação imposta no acórdão recorrido. Desconstituo o acórdão recorrido.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Leopoldo D’Astous ajuizou ação de indenização por dano moral, decorrente da publicação de matéria ofensiva, contra Jornal do Brasil S/A, ora recorrente.

A sentença deu provimento ao pedido. O TJDFR negou provimento à apelação interposta, mantendo a sentença, na íntegra. Eis a ementa do acórdão:

“Civil e Processual Civil — Ação de indenização por dano moral — Lei de Imprensa — *Preliminares*: decadência — Ausência do exemplar completo do periódico veiculador da notícia — Artigo 57 da Lei de Imprensa — Legitimidade passiva **ad causam** da empresa jornalística — Rejeitadas — *Mérito*: caracterização do dano moral — Procedência da ação.

I - Preliminar:

— Desde que proposta a ação de reparação de danos no prazo legal, como assegurado pela Lei de Imprensa, não há porque prosperar a hipótese de decadência.

— Ostenta legitimidade passiva **ad causam**, para estar em Juízo, a empresa jornalística e não o autor da entrevista, de modo a responder pelos danos eventualmente causados pela veiculação da matéria, sem, contudo, prejuízo da via de regresso, mediante efetiva comprovação da existência e autenticidade da entrevista, tendo concordado o entrevistado com a publicação do texto.

— Considera-se suprida a exigência contida no artigo 57 da Lei de Imprensa, concernentemente ao ônus atribuído ao autor de instruir a inicial com exemplar do jornal em que tiver sido publicado o escrito ou notícia, desde que, dos respectivos originais, constem as necessárias informações, claras e suficientes, sobretudo quanto à sua identificação, autenticidade, data, local, e inteiro teor da matéria objeto de divulgação.

II - Mérito:

— Caracterizado o evento, o nexa causal e o dano à moral do requerente, o procedimento da empresa jornalística, quando a diretriz de ordem constitucional asseguradora do direito à imagem, à honra e à intimidade da pessoa humana, a traduzir, assim, na divulgação de matéria desprovida de suporte fático, com ausência de elementos de prova suficientes, mostra-se cabível a reparação em face dos danos sofridos, ou seja: pela ofensa experimentada pelo ofendido — caso em que responde a empresa jornalística pela reparação do dano.” (Fls. 221/222)

Contra essa decisão, foi interposto recurso especial, ora em exame, no qual o recorrente sustenta violação aos arts. 49, § 2º, e 57 da Lei de Imprensa. Pretende a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em razão de o autor não ter instruído o processo com a integralidade do periódico que contém a publicação ofensiva; ou a sua exclusão do pólo passivo da ação; ou, ainda, que a entrevistadora responda conjuntamente pela indenização imposta.

O Relator, ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros, proferiu voto pelo provimento do recurso, desconstituindo o acórdão recorrido, para reintegrar à lide a segunda ré, com o escopo de que esta responda conjuntamente com o recorrente pelo dano moral apurado.

Repisados os fatos, decide-se.

Conforme apontada pelo eminente Relator, a alegada ofensa ao artigo 57 não merece trânsito, porquanto a orientação da jurisprudência deste STJ se inclina no sentido oposto à pretensão do recorrente, ou seja, não é imprescindível a juntada do jornal completo, mas tão-somente a parte concernente à notícia ofensiva, suficiente à caracterização do dano na sua real extensão.

Por outro lado, este Tribunal tem entendido que “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”, posição hoje sumulada no Enunciado n. 221/STJ, cristalizando a evolução jurisprudencial traduzida pelos seguintes precedentes: REsp n. 61.922, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; REsp n. 57.033, Relator Ministro Eduardo Ribeiro; REsp n. 158.717 e EREsp 154.837, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

Pretende-se, com isso, atrair a responsabilização daquele que, diretamente, compôs a ofensa: o autor da matéria ofensiva. Identificado o autor, é facultado ao ofendido litigar diretamente contra ele, na busca de reparação ao dano. A este respeito, registre-se:

“Sendo direito fundamental assegurado, com foro de regra intangível até para o legislador constituinte derivado, uma vez malferida a honra pode o

atingido investir, se identificado o autor, contra este diretamente, sem prejuízo de responsabilizar o veículo que, por negligência, deu curso à ofensa, falhando no seu dever de avaliar o que publica”. REsp n. 61.922, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

A responsabilidade deriva, portanto, do nexó de causalidade existente entre a conduta ilícita que praticou e o dano provocado.

No processo em análise, verifica-se que a ação foi proposta contra o veículo de informação, mas também contra a entrevistadora. Assim, propositada a premissa do ora recorrente na intenção de incluir na relação processual também a entrevistadora, que assina a matéria publicada no periódico.

Isto posto, presentes as circunstâncias que justificam a responsabilização direta da autora do escrito, consubstanciada na participação direta na confecção da matéria jornalística, deve ela responder pessoalmente pelos danos causados à vítima.

Forte nestas razões, acompanho o ilustre Ministro-Relator no provimento do recurso, a fim de reintegrar a segunda ré à lide, para que, em conjunto com o recorrente, responda pelos danos causados.

RECURSO ESPECIAL N. 311.370 — SP (2001/0031580-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Viação Poá Ltda

Advogados: Clóvis Beznos e outro

Recorrido: Bamerindus — Companhia de Seguros

Advogados: Jorge Milton Teixeira Agostinho e outros

EMENTA

Processo Civil - Ônus da prova — Art. 333, I e II, do CPC — Prova emprestada — Conceito doutrinário e jurisprudencial — Inquérito policial e boletim de ocorrência — Validade como meio de prova.

1. A sistemática do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro (CPC; art. 333, I e II) guia-se pelo interesse. Regula-se pela máxima: “o ônus da prova incumbe a quem dela terá proveito”.

2. No conceito construído pela doutrina e jurisprudência prova emprestada é somente aquela trasladada e oriunda de outro processo judicial.

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho 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), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Viação Poá Ltda ajuizou ação de cobrança contra Bamerindus — Companhia de Seguros. Buscava o recebimento de valores referentes à indenização pactuada num contrato de seguro, que não foi paga por alegação de descumprimento de cláusula contratual (fls. 30/31).

Em contestação, a ré suscitou preliminares. No mérito, juntou documentos (boletim de ocorrência; relatório de investigação da seguradora; declarações e inquérito policial) no intuito de provar que cláusula do contrato fora descumprida.

Em réplica, a ora recorrente atacou as preliminares e impugnou os documentos juntados. Sustentou também a aplicação do CDC, para nulidade da cláusula, alegando que se tratava de contrato de adesão.

A cláusula em questão exigia que valores fossem transportados “em viatura com no mínimo de dois portadores armados ou um portador acompanhado de dois guardas armados (não considerando como portador ou guarda o motorista, em qualquer caso)”. (Cláusula 6ª, subitem 6.2, letra c, fl. 75).

O MM. Juiz determinou a especificação de provas (fl.108).

A autora, ora recorrente, requereu o julgamento antecipado (fl. 109).

A ré deixou o prazo passar em branco (fl. 110).

A sentença rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou o pedido improcedente (fls. 111/113).

O Tribunal **a quo** confirmou a sentença.

A apelante, ora recorrente, opôs embargos declaratórios. Foram rejeitados (fls. 180/182).

Daí o 1º recurso especial, que veio a ser abortado (fls. 305/312). Houve agravo de instrumento. O STJ o conheceu e deu provimento ao REsp, determinando novo julgamento dos embargos declaratórios.

O TJSP novamente rejeitou os embargos (fls. 324/328).

Novo recurso especial foi interposto com fincas em ofensa ao art. 535 do CPC.

Mais uma vez o STJ determinou novo julgamento dos embargos.

Desta feita os declaratórios foram recebidos. Eis a ementa:

“Embargos de declaração — Recebimento para suprir omissão relativa ao exame das provas produzidas nos autos, conforme determinação contida no v. acórdão do colendo STJ.

Prova — Impugnação que se deu somente aos aspectos formais dos documentos e não à autenticidade ou ao conteúdo, tanto que não levantado incidente de falsidade, nos termos dos arts. 394 e ss., do CPC — Alegativas, por outro lado, que restaram esvaziadas com o requerimento da embargante de julgamento antecipado do feito, sem produção sequer de prova oral que pudesse fazer valer seus direitos — Prova emprestada, por outro lado, que não violou qualquer direito da embargante — Embargos recebidos para sanar a omissão, mantida, entretanto, a improcedência da ação.” (Fl. 452)

Neste recurso especial (alínea **a**) apontam-se ofensas aos arts. 131; 333, I e II; 368, parágrafo único; 458, III, do CPC e ao art. 1.521, III, do CC. Em suma, sustenta que a ré, ora recorrida, não se desincumbiu do ônus de provar o fato impeditivo que alegou. Acrescenta, que o depoimento do motorista não a vincula e que a recorrida valeu-se de prova emprestada, sem qualquer préstimo, porque colhida sem a participação da autora, ora recorrente.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Os arts. 131; 458, III; e 368, parágrafo único, não foram objeto de exame pelo acórdão recorrido. Está ausente o necessário questionamento. Incidem as Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ.

A sistemática do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro (CPC; art. 333, I e II) guia-se pelo interesse. Regula-se pela máxima: “o ônus da prova incumbe a quem dela terá proveito”.

O autor produzirá as provas que constituem seu direito (CPC; art. 333, I)

O réu deverá provar as alegações que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do autor (CPC; art. 333, II).

É do confronto dessas provas que o Juiz constatará a verdade das alegações.

No caso, a autora, ora recorrente, alegou que a cláusula contratual foi cumprida. Assim, faria jus à indenização pactuada. Juntou declaração da ré alegando que não pagaria a indenização porque, apesar de armados, os guardas não possuíam habilitação para o porte.

Na contestação foi dito que sequer havia guardas. A ré alegou que o motorista transportava os valores sozinho. Carreou aos autos boletim de ocorrência, inquérito policial e declarações de testemunhas nesse sentido, dentre outros documentos.

A autora, ora recorrente, dentre outras alegações, replicou atacando a autenticidade dos documentos juntados.

Ocorre que a recorrente olvidou a forma correta de combater os documentos juntados pela ré. Não argüiu falsidade (CPC; art. 390), a qual lhe incumbia (CPC; art. 389, I). Também não manifestou interesse em produzir provas (fl. 109). Assim, as alegações formuladas na réplica foram, como disse o acórdão **a quo**, formais e vazias.

Sobre a autora pesava o ônus de instaurar o incidente e promover a efetiva invalidação dos documentos. Não bastava o levante de meras alegações.

No conceito construído pela doutrina e jurisprudência prova emprestada é somente aquela transladada e oriunda de outro processo judicial. (cf. **Dinamarco, Cândido Rangel. In** “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III, Malheiros: São Paulo, 2001, p. 97, item 811).

Portanto, as cópias do inquérito policial e do boletim de ocorrência não são provas emprestadas.

Também não há qualquer vedação ao seu uso.

Ora, o boletim de ocorrência juntado aos autos foi oriundo de “queixa” dada pelo motorista da ora recorrente junto à Delegacia de Polícia. A validade do inquérito policial também não pode ser afastada como prova. Trata-se de persecução criminal oficial no objetivo de evidenciar a materialidade e de achar os autores do crime. Qual invalidade pode haver?

Nenhuma. O art. 332 do CPC explica:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”.

Veja-se que o motorista agiu, sim, em nome da empresa-recorrente. Dirigia o veículo da empresa-patroa. Foi roubado. Atitude lógica até para os fins da cobertura securitária: comunicar o roubo à autoridade policial.

Também não há como desvincular as afirmações do motorista da empresa-recorrente. Foi por “ocasião do exercício do trabalho” (CC; art. 1.521, III) que o motorista-empregado prestou o depoimento. Ele não estava a dirigir seu próprio carro, nem foi ele (pessoa física) o assaltado. Não há ofensa ao art. 1.521, III, do CC.

Ademais, os documentos foram submetidas ao crivo do contraditório. No entanto, a autora com alegações vazias apenas atacou a forma e sequer instaurou o incidente que lhe incumbia (CPC; art. 389, I).

Enfim, as provas são válidas. O Juiz e o Tribunal **a quo** deram-lhes a força que entenderam devida. Nessa seara o STJ não ingressa. A Súmula n. 07 barra o exame.

Na terminologia da Turma, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 474.581 — MG (2002/0127056-4)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrentes: Godofredo Pimenta de Moura e outros

Advogados: Jacob Lopes de Castro Máximo e outros

Recorrida: Maria Divina Heleodora

Advogados: Mário Alves Ribeiro e outros

EMENTA

União estável. Comprovação nas instâncias ordinárias. Súmula n. 07 da Corte.

1. Comprovada exaustivamente nas instâncias ordinárias que a autora e seu falecido companheiro mantiveram uma união pública, con-

tínua e duradoura por 32 (trinta e dois) anos, não se pode afastar a configuração da existência de verdadeira união estável, não relevando, nas circunstâncias dos autos, o fato de não morarem sob o mesmo teto.

2. 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 Nancy Andrichi, Castro Filho e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Sustentou oralmente, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo, pelos recorrentes.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Godofredo Pimenta de Moura e outros interpõem recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim fundamentado:

“(…)

Com efeito, embora os apelantes o neguem, é certo que as provas colhidas na instrução processual, inobstante deixem evidenciado que a apelada e o falecido João Pimenta jamais viveram sob o mesmo teto, também demonstram de forma irrefutável que os mesmos tiveram uma convivência contínua e duradoura, por um período aproximado de 32 (trinta e dois) anos.

Extrai-se, mais, da prova em referência que a autora e o falecido, embora residindo em casas diferentes, estavam sempre juntos, sendo que ela o acompanhava a todos os lugares, ajudava-o nos serviços bancários, costurava as suas roupas, cozinhava para o mesmo quando estavam na fazenda, e mesmo em sua casa na cidade, freqüentavam juntos a sociedade local, vivendo enfim como marido e mulher (vide depoimento de fls. 3/8-TJ, de autoria de Cleuza Helena Pereira da Cunha).

No mesmo sentido, os depoimentos prestados por Ieda Helena Martins Marques (fls. 320/321-TJ), Nival Nobre Galvão (fls. 194/195-TJ), Antônio Domingos Custódio (fls. 200/201).

Ainda em favor da apelada os anexos fotográficos de fls. 13/16, não impugnados pelos apelantes, tirados em diferentes épocas, mostrando o amadurecimento físico da autora e do falecido em diversas fases, sempre juntos, de braços dados, em comportamento típico de marido e mulher.

E, por último, vieram aos autos documentos públicos emitidos pelo INSS, através dos quais se vê que a apelada foi designada pelo falecido como sua dependente, em razão de sua condição de sua companheira, o que coloca uma pá de cal em toda a celeuma provocada pelos recorrentes, inexistindo, assim, quaisquer dúvidas de que a autora e João Pimenta de Moura mantiveram, efetivamente, por longos anos, uma união estável, que a sentença, assim, corretamente reconheceu e declarou dissolvida, em razão do óbito deste.

IV - À vista do exposto, nego provimento à apelação.” (Fls. 477/478)

Sustentam os recorrentes violação do artigo 1º da Lei n. 9.278/1996, aduzindo a inexistência da união estável, considerando-se que não houve nem a convivência, nem o objetivo de constituir família.

Contra-arrazoado (fls. 498 a 501), o recurso especial (fls. 481 a 488) não foi admitido (fls. 507/508), tendo seguimento por força de decisão proferida em agravo de instrumento (fls. 123/124, apenso).

Opina o Subprocurador-Geral da República, Dr. Fernando H. O. de Macedo, pelo conhecimento e improvemento do recurso especial (fls. 531 a 533).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrida ajuizou declaratória de união estável alegando que conviveu com João Pimenta de Moura por cerca de 32 anos como se marido e mulher fossem; que no decorrer da convivência adquiriram diversos bens; que tem direito à totalidade da herança, nos termos do art. 2º, III, da Lei n. 8.971/1994, invocando, ainda, os artigos 5º e 7º da Lei n. 9.278/1996, bem assim a Súmula n. 382 do Supremo Tribunal Federal.

A sentença julgou procedente o pedido e declarou existir entre a autora e João Pimenta de Moura, até a morte deste, união estável, determinando que os bens adquiridos durante a convivência a título oneroso, “por serem considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, sejam divididos em partes iguais, com exceção do patrimônio amealhado com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união” (fl. 382).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais afastou a preliminar em torno do art. 460 do Código de Processo Civil mostrando que o pedido era mesmo de declaração da existência de união estável, embora rotulando a inicial como declaratória de sociedade de fato. No mérito, afirma o acórdão recorrido que “embora os apelantes o neguem, é certo que as provas colhidas na instrução processual, inobstante deixem evidenciado que a apelada e o falecido João Pimenta jamais viveram sob o mesmo teto, também demonstram de forma irrefutável que os mesmos tiveram uma convivência contínua e duradoura, por um período aproximado de 32 (trinta e dois) anos” (fl. 477). Destacou, ainda, que a prova testemunhal revela que a autora estava sempre em companhia do falecido, “ajudava-o nos serviços bancários, costumava as suas roupas, cozinhava para o mesmo quando estavam na fazenda, e mesmo em sua casa na cidade, freqüentavam juntos a sociedade local, vivendo enfim como marido e mulher” (fl. 478). Por fim, assinalou o acórdão recorrido, que “vieram aos autos documentos públicos emitidos pelo INSS, através dos quais se vê que a apelada foi designada pelo falecido como sua dependente, em razão de sua condição de sua companheira, o que coloca uma pá de cal em toda a celeuma provocada pelos recorrentes, inexistindo, assim, quaisquer dúvidas de que a autora e João Pimenta de Moura mantiveram, efetivamente, por longos anos, uma união estável, que a sentença, assim, corretamente reconheceu e declarou dissolvida, em razão do óbito deste” (fl. 478).

O combate trazido no especial está todo ele montado em cima da prova, pretendendo um exame renovado para excluir a relação da autora e do falecido João Pimenta do cenário traçado pelas instâncias ordinárias. A Súmula n. 07 tanto não autoriza.

Não tem qualquer força o argumento de que a Lei n. 9.278/1996 quis configurar a convivência como viver na mesma casa. Não foi essa a exigência. O que se exige é a prova da convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituir família. Ora, quem convive como as instâncias ordinárias afirmaram que conviveram a autora e seu companheiro, por 32 anos, sendo ela sua dependente no INSS, na qualidade de companheira, não pode deixar de estar na qualificação legal de união estável, não se exigindo a vida em comum sob o mesmo teto. Não se tratou, como querem os recorrentes, de um namoro longo. Nas circunstâncias dos autos, esta interpretação é burlesca, não estando de acordo com a demonstração que o acórdão recorrido, no mesmo diapasão da sentença, fez da relação entre os dois.

Eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 489.827 — PB (2002/0154027-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Relator p/ o acórdão: Ministro Castro Filho

Recorrente: Banco Itaú S/A

Advogados: André Vidigal de Oliveira, Josias Gomes do Santos Neto e outros

Recorridos: Eduardo da Silva Medeiros e outro

Advogados: Thelio Farias e outros

EMENTA

Processo Civil. Proibição de substabelecimento. Efeitos. Procuração com cláusula **ad judicium**. Restrição de poderes especiais. Atuação em ações diversas. Possibilidade.

I - A vedação ao substabelecimento não torna nula a procuração substabelecida; apenas acarreta a responsabilização do substabelecido pelos atos praticados pelo substabelecido.

II - O substabelecimento com cláusula **ad judicium** autoriza o advogado a promover a defesa da parte em ações diversas daquela constante do instrumento do mandato, mormente quando houver inter-relação entre as ações.

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, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e, por maioria, vencida a Sra. Ministra-Relatora, dar-lhe provimento. Votaram com o Sr. Ministro Castro Filho os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Votou vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Castro Filho.

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

Ministro Castro Filho, Relator p/ o acórdão

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial em processo de execução, interposto por Banco Itaú S/A com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal.

Nos autos do processo de execução proposto por Eduardo da Silva Medeiros e outro contra o ora recorrente, o MM. Juiz de origem deferiu, mediante caução, o levantamento da quantia depositada (R\$ 672.672,74).

Ao argumento de que a caução não era idônea, o ora recorrente interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal de origem, o qual não conheceu do apelo ao fundamento de que o instrumento de procuração colacionado: (a) referia-se a outro processo, e (b) foi outorgado por quem não detinha poderes para substabelecer.

Contra essa decisão o ora recorrente interpôs recurso especial, ao fundamento de que o acórdão recorrido:

I - ao não considerar válido o mandato apresentado, violou os arts. 38 e 525, inciso I, do CPC e 5ª, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 e divergiu de precedentes jurisprudenciais, porquanto: (a) a cláusula **ad judicium** autoriza o advogado a patrocinar seu cliente em qualquer modalidade de causa, ainda que apenas uma espécie esteja descrita no mandato, e (b) a expressa vedação ao substabelecimento não invalida a procuração outorgada ao substabelecido.

Houve contra-razões (fls. 534/549).

A Presidência do Tribunal de origem admitiu o recurso especial (fl. 557).

É o relatório.

VOTO

I - Da validade da procuração outorgada

(violação aos arts. 38 e 525, inciso I, do CPC e 5ª, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 e dissídio jurisprudencial)

A questão relativa à violação do art. 525, inciso I, do CPC restou devidamente questionada. Demonstrado, ainda, o dissídio jurisprudencial apontado.

O Tribunal de origem conheceu do agravo de instrumento por duplo fundamento: (a) impossibilidade de se utilizar, no processo em análise (execução), procuração outorgada em outra ação judicial (medida cautelar), (b) existência de expressa restrição aos poderes para substabelecer, o que torna nula a procuração juntada no agravo de instrumento, porquanto oriunda de substabelecimento não autorizado pela procuração original.

Nos termos da jurisprudência dominante deste STJ, a vedação ao substabelecimento não torna nula a procuração substabelecida, mas apenas enseja a responsabilidade pessoal do substabelecido pelos atos praticados pelo substabelecido (REsp n. 456.129/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, DJ de 16.12.2002, REsp n. 242.895/PR, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime, DJ de 21.08.2000 e REsp n. 1.584/MA, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, unânime, DJ de 19.02.1990).

Entretanto, a procuração firmada com cláusula **ad judicium**, em que há restrição de poderes para a propositura de ação específica, mesmo a cautelar, não autoriza o advogado a promover, em nome da parte, ações diversas daquela que consta do mandato, como bem anotou o Tribunal de origem (fl. 278), **in verbis**:

“Após a análise detida dos autos, observo que o agravo não está devidamente instrumentalizado, posto que não se encontra encartado o instrumento procuratório válido da parte agravante.

É que, o mandato outorgado ao advogado subscritor do presente agravo, consoante fl. 22-v dos autos, trata de substabelecimento e restringe os poderes ‘aos autos da ação Medida Cautelar Incidental n. 001.1998.003.567-3’, processo este, como observou a Procuradoria de Justiça, que sequer é aquele de onde saiu o despacho agravado — Processo n. 001.2001.0111506 (embargos à execução)”.

Não houve, em consequência, violação ao art. 525, inciso I, do CPC.

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial fulcrado na alínea **a** e nego provimento ao recurso especial fundado em dissídio.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Castro Filho: Sra. Ministra Nancy Andrighi, há, na procuração, vedação expressa ao substabelecimento?

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Sim.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sra. Ministra Nancy Andrighi, ocorre que a nossa jurisprudência, de fato, tem um precedente recente de Vossa Excelência, Recurso Especial de n. 456.129/RS, no qual faz referência a dois precedentes anteriores, um do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, que acabou de ser citado, e outro da Quarta Turma, de que foi Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, no Recurso Especial n. 242.195/PR. Nesse último, a hipótese, parece-me, é exatamente esta que estamos tratando, ou seja, haveria uma vedação para o substabelecimento e, mesmo assim, a Quarta Turma entendeu que a vedação para substabelecer não

invalida o substabelecimento feito, mas apenas acarreta a responsabilidade pessoal do substabelecete. Naquele da relatoria do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, não há especificação da vedação, mas apenas a ausência de autorização expressa para que houvesse a possibilidade do substabelecimento. Em ambos os casos, ao que me lembro, a Turma convergiu no sentido de que, mesmo que haja a vedação, o substabelecimento é possível, só que com a transferência da responsabilidade para o substabelecete, ou seja, aquele assume a responsabilidade para o substabelecimento que fez. Essa é a jurisprudência consolidada do Tribunal, da Terceira e Quarta Turmas, pelo menos até onde posso me lembrar.

Da mesma maneira, tenho a sensação de que há precedentes no sentido de que a existência da cláusula **ad judicium**, mesmo que haja no mandato a especificação para a abertura de determinada questão, não invalida que ele possa utilizar esse mandato para atuar em outro processo, porque a cláusula **ad judicium** teria uma amplitude maior; nessa parte, realmente, tenho muita dúvida porque isso seria inviabilizar a outorga da procuração com poderes específicos, uma determinada questão, uma determinada causa, ou seja, quando a parte outorga uma procuração e indica para que fim essa procuração se destina, parece-me que não se pode dar uma amplitude maior, porque a cláusula **ad judicium**, neste caso, estaria referida apenas à especificação do mandado que foi outorgado.

Confesso a Vossa Excelência, Sra. Ministra Nancy Andrichi, que não me lembro, pelo menos em princípio, de nenhum precedente nosso a respeito. A nossa Turma tem precedente quanto ao primeiro ponto a que me referi, do qual não tenho dúvida alguma, porque é um problema, apenas, de transferência de responsabilidade.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Quanto a esse ponto, Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, há um único precedente da Quarta Turma, que é o Recurso Especial n. 110.289/MA, da relatoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: A Sra. Ministra Nancy Andrichi enfatizou que, na verdade, esse substabelecimento não pode ser considerado assim tão específico, porque se destina à propositura de uma ação cautelar, e qual é o passo seguinte a de uma ação cautelar preparatória? É a ação.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Exato. Só estou tentando especificar a hipótese de não darmos, pelo menos na minha concepção, uma abrangência tão grande, porque, na verdade, seria violentar a manifestação do outorgado. Posso dizer que a procuração para o ajuizamento de uma ação cautelar embute a autorização para o ajuizamento da principal.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: A procuração seria sempre um cheque em branco.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Admito que se possa até acolher o entendimento de que, como disse o Sr. Ministro Ari Pargendler, se a parte outorga a procuração para o ajuizamento de uma ação cautelar, pode presumir-se que esteja autorizada a propositura da ação principal, mas não genericamente; a meu ver, é um equívoco que violentaria o princípio básico da outorga do mandato específico ou daria a um mandato específico uma cláusula em branco embutida para que pudesse fazer o que quisesse.

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Sr. Presidente, estou de pleno acordo com a ponderação do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, porque, como podem perceber, fixei-me no caso concreto, e o caso concreto é de cautelar, obviamente até o 30º dia, com o ajuizamento da principal e não me detalhei nesse aspecto. Então, teria que dizer no caso concreto e neste caso específico.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Sra. Ministra Nancy Andrichi, mesmo assim eu teria dúvida. A regra é que com o acessório segue o principal. A cautelar é uma ação acessória em relação à ação principal. Então, diremos que alguém deu poderes específicos para se ajuizar uma ação cautelar; com tal proceder, estaria outorgando poderes para uma ação principal?

Muitas vezes, a ação cautelar deriva de uma emergência, mas o tema pode ser complexo e ensejar que a parte pretendesse escolher com mais tranquilidade o advogado da sua confiança, talvez com mais habilitação para o ajuizamento da ação principal.

Então, confesso que não estou me convencendo muito desse argumento de que a outorga específica de uma procuração para a ação cautelar — uma procuração **ad judicium** — implica em conceder poderes para a ação principal. Considero até arriscado e perigoso esse tipo de proceder.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Srs. Ministros, o não-reconhecimento desse fato criará um prejuízo para a parte, que não contesta a procuração.

Tenho a sensação que a tese de que a cláusula **ad judicium**, em uma procuração específica, como disse o Sr. Ministro Pargendler, autorize uma procuração em branco, é inviável, porque seria, como disse Vossa Excelência, inviabilizaria a vontade do outorgante, mas, se se trata de uma procuração outorgada para o ajuizamento de uma ação cautelar, e o advogado tem poderes para ajuizar a ação principal dentro do prazo.

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Só se essa procuração tivesse sido impugnada na instância ordinária.

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A procuração abrangente, no caso, ainda que em má técnica, a defesa do interesse do outorgante no processo em

si mesmo a que se refere à ação cautelar, desde que bem explicitado que se trata deste caso, desta circunstância e sem contestação. Participo do mesmo entendimento do Sr. Ministro Pargendler e da mesma preocupação do Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Tenho certeza de que o precedente nem deve ser invocado, porque, a meu ver, não veste este caso.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Srs. Ministros, no precedente, diz o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“A circunstância de constar no instrumento de mandato a cláusula **ad judicium** é suficiente para permitir ao outorgado estar em juízo, ainda que tenha o outorgante *também* concedido poderes especiais para promover ação diversa daquela.”

Dá a entender, então, que deu poderes com a cláusula **ad judicium** e aqueles específicos. Penso que a questão seria, **data venia**, diferente.

VOTO-PREVALECENTE

O Sr. Ministro Castro Filho: Banco Itaú S/A interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de execução proposta por Eduardo da Silva Medeiros e outro, determinou o levantamento da quantia depositada judicialmente, independentemente de caução idônea. A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba não conheceu do recurso, tendo em vista que o instrumento de mandato outorgado ao subscritor do agravo trata de substabelecimento de instrumento procuratório que ressalta expressamente vedação a substabelecer, além de restringir os poderes aos autos de ação diversa.

Irresignado, o agravante interpôs o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, apontando vulneração aos artigos 38 e 525, I, do Código de Processo Civil, e 5º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, além de divergência jurisprudencial.

Alega que a procuração juntada aos autos era “válida, uma vez que foi outorgada ao procurador para se manifestar na medida cautelar incidental (...) e conseqüentemente, nos embargos à execução opostos pelos recorridos contra execução movida pelo recorrente, não havendo necessidade de juntar outra procuração”.

Sustenta que o referido instrumento de mandato habilita o advogado a praticar todos os atos do processo. Assim, outorgada procuração nos autos de cautelar incidental e sobrevindo a execução da sentença proferida na cautelar, encontra-se o advogado plenamente habilitado a praticar atos nos embargos à execução e todos os demais atos do processo, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Civil,

bem como do § 2º do artigo 5º da Lei n. 8.906/1994, não havendo necessidade de juntar novo instrumento de mandato a cada incidente.

Lembra que o poder de substabelecer é conferido pela cláusula **ad judicium** e que constou expressamente da procuração, que apenas excluiu o direito de substabelecer os poderes especiais expressamente enumerados.

Cita precedentes jurisprudenciais no sentido de que “a procuração com poderes **ad judicium**, embora mencione que eles são concedidos para determinada ação, habilita o Advogado a praticar todos os atos de outra ação, salvo os excetuados no artigo 38 do Código de Processo Civil” e “a lei não exige para o substabelecimento autorização expressa do mandante inserida no instrumento do mandato”.

Contra-arrazoado (fls. 534 a 549), o recurso foi admitido por decisão do presidente do egrégio Tribunal **a quo** (fl. 557).

A Ministra Nancy Andriighi afirmou que, nos termos da jurisprudência dominante desta Corte, a vedação ao substabelecimento não torna nula a procuração substabelecida, apenas ensejando a responsabilidade pessoal do substabelecido pelos atos praticados pelo substabelecido. Entendeu, entretanto, que a procuração firmada com a cláusula **ad judicium** em que há restrição de poderes para a propositura de ação específica, mesmo a cautelar, não autoriza o advogado a promover, em nome da parte, ações diversas daquela que consta do mandato. Assim, negou a existência de violação à lei e não conheceu do recurso especial fulcrado na alínea **a**, negando provimento ao recurso especial fundado no dissídio.

Em dúvida quanto ao acerto das conclusões, pedi vista dos autos para melhor exame.

Como bem ressaltou a ilustre Relatora, dois foram os fundamentos em virtude dos quais o Tribunal de origem não conheceu do agravo de instrumento interposto pelo ora recorrente, objetos de exame no presente recurso especial:

I - a impossibilidade de se utilizar, no processo em análise (execução), procuração outorgada para outra ação (cautelar); e

II - a existência de expressa restrição aos poderes para substabelecer na procuração juntada aos autos, tornando nulo o mandato judicial.

No que diz respeito ao substabelecimento, bem notou a ilustre colega a existência de jurisprudência dominante neste colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a vedação ao substabelecimento não torna nula a procuração substabelecida.

Com efeito, ressalta **Caio Mário da Silva Pereira** (“Instituições de Direito Civil”. Volume III. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 268) que, no mandato

judicial, “a *faculdade de substabelecer*, bem como a responsabilidade do mandatário, são as mencionadas para o mandato em geral, acrescentando-se que o substabelecimento se realiza *com* ou *sem* reserva” — grifos no original. Acompanhado da absoluta maioria dos doutrinadores pátrios, dentre os quais pode-se citar **Carvalho Santos, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro e Sílvio Rodrigues**, o ilustre civilista leciona que, mesmo em se tratando de contrato **intuitu personae**, em todos os casos é lícito ao mandatário convocar auxiliares para a realização de atos determinados, ou mesmo se fazer substituir por outrem, transferindo a um terceiro as obrigações a seu cargo. No caso de o instrumento conter expressa cláusula proibitiva, a consequência da infração contratual não é a nulidade do substabelecimento, mas a responsabilização do substabelecete até mesmo pelo caso fortuito, a não ser que prove que o dano teria sobrevindo mesmo que não tivesse havido o substabelecimento (**op. cit.**, fl. 258).

Nesse sentido, também o entendimento da Quarta Turma desta egrégia Corte, no julgamento do Recurso Especial n. 242.895/PR (Relator Ministro Barros Monteiro — j. 06.06.2000 — DJ de 21.08.2000, p. 145 — RSTJ 146/364 — RT 784/210), cujo acórdão encontra-se assim ementado:

“Mandato. Substabelecimento. Proibição. Efeitos.

A vedação para substabelecer não invalida o substabelecimento feito, mas apenas acarreta a responsabilidade pessoal do substabelecete pelos atos praticados pelo substabelecido. Art. 1.300 e § 1º do Código Civil.

Recurso especial conhecido e provido.”

Ainda que assim não fosse, nulo não seria o instrumento de mandato, pois, ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, a procuração outorgada ao advogado substabelecete não continha cláusula proibitiva do substabelecimento dos poderes da cláusula **ad judicium**. Ao contrário, consta da referida procuração (fl. 22), **verbis**:

“Poderes:

Para representar o Outorgante em processos perante juízos ou Tribunais, com os poderes da cláusula **ad judicium**, e perante repartições públicas, (...) e praticar, enfim, os demais atos inerentes ao desempenho do mandato, inclusive substabelecer.”

O que se encontra expressamente vedado é o substabelecimento *dos poderes especiais*, taxativamente discriminados, conforme se confere na continuação da descrição dos poderes outorgados:

“Poderá, também, mas sem direito a substabelecer, qualquer um dos Outorgados do Grupo I: 1) receber citação inicial, intimação ou notificação;

2) constituir mandatários para prestar depoimento pessoal em processos de qualquer natureza, com poderes para declarar ou ratificar, confessar, transigir, requerer a instauração de inquérito policial, bem como ratificar pedido dessa natureza; 3) revogar este mandato, em relação aos demais, inclusive substabelecidos ou, ainda, revogar mandatos conferidos nos termos desta procuração, exigindo, dos mandatários ou substabelecidos, prestação de contas.”

De outra parte, o mandato judicial não foi reconhecido pelo Tribunal de origem, ao entendimento, também, de que o substabelecimento restringia os poderes aos autos da Cautelar Incidental n. 001.1998.003.567-3, que sequer eram aqueles de onde saiu o despacho agravado (embargos à execução — Processo n. 001.2001.0111506).

Neste ponto, peço vênia à brilhante Relatora, para dela respeitosamente dissentir. Sua excelência entende que a procuração firmada com a cláusula **ad judicium**, em que há poderes para a propositura de ação específica, não autoriza o advogado a promover a defesa da parte em ações diversas daquela constante do instrumento de mandato.

Com efeito, doutrina e jurisprudência ainda guardam algumas divergências concernentes à amplitude dos poderes conferidos pela procuração com a cláusula **ad judicium**. Todavia, já decidiu este Tribunal que, mesmo havendo poderes especiais para atuar apenas em determinada causa, a existência de *procuração ad judicium*, por si só, autoriza o outorgado a estar em juízo em ações diversas (REsp n. 110.289/MA — Quarta Turma — Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira — j. 26.02.1997 — DJ de 24.03.1997, p. 9.031). E mesmo aqueles que entendem limitados os poderes à ação objetivada pelo outorgante, como o Professor **Inácio de Carvalho Neto** (“Os Limites da Cláusula **Ad Judicium** na Procuração”, in *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. vol. 3. n. 1. Fevereiro 2000. Curitiba, pp. 14 e 15), ressaltam que tais limites não se aplicam às ações interligadas ao objeto da ação contratada (**op. cit.**, p. 15), podendo o mandato judicial ser “especial para certo e determinado ato, mencionado no instrumento, valendo somente para ele e para os que lhe sejam conexos” (**Caio Mário da Silva Pereira**. “Instituições de Direito Civil”. Volume III. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 267).

Nesse sentido, acórdão da Segunda Turma desta egrégia Corte, assim ementado, no que interessa:

“II - A procuração com a cláusula **ad judicium** confere ao advogado os poderes para praticar os mais diversos atos processuais, exceto os listados na parte final do art. 38 do CPC. Na verdade, a *procuração com poderes gerais outorgada para determinada ação pode ser utilizada para a apresentação de*

*incidentes processuais, bem como para a propositura de outras ações interligadas à ação originária, como, por exemplo, ação rescisória, ação cautelar, dentre outras. Havendo no instrumento do mandato a cláusula **ad judicium**, torna-se desnecessária a outorga de nova procuração. Precedente do Pleno do STF: AR n. 1.037/SP” — Grifou-se —*

Assim, entendo que, no caso concreto, em que o substabelecimento de procuração juntado previa atuação nos autos de cautelar incidental aos embargos à execução, buscando suspender a execução da sentença e impedir o levantamento da importância penhorada (fls. 30 a 51), ou seja, com objetivo semelhante ao do agravo de instrumento que não foi conhecido pelo defeito formal, e que pretendia a devolução da referida quantia, supostamente levantada sem as cautelas legais (fls. 03 a 16), é inegável a inter-relação entre as ações, não havendo falar em ação diversa, para a qual seriam necessários poderes específicos, ou outra procuração.

Feitas essas considerações, pedindo vênias à brilhante Relatora, *dou provimento* ao recurso especial, para determinar que seja julgado o agravo de instrumento, uma vez afastado o defeito formal em virtude do qual não fora conhecido.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Srs. Ministros, parece-me que o entendimento que tem prevalecido é mais amplo. O substabelecimento da cláusula **ad judicium** permite que o substabelecido pratique todos os atos, salvo aqueles para os quais a lei exige poderes especiais. No caso, há o aspecto em que a lei diz o que não se pode substabelecer, implicando dizer que os demais temas poderiam ser objeto de substabelecimento.

Peço vênias à eminente Ministra-Relatora para acompanhar a divergência, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, peço vênias à Senhora Ministra Nancy Andrichi para acompanhar o voto do Senhor Ministro Castro Filho, conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 505.208 — AM (2003/0042379-0)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Acir Marcos Gurgacz

Advogados: Eli Marques Cavalcante Junior e outro

Recorrida: Avasco Participações e Administração S/C Ltda

Advogados: Maria Cristina Corrêa de Carvalho Junqueira e outros

EMENTA

Compra e venda de imóvel sediado em Miami. Competência da autoridade judiciária brasileira. Prequestionamento. Fundamentos não atacados.

1. Os dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil e os do Código de Defesa do Consumidor não foram prequestionados.

2. O art. 88 do Código de Processo Civil não tem força para vencer os fundamentos relativos à existência de foro de eleição e ao fato de o autor não ter domicílio certo; indiscutível que o contrato foi celebrado no exterior e lá está o imóvel objeto da ação.

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, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

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

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Acir Marcos Gurgacz interpõe recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, assim ementado:

“Agravado de instrumento — Antecipação de tutela.

— Petição que atende aos requisitos específicos do recurso de agravo, não sendo, portanto, inepta.

— Também não verificada a ilegitimidade **ad causam** e **ad processum**, ficando prejudicado o exame de ser a Agravante Agência ou não da empresa ré.

— Acolhimento da incompetência da justiça brasileira para processar e julgar o feito, por três razões: o foro de eleição foi a Cidade da Flórida nos Estados Unidos, a celebração do contrato se deu nos Estados Unidos, o imóvel fica naquele país, e porque aplicável a espécie o Princípio da Efetividade da sentença.

— Recurso conhecido e provido, com a cassação do despacho recorrido, e extinção do processo sem julgamento do mérito” (fl. 156).

Opostos embargos de declaração (fls. 162 a 174), foram rejeitados (fls. 176 a 179).

Alega o recorrente contrariedade aos artigos 12, §§ 1^ª e 2^ª, da Lei de Introdução ao Código Civil; 88 do Código de Processo Civil; 7^ª, parágrafo único, 34 e 101, inciso I, da Lei n. 8.078/1990 e 35 do Código Civil de 1916, aduzindo, em preliminar, a legitimidade passiva da ora recorrida, haja vista que “a empresa Anvasco Participações e Administração S/C Ltda é sim representante dos negócios da Williams Islands no Brasil, visto gerenciar as transações envolvendo os ‘produtos’ daquela empresa estrangeira, sendo, portanto, a Justiça brasileira competente para compor a presente” (fl. 192).

Argúi, ainda, que a antecipação de tutela não poderia ser cassada, uma vez que compete à justiça brasileira julgar o presente feito.

Colaciona julgados de outros tribunais, em abono a sua tese.

Contra-arrazoado (fls. 209 a 222), o recurso especial (fls. 182 a 205) não foi admitido (fls. 224/225).

Provido agravo de instrumento, determinou-se sua conversão em recurso especial (fl. 246).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A recorrida interpôs agravo de instrumento contra decisão que em ação ordinária de rescisão contratual cumulada

com pedido de devolução das parcelas pagas, deferiu a antecipação de tutela determinando a devolução ao autor, ora recorrente, do valor de R\$ 96.478,73, em 48h, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 2.000,00. A agravante alega ser parte ilegítima na demanda, porque não representa a empresa ré, sendo nula a citação feita, sustentando, ademais, a incompetência da Justiça brasileira e a não-aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal de Justiça do Amazonas repeliu as preliminares, afirmando que a petição do agravo está de acordo com o art. 525 do Código de Processo Civil e que não há defeito de representação. Entende “que a ausência dos atos constitutivos da sociedade, para que se pudesse aferir da legitimidade para a outorga dos poderes para o advogado do mesmo, só vem a acarretar prejuízo à parte recorrente, isso porque as procurações exigidas no art. 525, inciso I do CPC, foram anexadas ao presente agravo, e ao teor das matérias elencadas pela parte Agravante deve ser frisado que a regularidade processual, é matéria de ordem pública que deve, inclusive, ser conhecida de ofício pelo julgador” (fl. 158). Afastou, assim, a ilegitimidade de **ad processum**.

Quanto à ilegitimidade **ad causam**, afirmou o acórdão recorrido que “também deve ser rejeitada porque efetivamente, o despacho agravado conferiu à Agravante legitimidade para recorrer no momento em que considerou a empresa Anavasco Participação e Administração S/C Ltda, como agência da empresa ré, com poderes para receber citação e responder à ação na forma do art. 88, parágrafo único, do Código de Processo Civil” (fl. 158).

No mérito, considerou o tribunal local que se deve prosseguir com a premissa de “que a empresa Agravante é agente da empresa ré, 7000 Islan/Boulevard” (fl. 158).

Examinando os artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil, o Tribunal local afirmou tratar-se de questão típica de competência internacional, “tendo o art. 88 do estatuto processual fixado a competência concorrente da justiça brasileira para processar e julgar os feitos nas situações ali consagradas” (fl. 159), havendo, em tal situação, “a possibilidade de as partes estabelecerem foro de eleição, e foi o que expressamente ocorreu, conforme consta no texto traduzido do contrato anexado aos autos às fls. 42/84, tendo na cláusula 25, as partes eleito as leis da Flórida para dirimir quaisquer pendências relativas ao contrato, ora em questão” (fl. 160). Destacou, ainda, “que o contrato foi celebrado em Miami, e que o imóvel está localizado na mesma Cidade, dos Estados Unidos, e que o domicílio do Autor/Agravado não é sabido ao certo, porque celebra contrato nos Estados Unidos, afirmando ser domiciliado em Rondônia — JI-Paraná. No ato constitutivo da empresa afirma ter domi-

cílio em Cascavel, no Estado do Paraná (fl. 106), e ao propor ação de rescisão de contrato terminou por eleger o foro da Cidade de Manaus no Estado do Amazonas, para dirimir a questão. Com essas razões, realmente se torna impossível saber onde está a verdade nas declarações do Agravado” (fl. 160).

O agravo foi provido para reconhecer a incompetência da Justiça do Brasil, “bem como a ineficácia da sentença aqui prolatada, e conseqüentemente determino a extinção do processo sem julgamento do mérito, tornado sem efeito o despacho agravado e condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios à base de 15% sobre o valor da causa, devendo arcar com as custas processuais” (fl. 160).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O especial traz para exame o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução e o art. 88 do Código de Processo Civil.

A ação ordinária foi ajuizada para rescisão de contrato de compra e venda de imóvel situado em Miami, Condomínio 7000 Island Boulevard-Williams Island, com a alegação de que conseguiu o autor pagar apenas a primeira parcela, na forma acordada, devido às dificuldades financeiras existentes no país, que afetaram as suas empresas, passando a efetuar o pagamento de forma diversa ao pactuado. Afirma o autor que “através de seu advogado, entrou em contato com o escritório do suplicado em Miami, para solicitar o cancelamento do referido contrato, em razão da recessão que atingira toda a sua economia do Brasil (doc. 04), entretanto sem chegarem a um acordo” (fls. 43/44) e que, apesar de ter desistido do contrato e permitido que fossem descontadas as taxas administrativas, não consegue obter a devolução do dinheiro. Invoca, então, precedentes desta Corte e, também, cláusula contratual.

Os artigos 12, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução; 7º, parágrafo único, 34 e 101 do Código de Defesa do Consumidor não foram examinados pelo acórdão recorrido, daí que não pode o especial ser apreciado nestes pontos.

Vamos cuidar, então, do art. 88 do Código de Processo Civil que estabelece a competência da Justiça brasileira quando: “I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil”, reputando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal, segundo o parágrafo único.

É certo que o contrato de compra e venda foi celebrado em Miami, em moeda estrangeira, relativo a imóvel ali situado. Não há qualquer dúvida, portanto, de que os pressupostos dos incisos II e III do Código de Processo Civil não estão claramente

preenchidos. Releva, ainda, o fato de narrar o autor, na inicial, que entrou em contato com a empresa vendedora em Miami para pedir o cancelamento do contrato.

Vejamos, agora, a questão do inciso I. O Magistrado entendeu competente a autoridade judiciária do Brasil, porque a recorrida possui os atributos de uma agência da demandada. O acórdão recorrido trabalhou com a hipótese de a “agravante ser efetivamente agência da ré na ação ordinária de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução de parcelas e antecipação de tutela” (fl. 158), reconhecendo que há competência concorrente. O Tribunal local, no entanto, considerou que há possibilidade em tal circunstância de as partes estabelecerem foro de eleição, que, no caso, existe, que o imóvel está situado em Miami sendo nessa Cidade celebrado o contrato e, finalmente, que não teria o réu domicílio certo. Esses fundamentos do acórdão recorrido não estão alcançados pela impugnação feita na cobertura do art. 88 do Código de Processo Civil.

Com isso, fica o especial prejudicado, à minguada de desafio dos pontos que o acórdão recorrido considerou para prover o agravo.

Eu não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 526.540 — RS (2003/0028333-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad

Advogados: Gelsa Pinto Serrano e outros

Recorrido: Cinematográfica São João Ltda

Advogados: Marco Antônio Bezerra Campos e outro

EMENTA

Direitos autorais. Cinema. Legitimidade passiva dos exibidores. Identificação das músicas e autores. Trilhas sonoras sob encomenda. Autorização em se tratando de trilhas sonoras de autores estrangeiros. Precedentes da Corte.

1. Exibidores são responsáveis pelo pagamento de direitos autorais das trilhas sonoras dos filmes.

2. Não é necessário que seja feita identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos, sob

pena de ser inviabilizado o sistema causando evidente prejuízo aos titulares.

3. A cobrança de direitos autorais relativos às trilhas sonoras de autores estrangeiros depende do cumprimento de requisitos legais, que, no caso, o acórdão recorrido afirma não terem sido cumpridos, deixando o interessado de provocar pela via dos embargos de declaração o exame da documentação que alega existir nos autos em sentido contrário.

4. Já decidiu a Terceira Turma que não importa se as trilhas sonoras são feitas especialmente para o filme ou se foram simplesmente aproveitadas.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Apelação cível. Ecad. Cobrança de direitos autorais relativos a trilhas sonoras de filmes exibidos em salas de cinema. Autos de comprovação de violação ao direito autoral imprestáveis a instruir ação de cobrança, por não especificarem as obras musicais e os respectivos autores, destinatários finais dos recursos arrecadados e única razão de ser da atividade desenvolvida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Rejeitadas as preliminares, proveram o apelo. Unânime” (fl. 1.177).

Sustenta o recorrente contrariedade aos artigos 6º do Código de Processo Civil; 73 e 89 da Lei n. 5.988/1973; 2º, parágrafo único, 4º, 98 e 99 da Lei n. 9.610/1998 e 14 da Convenção de Berna, haja vista que o direito autoral devido pela execução de música incluída em trilha sonora de filme deve ser pago pelos exibidores.

Alega, também, contrariedade aos artigos 103, § 2º, 104, e 105, parágrafo único, da Lei n. 5.988/1973 e 97, 98 e 99 da Lei n. 9.610/1998, tendo em vista que o recorrente possui autorização legal para arrecadação de direitos autorais, inclusive de titulares estrangeiros. Acrescenta que “o Ecad trata-se de entidade constituída especificamente para arrecadação e distribuição de direitos autorais e esses direitos são individuais, mas homogêneos, ou seja, permitem ação coletiva, estando legitimada, como substituta processual, a associação legalmente constituída. A legitimidade do recorrente decorre de lei, através da qual as associações de titulares de obras musicais se tornam mandatárias de seus associados. O recorrente instituído pelo mesmo texto legal, e integrado pelas associações especificadas nas certidões juntadas aos autos, tem autorização para agir judicialmente ou extrajudicialmente em nome próprio na defesa dos direitos autorais que representa, tornando-se desnecessária que haja provada a filiação para ser admitida a substituição processual pretendida” (fls. 1.205/1.206).

Aduz, ainda, que “não é exigível que, tratando-se de trilha sonora, conforme lançado nos autos de violação, contenha a autuação a indicação discriminada de cada peça musical utilizada na película” (fl. 1.218).

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 1.290 a 1.325), o recurso especial (fls. 1.191 a 1.229) foi admitido (fls. 1.329 a 1.331).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O Ecad — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ajuizou ação de cobrança de direitos autorais alegando que a ré exhibe filmes “onde estão inseridas obras musicais, litero-musicais e fonogramas” (fl. 3), devendo recolher direitos autorais, o que não vem ocorrendo. Pede o pagamento do equivalente a 2,5% (dois e meio por cento) da receita bruta de bilheteria, como apurado em perícia, considerando as salas de cinema sob sua responsabilidade, conforme a relação anexada.

A sentença julgou procedente o pedido condenando a ré a pagar o percentual de 2,5% da receita bruta da bilheteria de cada uma das salas indicadas na inicial,

com correção monetária pelo IGP-M e juros de mora da citação, mais a multa de 10%, tudo como apurado em liquidação de sentença. Em embargos de declaração foi fixado o termo inicial da cobrança o mês de abril de 1993, “bem como ainda a título de parcelas vincendas enquanto perdurar o funcionamento das referidas salas” (fl. 1.057).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proveu a apelação, após rejeitar as preliminares. Para o Tribunal local “os exibidores devem recolher valores atinentes aos direitos autorais pela execução de obras musicais incluídas em trilhas sonoras de filmes apresentados em cinemas, de acordo com expressa disposição do art. 89 da Lei n. 5.988/1973, e de conformidade com pacífica jurisprudência dos tribunais, inclusive do colendo STJ (...)” (fl. 1.182). Todavia, no caso, o acórdão recorrido entendeu impréstáveis os “cerca de 450 autos de comprovação de violação ao direito autoral, na medida em que não descrevem as músicas executadas, bem como os respectivos autores” (fl. 1.183). Há, também, o óbice relativo aos autores estrangeiros de trilhas sonoras, que depende da comprovação dos requisitos dos artigos 103, § 2º, ou 105, parágrafo único, da Lei n. 5.988/1973, na esteira de precedente da Quarta Turma. Finalmente, o acórdão recorrido afirmou que não há indicação sobre se as trilhas foram especialmente feitas para o filme, hipótese em que os direitos autorais já foram recolhidos ou serão recolhidos pelo produtor do filme e não pelos exibidores, tudo para evitar uma dupla cobrança.

O especial aponta violação dos artigos 73, 89, 103, § 2º, 104 e 105, parágrafo único, da Lei n. 5.988/1973, além de dissídio.

Como visto, o acórdão recorrido apontou três óbices para julgar improcedente o pedido. Vamos enfrentá-los separadamente.

Quanto à ausência da indicação das músicas e dos respectivos autores nos autos de infração, a Corte já tem entendimento consolidado de que tal não é necessário, sob pena de inviabilizar todo o sistema de cobrança dos direitos autorais (REsp n. 255.387/SP, de minha relatoria, DJ de 04.12.2000).

Quanto à cobrança de direitos autorais sobre a trilha, devidos em decorrência da exibição, seja ela preexistente ao filme, seja resultado de encomenda, esta Terceira Turma já decidiu em sentido contrário ao do acórdão recorrido, tendo eu na ocasião proferido voto-vista, que incorporo ao presente (REsp n. 189.045/SP, Relator o Senhor Ministro Ari Pargendler, DJ de 13.12.2000), nos termos que se seguem:

“O Ecad ajuizou ação de cobrança alegando que a empresa ré exhibe películas cinematográficas, onde estão inseridas obras musicais, litero-musicais e fonogramas, apontado o débito de 2,5% da receita bruta da bilheteria, que deverá ser apurada em perícia sobre as salas de cinema de sua responsa-

bilidade. A sentença julgou procedente a ação fixando o termo inicial em janeiro de 1989. Para a sentença 'não se pode reconhecer que os direitos sobre a execução das obras musicais incluídas em filmes tenham sido transferidas para o produtor do filme' (fls. 157). O Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, reformou, em parte, a sentença, para determinar 'que os direitos, no percentual concedido, sejam calculados e pagos apenas em relação aos filmes em que, segundo se apure em liquidação por artigos, músicas preexistentes tenham sido incluídas, não compostas especificamente para eles'. Alinhou o acórdão recorrido as razões que seguem, no que interessa:

‘Ao lado do autor do tema literário, do diretor e do produtor, o art. 16, **caput**, atribui *co-autoria* da obra cinematográfica ao autor do assunto ou argumento musical, ou litero-musical, entendido como a música, ou música e letra (caso em que pode haver co-autor poeta, ou letrista), que servem de apoio sonoro à ação desenvolvida na fita, ou seja, a música que representa o tema sonoro do filme. O compositor aqui, é, por definição legal, *co-autor* da obra cinematográfica e, como tal, figurante necessário do contrato de produção cinematográfica, do qual, além do direito à remuneração ajustada com o produtor (art. 85, I), nasce-lhe direito subjetivo, ação e pretensão — típicos da condição de *co-autoria* — a compartilhar, na proporção que a lei estima, os rendimentos do uso econômico da película, nos termos do art. 87.

Outra, e bem outra, é, porém, a condição do autor musical ou litero-musical, a que, como titular de direitos autorais, se refere o art. 89. Esse, agora por exclusão legal, não é reputado *co-autor* da obra cinematográfica, porque não compôs a música para o filme, senão que aparece como autor de obra musical, ou litero-musical, registrada por escrito ou em fonograma, que tenha sido *incluída* no filme, consoante a expressão textual da norma. Como só o autor de obra autônoma ou preexistente, não predestina à fita, mas nela introduzida, embora receba ou possa receber, de direito, contraprestação pecuniária para autorizá-lo a inclusão na trilha sonora, faz jus ainda a direitos autorais por exibição, do mesmo modo que o faz por execução mecânica, ou ao vivo, fora da película. A autorização, que dê, para inserção de sua música no filme, não lhe subtrai o direito à remuneração devida pelo exibidor a cada projeção da obra cinematográfica, de cujos direitos autorais não participa, em não sendo dela *co-autor*.

Vê-se, então, que, diante de situações fático-jurídicas diversas (**fat-tispecie abstratas**), não estranha sejam diversos os tratamentos normativos dos efeitos remuneratórios.

Quem, sob o peso de contrato, compõe música, ou música e letra, com o escopo de prestar-se a assunto musical, ou litero-musical, de uma obra cinematográfica, desenvolve, em relação a esta, nos limites de sua especialidade, particular ação intelectual criadora, a que a lei dá, na gênese da obra, pela estudada harmonia com os demais fatores heterogêneos desse empreendimento complexo, relevo análogo à do autor do tema literário, do produtor e do diretor. É por isso natural conte com regime próprio de retribuição, a qual, exigível sempre ao produtor, que responde pela feitura da obra (art. 4^a, n. X, **b**), cujos direitos patrimoniais lhe pertencem (art. 37), e calculada em termos compatíveis com a condição legal de *co-autor* do filme, se estende sobre os rendimentos da sua exploração econômica, na forma da lei (art. 87).

Quem, todavia, compõe sem aquele propósito específico, embora ao depois autorize, mediante paga, a *inclusão* da música, ou da música e letra, na obra cinematográfica, esse é remunerado apenas a cada execução de sua obra, fora ou dentro do filme, segundo os princípios gerais, pelo responsável do local ou do estabelecimento em que seja executado (art. 89). Faltando-lhe à composição a vocação congênita para a obra cinematográfica, à qual adere como elemento externo preexistente, o autor não faz jus a pagamento em regime de exceção.

Não há, portanto, nessa moldura normativa, fundamento algum para cumulação das remunerações previstas nos arts. 87 e 89 da lei n. 5.988, de 1973, porque não há coincidência entre as situações jurídico-subjetivas dos respectivos autores musicais.7

O Senhor Ministro Ari Pargendler invocou precedente da relatoria do Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar na mesma direção do Acórdão recorrido e não conheceu do especial.

Dúvida não há sobre o responsável pelo pagamento dos direitos autorais. O art. 89 da Lei especial de regência, no caso, a Lei n. 5.988/1973, nomeia os exibidores, sendo certo que a exibição é o fato gerador da obrigação. E a jurisprudência foi na mesma direção: REsp n. 94.710/SP Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 07.06.1999; REsp n. 124.708/SP Relator o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 22.09.1997; REsp n. 124.706/SP Relator o Senhor Ministro Nilson Naves, DJ de 17.12.1999.

O que se tem de enfrentar nestes autos é a diferença posta pelo acórdão recorrido, que tem amparo em precedente da Corte, entre a trilha sonora especialmente composta para o filme e a música anteriormente composta e incluída em filme.

Pedi vista para repensar essa difícil questão dos direitos autorais na obra cinematográfica, objeto de antigo trabalho profissional quando ainda exercia a advocacia no Rio de Janeiro.

Como ensina **Pontes de Miranda**, a ‘obra cinematográfica exige a colaboração de pluralidade de autores e ajudantes, de gente que cria e de gente que auxilia em complexidade funcional mais intensa que a do teatro e a da própria ópera. Há o enredo, que supõe autor literário; há, talvez, o texto sobre cenário, em que haja criação, há o cenarista; há, talvez, o compositor da música; há o diretor; há os atores. Surgem os cortes, as mudanças nos textos e no cenário, os aumentos e acentuações para efeito, os retoques, a adaptação das palavras e frases ao plano temporal e espacial da ação, ou vice-versa. Há as filmagens experimentais, a filmagem definitiva, as supressões e o aproveitar. É inegável a convergência para um fim, o concerto de atividades sob estrita divisão do trabalho. Cada obra intelectual, intencionalmente feita parte integrante, perde muito de sua existência individual, posto que algumas possam ter exploração separada, como a escrita e a música. A colaboração alcança intensidade quase fundente. (...) A cinematográfica é considerada obra de arte, transcendente às obras literárias, científicas e artísticas que se coligaram para a compor’ (‘Tratado de Direito Privado’, vol. 16, 3ª ed.).

A complexidade dos direitos autorais na obra cinematográfica, já lembrada por **Antônio Chaves** (‘O Direito do Autor na Obra Cinematográfica’, RT n. 422/65) está na identificação do titular do direito, considerando a participação de diversos profissionais. Sem dúvida é uma obra em colaboração. O resultado foi desejado por todos os colaboradores que transformaram a sua participação em unidade artística. E é como unidade que é objeto do direito de autor.

No plano teórico, sem dúvida, existe a titularidade de cada um dos colaboradores: o compositor sobre a música, o roteirista sobre o roteiro, o cenarista sobre o cenário. Ocorre que a conclusão da obra integra todas as colaborações individuais em uma única obra artística. Ainda que detenha sobre a parte que criou um direito de autor, cada qual, compondo a unidade final, não pode dissociar a parte do todo criado com o seu concurso. É certo que cada criador preserva a possibilidade de utilizar independentemente a sua criação. Assim, por exemplo, o compositor pode utilizar em separado a música que compôs e sobre essa utilização exercer a plenitude dos direitos autorais.

O primeiro passo para estudar a titularidade dos direitos autorais, a meu sentir, é saber o responsável pela unidade da obra, pela realização do filme.

Em precioso estudo, **Bruno Jorge Hammes** ('Elementos Básicos do Direito de Autor Brasileiro', tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Ludwig Maximilians – Universität, Munique) menciona decisão do Tribunal Federal da Alemanha (**Bundesgerichtshof**), que considerou o produtor da obra cinematográfica como 'a pessoa física ou jurídica que, por sua atividade organizatória efetivamente exercida, realiza o filme como resultado acabado de prestação criativa dos colaboradores de sua criação e com isso produz uma obra apta ao aproveitamento por exibição em salas de projeção luminosa'.

O produtor, na verdade, deflagra o processo criativo, torna-o viável, organiza a obra coletiva, controla a sua realização. Como ensina **Pedro Vicente Bobbio**, não há 'equivalência nem identidade ideológica entre 'criação' e 'produção' referidas à obra cinematográfica. Poderíamos até atribuir à produção alcance mais amplo, de maneira a torná-la compreensiva da 'criação'. No tempo, esta sucede àquela. A obra é criada como **corpus mysticum**, e a produção como **corpus mechanicum**. Na produção somam-se à criação intelectual os fatores organizativos, industriais, técnicos de cujo concurso necessita a realização da obra' (RT n. 247/31). É certo que a relação entre a criação e a produção deve ser examinada caso a caso.

A tendência legislativa é atribuir ao produtor, pelo menos, a titularidade do exercício dos direitos patrimoniais da obra. É uma forma de resolver o problema da autoria e viabilizar a fruição do filme e sua livre e desembaraçada circulação.

A Lei n. 5.988/1973, incidente no caso, no art. 4º, X, **b**, considera produtor cinematográfico a 'pessoa física ou jurídica que assume a iniciativa, a coordenação e a responsabilidade da feitura da obra de projeção em tela'. Nos artigos 15 e 16 a Lei brasileira estabelece que na obra realizada por diferentes pessoas, 'mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá a autoria', e, ainda, que na obra cinematográfica são co-autores 'o autor do assunto ou argumento literário, musical ou litero-musical, o diretor e o produtor'.

Estabelecida a co-autoria da obra cinematográfica, a lei comanda no art. 23 que os co-autores exercerão, de comum acordo, seus direitos, salvo convenção em contrário. Quais são esses direitos. O legislador brasileiro, acompanhando a tendência internacional, distingue os direitos morais dos patrimoniais. Os primeiros estão elencados no art. 25: 'I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utiliza-

ção de sua obra; III - o de conservá-la inédita; IV - o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-lo como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificá-la, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada'. Já os direitos patrimoniais estão previstos no art. 29: 'Utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte'.

No que se refere à obra cinematográfica, a lei brasileira bipartiu a titularidade: ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra cinematográfica, só podendo impedir a utilização da película após sentença judicial transitada em julgado (art. 26); ao produtor o exercício dos direitos patrimoniais, salvo convenção em contrário (art. 37).

A disciplina positiva indica que no caso da obra cinematográfica, a Lei n. 5.988/1973, definindo os co-autores, ou seja, os titulares dos direitos de autor, concentrou o exercício dos direitos morais no diretor e o dos direitos patrimoniais no produtor. Com isso, o autor do argumento literário, musical ou litero-musical não tem legitimidade para exercer os direitos morais e os direitos patrimoniais sobre a obra cinematográfica. Nessa direção está, também, o art. 84 da lei de regência estipulando que a 'autorização do autor de obra intelectual para sua produção cinematográfica implica, salvo disposição em contrário, licença para a utilização econômica da obra', ressaltando no § 1º que a 'exclusividade da autorização depende de cláusula expressa, e cessa dez anos após a celebração do contrato, ressaltado ao produtor da obra cinematográfica o direito de continuar a exibí-la'.

Cuidando da obra cinematográfica, a lei cria o contrato de produção no art. 85, estabelecendo o seu conteúdo, assim a 'remuneração devida pelo produtor aos demais co-autores da obra e aos artistas intérpretes ou executantes, bem como o tempo, forma e lugar de pagamento', o 'prazo de conclusão da obra' e a 'responsabilidade do produtor para com os demais co-autores, artistas, intérpretes ou executantes, no caso de co-produção da obra cinematográfica'.

O que se põe, agora, é saber se o pagamento da remuneração prevista no contrato de trabalho equivale à quitação dos direitos decorrentes da exibição.

Antônio Chaves adverte:

“Só existe uma maneira de elevar e preservar a arte e a cultura: pagar ao autor e ao artista a retribuição a que faz jus pelo seu trabalho.

É preciso que compreendam de uma vez os nossos ‘autoralistas’ de bolso de colete que não remunerar condignamente, pior do que isso, impedir que o autor e o artista retirem do seu trabalho a compensação que a sociedade jamais cogitou de negar-lhes, é incorrer não só num ridículo tremendo, como também, praticar a maior das insânias.” (RT n. 422/63)

A remuneração de que trata o art. 85, I, a meu sentir, não exclui o pagamento do direito autoral correspondente à exibição. É certo que não compete ao produtor tal responsabilidade. Paga a remuneração prevista, quite está o produtor com o artista no que concerne à obra cinematográfica. Pode negociar a obra (‘utilização econômica da película’) a salvo de qualquer turbacão. O que, na minha compreensão, não pode o produtor é, no contrato de cessão de direitos sobre a película, por exemplo, quitar o terceiro adquirente de direitos autorais de exibição a serem pagos ao artista, sendo o direito autoral pago por exibição. Foi com esse intuito que a Lei n. 6.533, de 24 de maio de 1978, estabeleceu que os direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços ‘serão devidos em decorrência de cada exibição da obra’.

É claro que se está diante de uma questão muito específica, a da obra cinematográfica em que os direitos morais e patrimoniais têm titulares próprios indicados na lei de regência. Como visto, a questão é saber se a titularidade do direito patrimonial, que é do produtor, afasta o direito dos co-autores a receber o direito autoral em função da exibição, ou seja, se cabe o recolhimento do direito autoral de exibição para um dos co-autores, no caso, o criador da trilha sonora. Tenha-se presente que o art. 87 da Lei n. 5.988/1973 estabelece que além da remuneração prevista, ‘têm os demais co-autores da obra cinematográfica o direito de receber do produtor cinco por cento, para serem entre eles repartidos, de rendimentos da utilização econômica da película que excederem o décuplo do valor do custo bruto da produção’; e, ainda, que os ‘direitos autorais relativos a obras musicais, litero-musicais e fonogramas incluídos em filmes, serão devidos a seus titulares pelos responsáveis dos locais ou estabelecimentos a que alude o § 1º do art. 73, ou pelas emissoras de televisão, que os exibirem’.

A meu sentir, respeitando embora os poderosos argumentos daqueles que entendem não caber o direito autoral de exibição ao autor da trilha sonora, considerado pela lei de regência como co-autor, eu considero que se não pode proibir tal recolhimento, porque seria impor uma restrição que a lei não impõe. Interpretar a regra do art. 89 como sendo a obra musical incluída apenas aquela preexistente ao filme e não aquela que foi feita para o próprio filme,

somente teria sentido se no contrato de produção houvesse alguma cláusula com essa limitação, a teor do que dispõe o art. 23, citado, que admite possam os co-autores exercer de comum acordo seus direitos, salvo convenção em contrário. O que não me parece a melhor interpretação é afastar o direito autoral pela exibição somente pelo fato de ser o autor da trilha um co-autor.

Em monografia clássica, **Georges Becquet** (*“Le Droit des Auteurs en matière de Cinéma”*, Ed. Ramgal, Bruxelas, LGDJ, Paris, 1947), comentando as duras batalhas dos exibidores, que defendem a tese de que a incorporação da música no filme sonoro, formando um todo indivisível, inclui a autorização da execução pública, mostra que o compositor possui um duplo direito, assim o de receber por sua obra e o de receber pela exibição, sendo que não é possível presumir a renúncia ao seu direito sobre a execução pública, seria necessário provar que o compositor alienou esse último. Igualmente, considera **Becquet** que deve ser feita a distinção do direito que possui o compositor como co-autor do filme sobre o conjunto da obra e o direito pessoal que ele sempre conserva (*“... le compositeur possède un double droit et, comme les renonciations ne peuvent se présumer, si le compositeur n’a pas aliéné expressément son droit d’exécution publique, il en reste évidemment nanti et pourra le faire valoir au moment de la projection du film”* ... *Il faut distinguer dans le chef de celui-ci deux droits distincts: celui qu’il possède en qualité de coauteur sur l’oeuvre d’ensemble et le droit personnel qu’il conserve toujours sur sa partition*’ — pp. 138/139).

Cada exibição deve corresponder ao recolhimento de direito autoral. No nosso sistema, o direito autoral será recolhido por arrecadadora legalmente habilitada, que tem a responsabilidade do pagamento ao respectivo titular. No caso da composição musical, ao tempo em que existia a Embrafilme, o direito autoral era por ela recolhido com base em um percentual sobre o preço da venda, que repassava o total arrecadado para o Ecad, que, por seu turno repassa aos titulares. Não me recordo de ter sido feita em algum momento essa restrição de que o repasse deveria ser feito apenas com relação às músicas que não fossem contratadas diretamente para filme. É bom lembrar que o fato de ser a música preexistente, a meu sentir, não retira a configuração de co-autoria de seu autor, se for ela aproveitada como trilha sonora, por inteiro. Desde que seja a música utilizada no filme, passa ela a integrar a trilha sonora. E o seu criador deve ser considerado autor do assunto ou argumento musical ou litero-musical e, portanto, co-autor para todos os efeitos. Não enxergo, com a devida vênia, a restrição, que a própria lei não faz. E, ainda uma vez prestando minhas homenagens aos que entendem em outra direção, não é

possível criar limitação no gozo de direito que não conste expressamente de texto legal.

Com esses fundamentos, pedindo respeitosa vênia ao eminente Relator, apoiado em precedente da Corte, eu ousou divergir para afastar a distinção posta com tanto brilho e erudição, e conhecer do especial e lhe dar provimento, restabelecendo a sentença.”

Anote-se que é tranqüila a jurisprudência da Corte sobre a responsabilidade dos exibidores pelo recolhimento dos direitos autorais correspondente à execução das trilhas sonoras dos filmes (REsp n. 440.172/SP, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, DJ de 02.12.2002; REsp n. 93.725/SP, Relator o Senhor Ministro Nilson Naves, DJ de 05.02.2001).

Finalmente quanto ao terceiro ponto, isto é, os requisitos do art. 105 da Lei n. 5.988/1973 para a cobrança de direitos autorais de filmes estrangeiros, há precedentes da Corte no sentido de que necessária “demonstração da outorga de mandato específico para uma associação brasileira ou de que esta representa a correlata alienígena à qual é filiado o artista estrangeiro” (REsp n. 90.130/PR, Relator o Senhor Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 12.08.2003; REsp n. 151.095/SP, Relator o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30.03.1998). O que se verifica é que o especial entendeu que os requisitos exigidos não foram atendidos, ou seja, não existe a comprovação daquele mandato. Ora, não se trata aqui, a meu sentir, da legitimidade do Ecad independente da indicação dos autores e das músicas. Trata-se de cobrar direitos autorais de autores estrangeiros, que têm disciplina positiva própria, nos termos dos artigos 103, § 2º, e 105, parágrafo único, da Lei n. 5.988/1973, aplicável na espécie. O Ecad afirma que preenche os requisitos legais, demonstrando com as certidões que apresentou quando da réplica. Ocorre que o acórdão recorrido não cuidou dessas certidões e o Ecad deixou passar a omissão não apresentando os embargos de declaração para que fosse o tema examinado. Há, portanto, uma deficiência técnica que não autoriza a viabilidade do especial diante de um dos óbices identificados pelo acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido.

De todos os modos, tenho que somente com relação aos filmes estrangeiros a cobrança está bloqueada pela falta de comprovação dos requisitos. Todavia, tal não acontece com relação aos filmes nacionais, não atingidos por tais requisitos. Assim, superados os dois primeiros óbices, permanece hígido o terceiro, que, entretanto, alcança apenas os filmes estrangeiros, com o que não pode ser negado direito ao Ecad de cobrar os direitos autorais com relação aos filmes nacionais exibidos nas salas de cinema da empresa ré.

Destarte, eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para julgar procedente a ação de cobrança apenas no que se refere aos autores nacionais nos filmes exibidos nas salas de cinema da empresa ré, tudo como apurado em liquidação de sentença. Custas repartidas. Pagará o devedor, a título de honorários advocatícios, 2% sobre o montante exigível do débito e o credor 2% sobre a diferença entre o que o mesmo está exigindo e o valor do débito efetivamente pago, compensados, na medida do possível.

RECURSO ESPECIAL N. 537.184 — MG (2003/0049274-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Júlio Pires da Silva

Advogado: Mendelson Ângelo Dias

Recorrida: Companhia de Seguros Minas-Brasil

Advogados: Lúcio Fávio de Araújo e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Bem objeto de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*). Contrato de seguro firmado pelo arrendatário e em seu benefício. Bem de propriedade do arrendante. Propositura de ação para a cobrança da indenização securitária pelo arrendatário. Legitimidade ativa.

— O arrendatário que firma contrato de seguro em seu nome e benefício e se declara como proprietário do bem arrendado objeto do pacto possui legitimidade ativa para pleitear judicialmente o pagamento da indenização securitária devida na hipótese de sinistro, ainda que o verdadeiro proprietário do bem seja a sociedade arrendante. Precedente.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e

Humberto Gomes de Barros votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 20 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso especial interposto Júlio Pires da Silva contra acórdão exarado pelo TA/MG.

O recorrente propôs ação de cobrança em face da Companhia de Seguros Minas-Brasil, ora recorrida, objetivando o recebimento de valor a título de indenização securitária em razão da ocorrência de sinistro com veículo objeto de contrato de seguro celebrado entre as partes.

O ilustre Juiz julgou procedente o pedido para condenar a recorrida ao pagamento de indenização securitária no valor de R\$ 19.500,00 (dezenove mil e quinhentos reais), acrescido dos encargos legais.

Inconformada, a recorrida apelou ao TA/MG. Teve o seu recurso provido por acórdão assim ementado:

“Seguro de veículo. Declarações inverídicas. Propriedade alheia. Pedido improcedente. Princípio da boa-fé.

Se, ao contratar o seguro para o veículo, o segurado se diz proprietário de um carro alheio, falta com a verdade e macula e invalida a contratação, nos termos dos arts. 1.443/1.444 do CC, pois ofendeu o princípio da boa-fé que deve informar este tipo de contrato, não tendo direito a recebimentos.”

Irresignado, o recorrente interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da CF/1988, sob a alegação de ofensa aos arts. 1.432 e 1.463 do CC/1916.

Alega que, ocorrida a tradição do veículo objeto do contrato de seguro da arrendatária para o arrendante, passa ele a suportar os riscos decorrentes de sua perda ou deterioração, daí lhe ser conferida a obrigação de contratar o seguro, firmado em prol dos interesses do arrendatário.

Dessa forma, possui legitimidade ativa para a causa proposta com o fim de cobrança da indenização securitária, ainda que o destinatário da soma em dinheiro seja o arrendante.

Sustenta dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e diversos outros, dentre eles o REsp n. 242.001.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): A questão posta a desate pelo recorrente consiste em aferir se ele, na condição de arrendatário de bem objeto de contrato de arrendamento mercantil, possui legitimidade ativa para pleitear judicialmente o pagamento de indenização securitária.

O recorrente firmou com a recorrida contrato de seguro em nome dele e se declarou proprietário de veículo objeto de contrato de arrendamento mercantil firmado entre ele e a sociedade Bandeirantes S/A — Arrendamento Mercantil, que, conforme certidão exarada pelo Detran/MG, consta como a efetiva proprietária do bem.

O TA/MG reformou a sentença de procedência do pedido para extinguir o processo sem julgamento do mérito em razão da carência de ação devido a ilegitimidade do recorrente para a causa. Arrimou a conclusão nos seguintes fundamentos:

a) o recorrente é parte ativa ilegítima para a causa, por não ser proprietário do veículo desaparecido;

b) o recorrido não possui interesse para agir porque o efetivo prejuízo não foi sofrido por ele, mas sim pelo verdadeiro proprietário do veículo, que, no caso, é a sociedade Bandeirantes S/A - Arrendamento Mercantil;

c) a contratação é inválida pela inserção de declarações inverídicas, o que enseja, como punição, a perda do prêmio.

Nesse particular, há que se considerar que o fato de o recorrente não ter se declarado como o verdadeiro proprietário do objeto segurado não o torna parte ilegítima e desprovida de interesse processual para postular em juízo o pagamento da indenização securitária.

Isso porque, embora conste como proprietária do veículo segurado a sociedade arrendadora, uma vez realizada a tradição do bem ao recorrente, na posição de arrendatário, passa ele a suportar os riscos da perda ou deterioração do bem. Daí a necessidade de contratação do seguro para atenuar supostos prejuízos.

Se o bem arrendado sofre um sinistro, o efetivo prejuízo da perda é suportado pelo arrendatário, pois as obrigações contraídas perante o arrendante ainda subsistem.

Há, pois, interesse do arrendatário na solução do contrato de seguro para o fim de solver as obrigações assumidas no contrato de arrendamento mercantil firmado entre ele e o arrendante.

O tema já restou apreciado pelo STJ. No Recurso Especial n. 242.001, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 11.03.2002, discutiu-se sobre a legitimidade ativa do arrendatário para a propositura de ação para cobrança de indenização fixada em contrato de seguro assinado entre ele e a seguradora, e pelo qual se estipulou como beneficiária a arrendante do bem.

Decidiu-se que, ainda que constasse como beneficiária do seguro a arrendante, o arrendatário possuía legitimidade ativa para pleitear em juízo o pagamento da indenização securitária porque o contrato de seguro também fora firmado no seu interesse, pois a ele cabia a solução do débito contraído perante o arrendante.

No caso em tela, tem-se a situação inversa. O arrendatário firmou contrato de seguro com a seguradora e se colocou como o beneficiário da indenização securitária devida na hipótese de sinistro, ainda que fosse a arrendante a verdadeira proprietária do bem.

Assim sendo, como o arrendatário possui interesse jurídico no pagamento do débito, a ele há de ser conferida legitimidade para requerer em juízo o pagamento da referida indenização.

Forte em tais razões, *conheço* do presente recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional e *dou-lhe provimento* para reestabelecer a r. sentença às fls. 61/62.

RECURSO ESPECIAL N. 579.385 — SP (2003/0137926-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Antônio Alves de Souza Filho

Advogado: Reny Bianchezi da Silva

Recorrido: Gustavo Almeida Franco de Souza

Advogada: Adriana Soneghet Vlavianos

EMENTA

Recurso especial. Direito civil. Família. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Complementar. Reexame de provas.

— A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor.

— Tendo o Tribunal de origem reconhecido a possibilidade econômica do avô e a insuficiência de recursos do genitor, inviável a modificação da conclusão do acórdão recorrido, pois implicaria em revolvimento do conjunto fático-probatório.

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 Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ de 04.10.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Recurso especial interposto por Antônio Alves de Souza Filho, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: revisional de alimentos ajuizada por Gustavo Almeida Franco de Souza, ora recorrido, menor impúbere, representado por sua genitora, em desfavor do ora recorrente, seu avô. O ilustre juiz processou a demanda como ação de alimentos (fl. 57).

Sentença: julgou procedente o pedido, condenando o recorrente ao pagamento de dois salários mínimos mensais a título de alimentos.

Embargos de declaração: rejeitados.

Acórdão: negou provimento aos recursos de apelação interpostos pelo recorrente e pelo recorrido, nos termos da ementa que se segue:

“Alimentos — Avô paterno — Admissibilidade de sua convocação para complementar a pensão paga pelo pai do menor — Inteligência do art. 397 do Código Civil — Análise correta do binômio possibilidade/necessidade — Ação procedente — Decisão mantida — Agravo retido não conhecido — Desprovisionamento dos apelos interpostos pelas partes” (fl. 649).

Embargos de declaração: rejeitados.

Recurso especial: alegou o recorrente dissídio jurisprudencial e violação ao art. 397 do CC/1916 (art. 1.696 do Novo Código Civil), sustentando que só na impossibilidade ou ausência do genitor poderá o menor pleitear alimentos do avô paterno. Alega que, na hipótese vertente, o genitor tem condições de prestar os alimentos ao filho e que o recorrido sequer ajuizou em desfavor do genitor ação revisional buscando a pretendida majoração de alimentos.

Às fls. 720/722, decisão admitindo o especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Discute-se a responsabilidade do avô de prestar alimentos ao neto quando o genitor não tem condições de suprir as necessidades do menor.

O art. 397 do CC/1916, atual art. 1.696 do Novo Código Civil, dispõe que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximo em grau, uns em falta de outros”.

Para solução da controvérsia necessário discutir o alcance da expressão “falta” constante no referido dispositivo.

Entende-se que a mencionada expressão não deve ser interpretada de forma restritiva, mas de forma extensiva para abarcar todas as situações de impossibilidade. Assim, o neto poderia pleitear alimentos do avô quando o genitor estivesse impossibilitado de prestar a assistência necessária.

Dessa forma, estariam incluídas no comando legal as seguintes hipóteses: (i) ausência propriamente dita (aquela judicialmente declarada, a decorrente de desaparecimento do genitor e o seu falecimento); (ii) incapacidade de exercício de atividade remunerada pelo pai e (iii) insuficiência de recursos necessários para suprir as necessidades do filho.

Neste sentido, inclusive, já vem se posicionando a Quarta Turma deste STJ ao reconhecer que a responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando o genitor não possui condições de satisfazer integralmente as necessidades no menor. Confirma-se o REsp n. 81.838, da relatoria do eminente Ministro Aldir Passarinho, pub. no DJ de 04.09.2000 e o REsp n. 119.336, da relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, pub. no DJ de 10.03.2003, este último assim ementado:

“Alimentos. Avós. Obrigação suplementar.

Os avós, tendo condições, podem ser chamados a complementar o pensio-
namento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade
dos alimentandos.

Art. 397 do Código Civil. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.”

Relevante destacar que esta Turma também já se manifestou sobre o assunto
em um único precedente do eminente Ministro Ari Pargendler, pub. no DJ de 27.11.2000.
Observe-se a respectiva ementa:

“Civil. Alimentos. Complementação pelo avô. O avô está obrigado a
complementar os alimentos, sempre que as necessidades do menor não pude-
rem ser integralmente satisfeitas pelos pais. Recurso especial não conhecido.”

Na hipótese dos autos, o TJ/SP analisando o conjunto probatório, reconheceu
a insuficiência de recursos do genitor e a possibilidade econômica do avô, ora
recorrente, complementar a verba alimentícia para que as necessidades do menor,
ora recorrido, fossem supridas integralmente. Confirma-se trechos do voto proferido
no acórdão recorrido:

“No caso, comprovou-se que a pensão que o autor recebe de seu pai (75%
do salário mínimo) é insuficiente para prover suas necessidades básicas, pre-
cisando também da contribuição do avô paterno para sua subsistência, em
razão de suas despesas mensais usuais relacionadas às fls. 10/11 e 545, não
tendo condições o genitor de majorar a quantia mensal que lhe destina” (fl.
651)

“A propósito, merece transcrição o seguinte trecho do parecer da douta
Procuradoria de Justiça:

‘3.2. Restou perfeitamente demonstrada a invejável situação finan-
ceira do demandado, que pode perfeitamente auxiliar no sustento do
neto (...) Os sinais exteriores de riqueza que foram surgindo no curso da
instrução patenteiam que as possibilidades do réu são bem superiores às
que confessa em Juízo.’ (...)”

Assim, inviável modificar essas conclusões do acórdão recorrido, pois impli-
caria no reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, conforme
enuncia a Súmula n. 07/STJ.

Por fim, quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, este não ficou configura-
do. Da leitura das ementas colacionadas pelo recorrente verifica-se que os acórdãos
alçados como paradigmas ressalvaram a obrigação do avô de prestar alimentos ao
neto quando comprovada a impossibilidade econômica do genitor.

Conforme já esclarecido, na hipótese dos autos o Tribunal de origem reconheceu, expressamente, a impossibilidade econômica do pai do recorrido, não havendo, portanto, divergência de posicionamento entre o acórdão recorrido e os trazidos como paradigma.

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 11.510 — BA (2000/0003539-4)**

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Bristol Myers Squibb Brasil S/A

Advogados: Carlos Eugênio Queiroz de Castro e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível e Comercial de Feira de Santana — BA

Recorridos: Edson de Sena Prado e cônjuge

Advogado: Ruy Sandes Leal

Recorrida: Winward Trading S/A

Advogado: Décio Luiz Souza

EMENTA

Mandado de segurança. Ato judicial. Ilegalidade, abusividade ou teratologia. Inexistência. Praça. Valor da avaliação, acrescido de custas e honorários. Preço vil. Inocorrência.

I - O uso, só excepcionalmente admitido pela jurisprudência, do mandado de segurança para combater ato judicial pressupõe a presença de deformações teratológicas e, portanto, seja o ato manifestamente ilegal ou abusivo, caracterizando-se como **aberratio juris**. Tal não é a hipótese dos autos.

II - Arrematados os bens pelo valor exato da avaliação, acrescido de custas e honorários advocatícios e do leiloeiro, não se pode falar de preço vil, nem vislumbrar patente violação ao artigo 686, VI, do Código de Processo Civil.

Recurso a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso ordinário. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ de 23.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Bristol Myers Squibb Brasil S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou a ordem requerida.

Cuida-se, originalmente, de mandado de segurança impetrado contra ato omissivo do Juiz de Direito da Primeira Vara Cível de Feira de Santana, a fim de que se determinasse a suspensão temporária de praça, até que fossem apreciadas e julgadas ação anulatória de ato jurídico e medida cautelar incidental propostas pela impetrante contra a credora hipotecária e seus respectivos devedores. Posteriormente, tendo sido realizada a praça, com a arrematação dos bens objeto da execução, o pedido inicial foi aditado, pleiteando a impetrante que o produto da alienação não fosse levantado pela credora exeqüente ou, pelo menos, que se prestasse a devida caução, bem como que fosse a praça anulada.

A liminar foi deferida a fim de sustar qualquer levantamento dos valores e, provado que os fatos que embasaram sua concessão eram inverídicos, foi revogada. A impetrante interpôs agravo, a que foi negado provimento.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

A colenda Terceira Câmara Cível do egrégio tribunal **a quo** entendeu que foi a própria impetrante que, retirando os autos do cartório, impediu a manifestação judicial acerca da liminar pretendida.

Consignou, por outro lado, que a execução hipotecária foi proposta meses antes da ação anulatória, só ajuizada pela impetrante dias antes da primeira praça designada, a qual fora adiada a seu pedido, objetivando o **mandamus** nova suspensão da praça.

Registrou que o receio da impetrante, de que o levantamento do dinheiro se convertesse em dano irreparável a seu patrimônio, não tem fundamento, diante das providências tomadas pela autoridade apontada coatora, que inclusive cientificou os arrematantes da existência de litígio acerca dos bens.

Afirmou, por fim, que as questões fáticas embasadoras do **mandamus** são controversas, só podendo ser discutidas em outras vias: fraude contra a execução, fraude contra credores e crime falimentar.

O acórdão, unânime, restou assim ementado, **verbis**:

“Mandado de segurança. Denegação. Inexistindo prova eficaz a demonstrar a ilegalidade da decisão hostilizada, denega-se a segurança”.

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados.

Irresignada, a impetrante interpõe o presente recurso ordinário, fundado no artigo 105, II, **b**, da Constituição da República.

Afirma que os bens foram pracedos em virtude de execução de contrato fraudulento, firmado entre Edson de Sena Prado e sua esposa e a empresa uruguaia sem patrimônio no Brasil Winward Trading S/A, com o único objetivo de livrar seus imóveis de maior valor da execução das dívidas das suas empresas Drogafarma Comercial S/A, Comercial Somma S/A e Drogafarma Atacado S/A, de que eram fiadores.

Informa ter ajuizado “ação anulatória de ato jurídico” visando a anulação do referido contrato e impugna os valores pelos quais foram arrematados os bens.

Sustenta que, atrasando-se a apreciação do *writ* em virtude das férias forenses e realizada a praça que pretendia suspender, aditou a inicial, discorrendo sobre as irregularidades observadas tanto na contratação do mútuo quanto no processo de execução e na realização da praça, entre as quais literal ofensa ao comando do artigo 686, VI, do Código de Processo Civil, matéria que afirma ter sido ignorada pelo tribunal **a quo**.

Crítica a celeridade com que se processou a execução, sem qualquer impugnação dos devedores, apontando o fato como indicativo do conluio para desfazimento do patrimônio.

Requer o reconhecimento da violação ao artigo 686, VI, do Código de Processo Civil, e o provimento do recurso “para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder-se a segurança buscada com a conseqüente declaração de nulidade da Praça, e a conseqüente restituição dos bens pracedos ao seu estado original”.

Em contra-razões, os recorridos sustentam a respeitabilidade dos acionistas e das empresas, que vieram a falir após 60 anos de atividades, com o fim do regime

inflacionário e a grande recessão que se abateu sobre o país com a instituição do Plano Real, e afirmam que não embargaram nem a execução movida pela Winward Trading S/A nem as execuções movidas pela impetrante.

Asseveram que os bens pracedados o foram por valor superior ao da avaliação e que a impetrante não tem qualquer direito líquido e certo a ser protegido pelo **mandamus**.

A Dr^a. Delza Curvello Rocha, Subprocuradora-Geral da República, ratificou o parecer ministerial local, manifestando-se pelo desprovemento do recurso (fl. 392).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): De acordo com a previsão legal (Lei n. 1.533/1951, art. 1^o) e constitucional (CF, art. 5^o, LXIX), conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade ou agente público, desde que não se trate de despacho ou decisão recorível ou que possa ser modificado por via de correição (Lei n. 1.533/1951, art. 5^o, II).

Destarte, o uso, só excepcionalmente admitido na doutrina e pela jurisprudência, do mandado de segurança para combater ato judicial pressupõe contenha ele deformações teratológicas e seja, por conseguinte, manifestamente ilegal ou abusivo, caracterizando-se como verdadeira aberração. Mas a tais pressupostos não se adapta a hipótese em exame.

Muito embora as alegações da impetrante façam supor a ilegalidade do contrato de mútuo celebrado com empresa estrangeira, sem patrimônio no território nacional, levado a termo 1 (um) dia antes de pedido de concordata, dando-se como garantia hipotecária os bens pessoais dos sócios que, antes, emitiram carta de fiança para garantir pessoalmente dívida contraída pela pessoa jurídica concordatária, tais alegações restaram controvertidas, só podendo ser discutidas em vias ordinárias. Aliás, fala-se na propositura de ação visando à anulação do ato jurídico.

É de se ter presente que, nesta sede, a matéria fática deve ser comprovada de plano. Se o direito depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para os fins da segurança.

O mandado de segurança originalmente interposto pretendia suspender a praça e, posteriormente, evitar os seus efeitos, com o levantamento dos valores arrecadados. Os dois atos já foram consumados, encontrando-se o pedido até prejudicado pelo exaurimento dos atos que visava impedir.

Ademais, a pretensão de anulação da praça por suposta violação ao artigo 686, VI, do Código de Processo Civil, não logra sucesso, eis que não é patente a alegada violação do referido dispositivo legal, não tendo os bens sido arrematados por preço vil, mas pelo valor exato da avaliação, acrescido de custas e honorários advocatícios e do leiloeiro.

E o magistrado justificou sua omissão em apreciar o pedido de suspensão da praça deduzido em cautelar na retenção dos respectivos autos pelos patronos da impetrante, que só o entregaram ao cartório 15 (quinze) minutos antes do certame.

Não vislumbrando a alegada ilegalidade, *conheço* do recurso, mas *lhe nego provimento*.

É como voto.

Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 112.254 — SP (1996/0069084-7)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrentes: Clóvis Domingos Dândaro e cônjuge

Advogados: Joaílson Barbosa dos Santos e outro

Recorridos: Alcides Waldomiro Dandaro e outros

Advogados: Antônio Almussa Filho e outro

EMENTA

Civil. Doação inoficiosa.

1. A doação ao descendente é considerada inoficiosa quando ultrapassa a parte que poderia dispor o doador, em testamento, no momento da liberalidade. No caso, o doador possuía 50% dos imóveis, constituindo 25% a parte disponível, ou seja, de livre disposição, e 25% a legítima. Este percentual é que deve ser dividido entre os 6 (seis) herdeiros, tocando a cada um 4,16%. A metade disponível é excluída do cálculo.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Por Clóvis Domingos Dândaro e Dirce Schiavinato Dândaro foi ajuizada ação ordinária contra Alcides Waldomiro Dândaro, Maria Dirce Rodrigues Dândaro, Antonia Marilda Dândaro Maximino, Luiz Carlos Maximino, Maria José Dândaro Rissato, Luiz Arnaldo Rissato, Fatima Augusta Dândaro Bonfim, José Vaz Bonfim e Antonio Pedro Dândaro, visando à decla-

ração de nulidade de doação realizada por Domingos Dândaro, falecido em 19.08.1987, e Dozolina Gemente Dândaro, pais do primeiro requerente, na parte excedente da metade da qual o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. O pedido foi julgado procedente, declarando nula a doação feita para os réus por Domingos Dândaro, dos imóveis matriculados sob os ns. 21.639, 21.640, 21.641 e 21.642, referentes à parte inoficiosa, correspondente a 25% de cada um, determinando a expedição de mandado de cancelamento ao cartório de Registro de Imóveis, após o trânsito em julgado.

Após rejeitados embargos de declaração, inconformados, apelaram os réus e os autores, pretendendo estes a reforma da sentença para reconhecer que a parte inoficiosa é de 8,33% dos imóveis doados e aqueles, preliminarmente, a decretação de nulidade do **decisum**, em razão do julgamento antecipado da lide, e, no mérito, a fixação do percentual de 4,16% em relação a cada imóvel.

A Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastando a preliminar de nulidade da sentença, nega provimento ao apelo dos autores e dá provimento ao recurso dos réus em acórdão assim sintetizado:

“Anulatória de doação na parte inoficiosa. Argüição de existência de adiamento de legítima em favor dos autores. Irrelevância. Circunstância se eventualmente caracterizada poderá autorizar, em sede de inventário, a exigibilidade de colação de bens. Inoficiosidade que deve ser reconhecida com base no patrimônio existente no momento da liberalidade. Recurso dos réus provido para fixação do percentual de inoficiosidade que corresponde à porção em que a legítima do autor foi desrespeitada.” (Fl. 123)

Sobreveio, então, o presente recurso especial, interposto por Clóvis Domingos Dândaro e outra, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, assinalando violação aos arts. 1.178 e 1.790, ambos do Código Civil, bem como dissídio pretoriano, pedindo, ao final, que seja reconhecido como parte inoficiosa o correspondente a 8,33% de cada um dos imóveis doados, em razão de a doação ter sido realizada de ascendente para descendente, devendo ser conservado o direito de igualdade na herança.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O cerne da controvérsia gira em torno do valor fixado pelo Tribunal de origem, relativo à parte inoficiosa da doa-

ção, correspondente a 4,16% de cada um dos imóveis doados, valendo transcrever excerto do acórdão recorrido ao asseverar:

“Observe-se que a nulidade, na forma do artigo 1.176 do Código Civil, existe tão-somente em relação à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

“É nula, pois, insista-se, a doação na parte que vulnera a legítima e que se chama inoficiosa; mas, a nulidade só atinge a porção excedente, no que tem de imodesta, no excesso da legítima; a liberalidade deverá ser assim reduzida às devidas proporções” (**Washington de Barros Monteiro**, ‘Curso de Direito Civil’, Saraiva, 1975, p. 127).

Deve-se consignar que na sistemática do Código Civil, inexistente qualquer impedimento à disposição pelo doador de sua parte disponível, mesmo que for em benefício de seus herdeiros. Tanto assim que como preleciona **Sílvio Rodrigues** nada impede ao testador ‘declarar que a gratificação, levada a efeito em vida, se deve incluir em sua metade disponível, pois, é seu propósito melhor aquinhoar determinado herdeiro, em detrimento dos outros’ (**Sílvio Rodrigues**, in ‘Direito Civil’, Volume 7, ‘Direito das Sucessões’, Saraiva, 1975, p. 287).

Vê-se que a quota disponível é ‘a porção do patrimônio do finado de que pode ele dispor, por testamento, sem qualquer restrição’ (**Sílvio Rodrigues**, in ‘Direito Civil’, Volume 7, ‘Direito das Sucessões’, Saraiva, 1975, p. 199).

O mesmo conceito de quota disponível é aplicável, no caso de disposição por doação, em face ao que decorre do artigo 1.176 do Código Civil.” (Fls. 129/130)

“O artigo 1.790 do Código Civil estabelece que ‘o que renunciou à herança, ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas para o fim de repor a parte inoficiosa’ sendo que o parágrafo único deste dispositivo ao dispor que ‘considera-se inoficiosa a parte da doação, ou do dote, que exceder a legítima e mais a metade disponível’, não constitui impedimento à livre disposição da parte disponível. Consoante ainda explica o Professor **Sílvio Rodrigues** ‘a idéia que inspira o mandamento legal é a de que a liberalidade feita ao renunciante ou ao indigno pode ser de tal vulto que absorva não apenas a parte disponível do **de cujus**, mas também a parte da legítima de seus herdeiros necessários. Por isso que a liberalidade deve ser conferida, para o fim de ser ela reduzida ao limite legal, ou seja, para o fim de reportar-se a parte inoficiosa. Parte inoficiosa é a que excede à legítima do descendente, mais a porção disponível do testador’ (Obra citada, p. 287).” (Fls. 130/131)

“O artigo 1.178 é norma jurídica inserta no Livro III do Código Civil relativo ao Direito das Obrigações e traz disposição geral a respeito do contrato de doação, sem qualquer conteúdo voltado ao direito sucessório, ou especificamente no tocante à isonomia entre filhos e herdeiros. A regra simplesmente estabelece que salvo disposição em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Isto quer dizer que a norma atinge os donatários que são partes no contrato de doação.

Destarte, a disposição não tem qualquer proveito relativamente aos autores que não são partes no impugnado contrato de doação.” (Fls. 131/132)

“O doador falecido possuía 50% dos imóveis, e portanto, a divisão deverá ser feita na seguinte forma: 25% constituem a parte disponível e que poderia ser objeto integral de doação. Os outros 25% constituem a legítima dos herdeiros necessários. No que se refere a estes últimos 25% (legítima), o mesmo deve ser dividido entre os seis herdeiros, cabendo a cada um 4,16%.” (Fl. 132)

De início, consoante ressaltado no julgado **a quo**, não há falar em violação ao art. 1.178 do Código Civil, que versa sobre matéria alheia às questões debatidas nos autos, referentes à sucessão.

Outrossim, aplicável ao caso em tela do disposto no art. 1.790 do Código Civil, porquanto cuida a espécie de doação de ascendente para descendentes, das quais pretendem os recorrentes seja reconhecida a parte inoficiosa.

Entretanto, o cálculo a ser realizado é diverso daquele declinado nas razões de recurso, onde pretendido o reconhecimento como parte inoficiosa o percentual de 8,33% de cada um dos imóveis doados, como forma de manutenção do direito de igualdade na herança.

A propósito, vale transcrever a lição de **Sílvio Venosa**, in “Direito das Sucessões”, Ed. Atlas, edição de 2001, **verbis**:

“A doação ao descendente será considerada inoficiosa quando for superior a sua parte legítima, mais a parte disponível. A invalidade não é total. Só no que suplantar esse cálculo aritmético. Nesse caso, é feita a redução até caber nesse limite. Os sucessores nomeados no testamento só recebem se sobrar patrimônio após tais reduções.

Consideremos o exemplo no qual existem dois filhos. A doação foi feita quando o patrimônio do doador era de 2.000. O valor da doação foi de 1.600. Há uma parte inoficiosa. Isso porque, quando da doação, o titular do patrimônio tinha como sua parte disponível o valor de 1.000 (a metade do acervo).

A outra metade de 1.000 constituía a legítima dos dois filhos, cabendo 500 para cada um. A doação avançou em 100 da legítima do filho não donatário, porque o valor da mesma não poderia ultrapassar 1.500. A inoficiosidade refere-se, portanto, ao valor de 100, que deve ser repostado pelo herdeiro-donatário.”

Outro não é o escólio de **Carlos Maximiliano**, citado por **J. M. Carvalho Santos**, in “Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Sucessões”, 11^a ed., Ed. Livraria Freitas Bastos S/A:

“Considera-se inoficiosa a parte da doação ou do dote, que exceder a legítima e mais a porção disponível. O Código define aqui o que seja parte inoficiosa, a cuja reposição estão obrigados o indigno e o renunciante, por incidir a doação em tais condições sobre a parte indisponível da herança.

Conforme assinala **Carlos Maximiliano**, a lei completou, neste dispositivo, em prol do renunciante da herança, o determinado no art. 1.176: enquanto este retira aos donatários o que não cabe na cota disponível, aquele conserva em poder do renunciante o que não vai além da soma da cota referida com a legítima (Obra e loc. cit.).

Esclarece, abaixo, que não há contradição entre os dois textos: ‘Em verdade, os atos benéficos jamais poderão prejudicar a legítima; por isso, o primeiro preceito anula a parcela excedente da cota disponível; porém o herdeiro necessário tem direito à reserva; logo prevalece a dádiva que cabe na sua legítima e como também é lícito a cada um a metade do seu patrimônio, segue-se a conclusão de ser válido o dom igual em valor à soma da reserva individual do filho com a íntegra da cota disponível do espólio’. (Obra e loc. cit., a nota 3)’

Então, adequado o cálculo do venerando acórdão, porquanto apenas se pode reputar inoficiosa a doação naquilo que ultrapassa a parte de que poderia dispor o doador, em testamento, no momento da liberalidade. Como já declinado, o doador, na dicção do julgado, possuía 50% dos imóveis, constituindo 25% a parte disponível, ou seja, de livre disposição, e 25% a legítima. Este percentual é que deve ser dividido entre os 6 (seis) herdeiros, tocando a cada um 4,16%. A metade disponível é excluída do cálculo.

Quanto ao dissenso pretoriano, como bem lembrado no despacho de admissibilidade, aplica-se a Súmula n. 13 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o acórdão paradigma, a exemplo do julgado recorrido, é também do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 160.037 — RS (1997/0092309-6)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Madeireira Itacolomi Ltda
Advogado: Leonildo Tieppo
Recorrida: Salomão Malcon Administracões e Participaçõs Ltda
Advogados: Patrícia Outeiral de Oliveira e outro

EMENTA

Execução. Alugueres fixados em ação revisional. Cumulação. Título judicial e extrajudicial. Admissibilidade no caso. Inépcia da inicial e excesso de execução inexistentes.

— É possível a cumulação de execuções fundadas em títulos diferentes, desde que haja identidade entre as formas de execução e que seja competente o mesmo juízo. Art. 573 do CPC.

— Montante do débito indicado nas planilhas anexadas à exordial da execução.

— Inexistência de excesso de execução, uma vez que esta compreendeu a diferença dos alugueres apurados na ação revisional, os alugueres vencidos posteriormente, até a data da desocupação, e as custas e honorários advocatícios da mesma ação revisional.

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, 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 Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: “Madeira Itacolomi Ltda” opôs embargos à execução, fundada em valores locativos fixados em ação revisional de aluguel, que lhe move “Salomão Malcon Administrações e Participações Ltda. Arguiu a embargante: a) inépcia da inicial; b) nulidade da execução por inexistência de título; c) iliquidez do débito; d) excesso de execução.

Julgados improcedentes os embargos, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo interposto pela embargante, considerando que:

a) é possível a cumulação da execução de títulos judicial e extrajudicial;

b) não há falar em inépcia da inicial, pois a pretensão da embargada encontra guarida nos arts. 604 e 652 do CPC;

c) inexistente o alegado excesso de execução, de vez que a credora cobra a diferença dos locativos apurados na ação revisional somando-se aqueles impagos até a desocupação do imóvel, sendo suficiente o simples cálculo aritmético para obter-se o montante atualizado da dívida;

d) cabem honorários advocatícios na demanda incidental de embargos.

Inconformada, a embargante tirou este recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do admissor constitucional, apontando ofensa aos arts. 267, I, 282, 295, I, e parágrafo único, I, II e III, 521, 573, 586, 587, 589, 618, I, e 741, V, todos do CPC, além de dissenso interpretativo. Aduziu, em primeiro lugar, ser inadmissível a cumulação numa só execução de títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Insistiu na assertiva de inépcia da inicial da execução, pois não menciona o valor do débito principal. Acentua ocorrer excesso de execução, de vez que, em momento algum, a exordial desta faz referência à cobrança dos locativos estranhos à ação revisional. Por derradeiro, sustentou serem indevidos os honorários advocatícios na ação incidental de embargos.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Nada ventilou a decisão recorrida em torno dos arts. 521, 586, 587, 589 e 590 do Código de Processo Civil, restando ausente aí o requisito do prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356/STF).

2. **Prima facie**, não há falar em nulidade da execução por cumulação indevida de execuções (por título judicial e extrajudicial). Na verdade, a ação revisional

intentada pela locadora contra a sua ex-inquilina foi julgada procedente para fixar o aluguel mensal do imóvel em Cr\$ 50.500,00 (cinquenta mil e quinhentos cruzeiros), a partir de maio de 1991. Esta foi a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, de cunho substancialmente constitutivo. De sorte que era e é perfeitamente admissível que a credora aparelhe, como o fez, a execução para haver da ex-locatária os alugueres correspondentes ao período em que tramitara aquela ação revisional e aos meses subseqüentes, até a data da desocupação. Permite-se, de modo inequívoco, a norma do art. 573 da lei processual civil. Nessa linha, por sinal, a jurisprudência desta Corte:

“É possível a cumulação de execuções fundas em títulos diferentes, desde que haja identidade entre as formas de execução e que seja competente o mesmo juízo para julgá-las, nos termos do art. 573 do Código de Processo Civil.” (REsp n. 324.172/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca).

Dir-se-á que a exeqüente incluiu no seu pleito executivo a condenação relativa às despesas processuais e à verba honorária havidas na referida ação revisional. Tal circunstância, todavia, não induz à nulidade da execução, desde que o objetivo da credora foi o de atender aos princípios da economia processual e de menos onerosidade ao devedor (art. 620).

Nenhum prejuízo adveio, com efeito, diante da cumulação, à ora recorrente. Claro que, cobrada aqui, não será levada a efeito nos autos da aludida ação revisional. Aplica-se, no caso, o brocardo *pas de nullité sans grief*.

2. A inicial da execução, de outro lado, não é inepta.

A pretensão deduzida pela locadora é clara: cobrança da diferença de alugueres apurados na revisional, mais os valores locativos que se venceram daí até a desocupação do prédio. Se é certo que não se mencionou o montante do débito principal, indubitável, de outro lado, é que a exeqüente indicou como valor da causa precisamente o total da dívida principal — R\$ 4.414,86 (quatro mil, quatrocentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos), fl. 4 do apenso.

De todo modo, os documentos que instruem a execução suprem a deficiência havida. Basta atentar-se para as planilhas juntadas às fls. 28/29 do apenso, que cumpre a regra inscrita no art. 604 do CPC.

Não fora isso, para obter-se o importe da dívida, basta proceder-se a cálculo aritmético.

3. Também inexistente o alegado excesso de execução, como bem evidenciou o acórdão recorrido.

Conforme se deixou acima assinalado, a execução abrangeu a diferença de

alugueres apurados na indigitada ação revisional, os locativos que se venceram a seguir, até a data de desocupação, e, por fim, a condenação em custas e honorários advocatícios havida na mesma ação de revisão.

Tais verbas são devidas: os aluguéis por força do disposto no art. 585, II, do Estatuto Processual Civil; as decorrentes da sucumbência, ante a condenação imposta.

Tocante ao dissídio pretoriano, não é ele passível de aperfeiçoar-se, seja porque a recorrente não cuidou de cumprir os ditames dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ, seja porque, de qualquer forma, os paradigmas selecionados não enfocam a mesma tese esposada pelo **decisum** ora combatido.

4. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 210.606 — AC (1999/0034237-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Eunice Dias Dantas

Advogado: Jorge Araken Faria da Silva

Recorrida: Sociedade de Amparo à Família

Advogada: Alexandrina Melo de Araújo

EMENTA

Processual Civil — Recurso especial — Reintegração de posse — Prescrição da ação possessória — Inocorrência — Usucapião extraordinário — Não-configuração — Alegação de violação aos arts. 177 e 550 do CC/1916.

1. Não obstante a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da posse, esta Corte, relativamente a este aspecto, firmou-se no sentido de que tal ação tem natureza pessoal e, em decorrência, prescreve em vinte anos (v.g. REsp n. 331.779/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 04.02.2002, REsp n. 93.308/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1º.07.1999, REsp n. 40.721/MG, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 1º/ 08/1994, entre outros).

2. No caso vertente, extrai-se dos autos que a Sociedade de Amparo à Família alugou imóvel para a irmã da ora recorrente e, após o fale-

cimento daquela — em 03.05.1990 —, esta permaneceu indevidamente no imóvel da locadora, cometendo, pois, esbulho, a partir da referida data. O ajuizamento da possessória se deu em 28.06.1994. Assim, transcorreram-se apenas pouco mais de 04 (quatro) anos entre a data da ocorrência do esbulho e o ajuizamento da ação. Destarte, não há falar em ocorrência da prescrição.

3. No que concerne ao segundo aspecto — infringência ao artigo 550 do Código Civil/1916 — o recurso não merece melhor sorte. **In casu**, como bem ressaltado no acórdão impugnado, ao examinar o robusto material probatório, a ora recorrente não ocupou o imóvel como se fosse dona, já que naquele residia ciente da existência de um contrato de locação estabelecido entre a sua irmã (Edine) e a ora recorrida (Sociedade de Amparo à Família), estando ausente, pois, o **animus domini**. Como se sabe, o usucapião decorre da conjugação de dois fatores: posse (com **animus domini**) e tempo. A primeira, como salientado acima, não restou caracterizada. E, no que concerne à segunda (tempo), é incontroverso de que até 1990 — data do óbito da locatária — inexistia a possibilidade de caracterização daquele instituto, tendo em vista a existência da citada relação locatícia. Destarte, ausentes os requisitos do usucapião extraordinário, não falar em vulneração ao artigo 550 do Código Civil/1916.

4. Por outro lado, infirmar o v. acórdão, neste particular, exige o reexame de provas, o que é inviável na via eleita (Súmula n. 07 do STJ).

5. Recurso 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, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Sociedade de Amparo à Família ajuizou ação de reintegração de posse, em face de Eunice Dias Dantas, alegando que, com a morte de Edine Dantas — irmã de Eunice e locatária do imóvel situado na Avenida Getúlio Vargas n. 575, em Rio Branco — AC, de propriedade da autora —, a ré se manteve no imóvel, sem regularizar sua situação, privando a autora, portanto, de sua posse.

Por ocasião do julgamento da ação possessória, o magistrado local julgou procedente o pedido, para reintegrar a autora na posse do imóvel descrito na inicial, reconhecendo, entretanto, a boa-fé da ré, e por conseguinte, o direito de indenização pelas benfeitorias levantadas na área, tudo após apuração pericial em liquidação de sentença.

Irresignada, a ré apelou perante o Tribunal **a quo**, sustentando, preliminarmente, incompetência do Juízo de Direito de Registros Públicos para processar e julgar a ação e prescrição da pretensão possessória. No mérito, alegou a ocorrência de usucapião. A colenda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Acre rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso, em acórdão assim sumariado:

“Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Incompetência absoluta do juízo da Vara dos Registros Públicos para processar e julgar ação possessória ao tempo do novel código de organização e divisão judiciárias estadual. Manutenção da competência por ato do Presidente do Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade da declaração de nulidade dos atos decisórios. Prescrição do direito de ação. Usucapião extraordinário. Atos inequívocos.

1. Ao tempo da vetusta e revogada Lei de Organização e Divisão Judiciárias (Lei Complementar n. 03, de 12.01.1981) consoante a regra do art. 46, § 1^a, letra **g**, a competência para processar e julgar as ações possessórias, dentre as fundiárias, era a 7^a Vara Cível que cumulativamente processava e julgava os feitos dos registros públicos. Com o advento da Lei Complementar n. 47, de 22.11.1995, que instituiu o Código de Organização e Divisão Judiciárias, foram criadas novas Varas, dentre estas, a dos Registros Públicos com competência para Corregedoria permanente dos Cartórios Extrajudiciais, quando, então, passou o processo e julgamento das ações possessórias a quaisquer dos Juízos das Sete Varas Cíveis de competência genérica na Capital, consoante a regra do art. 230, incisos I e V, do Código Judiciário Acreano. Ocorre que com a criação das novas Varas e modificações de algumas, em funcionamento, dada a impossibilidade de instalação das mesmas, frente à inexistência de infra-estrutura material e humana, aliada à falta de previsão

orçamentária, editou a Presidência do egrégio Tribunal de Justiça a Portaria n.798, de 06.12.1996, mantendo as competências e jurisdições de todas as Varas e Comarcas até a instalação das que foram criadas pelo Código Judiciário Estadual, razão pela qual não há que se falar em incompetência absoluta do Juízo da Vara dos Registros Públicos para o processamento e julgamento da ação reintegratória de posse, posto que mantida a competência da então 7ª Vara Civil, diante da justificativa do Ato Presidencial, inexistindo, assim, a nulidade dos atos decisórios.

2. A corrente preponderante na jurisprudência que abraçou a boa doutrina, é no sentido de que a ação possessória tem o caráter simplesmente pessoal, atendo não configurar a posse no elenco dos direitos reais. **In casu**, o prazo prescricional reclamado começou a fluir com o falecimento da locadora do imóvel ocorrido em maio de 1990. Ora, se a regra do art. 177 do Código Civil preceitua que as ações possessórias prescrevem em vinte anos, e tendo sido proposta a ação de reintegração de posse em junho de 1994, não há que falar em perda do direito de ação, ante a inoccorrência da prescrição.

3. Sendo o imóvel que pretende usucapir objeto de posse direta, em virtude de contrato de locação verbal no qual não figurava a apelante, não fica caracterizado o **animus domini** necessário a gerar a prescrição positiva. Ademais, o possuidor tem de se comportar como dono da coisa, possuindo-a tranqüilamente. A vontade de conduzir como proprietário do bem carece ser produzida.” (Fls. 457/458)

Daí, o presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, em que a recorrente sustenta que a decisão hostilizada contrariou o artigo 177 do Código Civil/1916, sob o argumento de ser a posse um direito real — e não um direito pessoal —, prescrevendo, pois, em 10 anos, bem como o artigo 550 do mesmo estatuto civil, aduzindo que está na posse do imóvel em questão há mais de quarenta anos sem interrupção, “mansa e pacificamente e com **animus domini**, tanto assim que, nos anos em que ocupa o imóvel, fez benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias, sem que a recorrida jamais molestasse.” (Fl. 518)

Contra-razões apresentadas às fls. 530/540.

Admitido o recurso pelo Tribunal de origem (fl. 546), os autos subiram a esta Corte, vindo-me conclusos por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, o presente recurso especial centra-se, fundamentalmente, em dois aspectos: 1) alegação de contrariedade ao artigo 177 do Código Civil/1916, sob o argumento de ser a posse um direito real — e não um direito pessoal —, prescrevendo, pois, em 10 anos; e 2) violação ao artigo 550 do mesmo estatuto civil, porquanto a recorrente teria direito ao usucapião extraordinário.

O recurso improcede.

Diz o art. 177 do CC/1916, **verbis**:

“Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.”

No que tange ao sobredito dispositivo legal, aduz o recorrente que a posse é de natureza real e não pessoal. Não obstante a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica de tal instituto, esta Corte, relativamente a este aspecto, *firmou-se no sentido de que tal ação tem natureza pessoal e, em decorrência, prescreve em vinte anos* (v.g. REsp n. 331.779/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 04.02.2002, REsp n. 93.308/RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1ª.07.1999, REsp n. 40.721/MG, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 1ª.08.1994, entre outros).

No caso vertente, extrai-se dos autos que a Sociedade de Amparo à Família alugou imóvel para a irmã da ora recorrente e, após o falecimento daquela — em 03.05.1990 —, esta permaneceu indevidamente no imóvel da locadora, cometendo, pois, esbulho, a partir da referida data. O ajuizamento da possessória se deu em 28.06.1994. Assim, *transcorreram-se apenas pouco mais de 04 (quatro) anos entre a data da ocorrência do esbulho e o ajuizamento da ação. Destarte, não há falar em ocorrência da prescrição.*

No que concerne ao segundo aspecto — infringência ao artigo 550 do Código Civil/1916 — o recurso não merece melhor sorte. Com efeito, o referido dispositivo preceitua, **verbis**:

“Art. 550. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.”

In casu, como bem ressaltado no acórdão impugnado, ao examinar o robusto material probatório, *a ora recorrente não ocupou o imóvel como se fosse dona, já*

que naquele residia ciente da existência de um contrato de locação estabelecido entre a sua irmã (Edine) e a ora recorrida (Sociedade de Amparo à Família), estando ausente, pois, o **animus domini**. Como assevera Caio Mário da Silva Pereira: “A posse **ad usucapionem** é aquela que se exerce com intenção de dono — **cum animo domini**. Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire tónus de essencialidade. De início, afasta-se a mera detenção, pois, conforme visto acima não se confunde ela com a posse, uma vez que lhe falta a vontade de tê-la. E exclui, igualmente, toda posse que não se faça acompanhar da intenção de ter a coisa para si — **animus rem sibi habendi**, como por exemplo a posse direta do locatário, do usufrutuário, do credor pignoratício, que, tendo embora o **ius possidendi**, que os habilita a invocar os interditos para defesa de sua situação contra terceiros e até contra o possuidor indireto (proprietário), não têm nem podem ter a faculdade de usucapir. E é óbvio, pois aquele que possuir com base num título que o obriga a restituir desfruta de uma situação incompatível com a aquisição da coisa para si mesmo. Completando-lhe a qualificação é que se impõe o requisito anímico, que reside na intenção de dono: possuir **cum animo dominini**”.

Como se sabe, o usucapião decorre da conjugação de dois fatores: *posse (com animus domini)* e *tempo*. A primeira, como salientado acima, não restou caracterizada. E, no que concerne à segunda (tempo), é incontroverso de que até 1990 — data do óbito da locatária — *inexistia a possibilidade de caracterização daquele instituto, tendo em vista a existência da citada relação locatícia*. Destarte, ausentes os requisitos do usucapião extraordinário, não falar em vulneração ao artigo 550 do Código Civil/1916.

Por outro lado, infirmar o v. acórdão, neste particular, exige o reexame de provas, o que é inviável na via eleita (Súmula n. 07 do STJ).

Por tais fundamentos, *não conheço do recurso*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 287.816 — RJ (2000/0119071-7)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrentes: César Augusto Leite Seabra e outro

Advogados: Joseval Sirqueira e outros

Recorrido: Kleber Fonseca de Souza Leite

Advogado: Luiz Eduardo Weaver

EMENTA

Indenização. Dano moral. Arbitramento do **quantum**. Manutenção. Encargos sucumbenciais.

— O montante da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando, de um lado, tiver sido definido em importe manifestamente exorbitante ou, de outro lado, em quantia claramente irrisória.

— “Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada, ficando afastada a orientação que veio a ser sufragada, por maioria, nos EREsp n. 63.520/RJ, que pode levar ao paradoxo de impor ao vencedor na causa honorários mais elevados que a própria condenação obtida.” (REsp n. 259.038/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

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 especial, 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 Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 16.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Kleber Fonseca de Souza Leite ajuizou ação de indenização por danos morais contra o jornalista César Augusto Leite Seabra e “Areté Editorial S/A”, sob a alegação de que o jornal “Lance — O Diário dos Esportes”, de propriedade da editora ré, publicou matéria ofensiva à honra e à dignidade do autor.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, o pedido “para condenar os Réus, solidariamente, no pagamento da importância equivalente a 250 (duzen-

tos e cinquenta) salários mínimos”, determinando ainda que, “diante da sucumbência recíproca, as custas processuais serão rateadas, compensando-se os honorários advocatícios”. (Fls. 151/156)

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade, deu provimento parcial aos apelos: a) dos réus a fim de reduzir o valor da indenização para 200 (duzentos) salários mínimos; b) adesivo do autor, para condenar os réus a arcarem com as verbas da sucumbência, arbitrando os honorários do advogado do autor em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Os fundamentos do acórdão resumem-se na seguinte ementa:

“Apelação cível. Ação de indenização por dano moral, no procedimento ordinário, julgada procedente, em parte. Com o advento da Constituição de 1988, a indenização por dano moral ficou adstrita ao Direito Civil. Inaplicabilidade da Lei n. 5.250/1967. Questão a ser examinada, segundo o disposto no art. 5º, V, da Carta Magna e do art. 159 do Código Civil. Responsabilidade solidária pela reparação, se houver mais de um causador do dano. Art. 1.528, do Código Civil. Rejeição das preliminares objeto do agravo retido. Direito à livre manifestação de pensamento. Art. 220 da Constituição Federal de 1988 e os inestimáveis serviços prestados pela imprensa à causa pública, censurando os maus costumes na sociedade e no próprio Estado. Crítica sobre a administração do futebol, mas admitindo também um juízo de valor a respeito do apelante, excedendo os limites da liberdade de imprensa. Expressões jornalísticas capazes de atingir a sensibilidade do homem médio e de lhe causar vexame e humilhação. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. Redução do seu valor para 200 salários mínimos, observados os critérios da razoabilidade e da moderação, sabido que não se cuida de uma reparação integral. Recorrente adesivo vencedor da demanda. Direito à verba da sucumbência. Provimento parcial de ambos os recursos. Decisões unânimes.” (Fl. 218)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, declarando-se que:

“O natural inconformismo dos Embargantes com a condenação em dano moral não pode mais ser reexaminado nesta egrégia Câmara.

A condenação em honorários, porque vencidos na demanda, é imposição da lei e se acha nos exatos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

O Juiz sabidamente não é legislador e, havendo regra expressa sobre a matéria, não é possível adotar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A questão está decidida conforme as regras previstas em nosso ordenamento jurídico, aplicando-se a lei nos seus justos limites.” (Fl. 229)

Ainda inconformada, a empresa ré manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 21 e 535, I e II, do CPC; 159 do Código Civil/1916; e 4ª e 5ª da LICC, além de dissídio jurisprudencial. Argüíram a nulidade do acórdão por não se haver pronunciado acerca das contradições e omissões apontadas nos declaratórios. De outro lado, argumentando que o valor arbitrado se apresenta exorbitante e desproporcional à ofensa, pleitearam a redução do **quantum** indenizatório. Sustentaram, ainda, que, em face da sucumbência recíproca, os seus encargos — os quais se incluem as custas processuais e os honorários advocatícios — devem ser arcados por ambos os litigantes.

Contra-arrazoado, o apelo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Não há falar em transgressão ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, porque contradição inexistiu na decisão recorrida, seja quanto à determinação do montante indenizatório, seja quanto à fixação dos ônus sucumbenciais. O que pretenderam, em última análise, os embargantes recorrentes foi o rejugamento da causa, intento que não se comporta, entretanto, na via dos embargos declaratórios. De outro lado, também a alegada omissão incorreu, desde que ambas as questões ventiladas foram objeto de exame pelo acórdão combatido.

2. O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando, porém, tiver sido definido, de um lado, em importe manifestamente exorbitante ou, de outro lado, em montante claramente irrisório.

Sabe-se que, na fixação do valor reparatório relativo ao dano moral, prevalecem como critérios:

- a) o grau do sofrimento;
- b) a gravidade e a natureza da ofensa e sua repercussão;
- c) a posição social e familiar do ofendido;
- d) a intensidade do dolo ou o grau da culpa;
- e) a situação econômica do ofensor.

Não se pode afirmar que o arbitramento realizado pelo Tribunal de origem tenha extrapolado, no caso, os princípios da razoabilidade e da moderação, considerados as circunstâncias da causa e o número de publicações jornalísticas (duas). Basta assinalar que, em precedentes desta Casa a respeito do mesmo tema, os valores determinados situam-se no patamar correspondente a 200/300 salários mínimos. Dentre eles, podem ser mencionados os REspS ns. 226.956/RJ e 488.921/RJ, ambos de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior; 243.093/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Fora dos parâmetros acima registrados, uma simples reformulação do **quantum** arbitrado pelas instâncias ordinárias restaria relegada ao plano dos fatos, o que é defeso nesta fase, a teor do que dispõe a Súmula n. 07/STJ.

3. Por igual, não há reparos a fazer-se tocante à imposição dos encargos sucumbenciais.

A peça exordial deixara a fixação do montante reparatório a critério do julgador (fl. 14). É certo que, provocado pelo MM. Juízo de Direito, o autor terminou por especificar o seu pleito, referindo-se à importância equivalente a 400 salários mínimos (fl. 30).

Ainda que se admita tenha sido esse o **quantum** pretendido pelo autor a título de indenização por danos morais, não se tem como contrariado, na espécie, o art. 21, **caput**, do CPC. Quem saiu vencedor substancialmente no feito, em rigor, foi o demandante, que apenas não logrou obter o valor estimado à fl. 30 destes autos. A decisão recorrida cingiu-se a estabelecer a sucumbência dos réus no grau mínimo, ou seja, carrou-lhes as custas e os honorários advocatícios de 10% sobre o montante da condenação. Nesses termos, prevalece a mais recente diretriz imprimida pela jurisprudência desta Corte, no sentido de que, “calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada, ficando afastada a orientação que veio a ser sufragada, por maioria, nos EREsp n. 63.520/RJ, que pode levar ao paradoxo de impor ao vencedor na causa honorários mais elevados que a própria condenação obtida” (REsp n. 259.038/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Tal entendimento não é novo e tem tido o beneplácito não só da Quarta Turma, mas também da Segunda Seção deste Tribunal. Confirmam-se mais: REsp n. 265.350/RJ, Relator Ministro Ari Pargendler; REsp n. 254.300/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos EREsp n. 197.411/ES, Relator Ministro Ari Pargendler; REsp n. 440.673/RS, de minha relatoria.

Com relação ao dissenso interpretativo, incide o Verbete Sumular n. 83 desta Casa.

4. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 331.801 — RJ (2001/0055322-4)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrentes: Rodrigo Cardoso Freire do Amaral Lé e outro

Advogados: João Tancredo e outros

Recorrida: Viação São José Ltda

Advogados: Renata Menezes e outros

EMENTA

Civil. Indenização. Transporte coletivo (ônibus). Assalto à mão armada. Força maior. Exclusão da responsabilidade.

1. O assalto à mão armada, dentro de ônibus, por se apresentar como fato totalmente estranho ao serviço de transporte (força maior), constitui-se em causa excludente da responsabilidade da empresa concessionária do serviço público.

2. Entendimento pacificado pela Segunda Seção.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Rodrigo Cardoso Freire do Amaral Lé e outro, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Responsabilidade civil no transporte coletivo. Assaltantes que ingressaram em ônibus e assassinaram um passageiro por disparos de arma de fogo, no caso o genitor dos autores, menores. Afirmção de uma testemunha de ter o coletivo parado em local escuro que não era ponto de parada, quando nele ingressaram os assaltantes. Sentença de improcedência, ao não ter havido participação da transportadora através de seu motorista, em que a parada em local fora do ponto de ônibus não foi o fato propulsor do evento. Desproviamento do apelo.” (Fl. 255)

Afirmam os recorrentes, além de dissídio pretoriano, violação ao art. 17 do Decreto n. 2.681/1912, que trata da responsabilidade por culpa presumida do transportador em estradas de ferro que, sob sua ótica, tem aplicação à espécie.

Sustentam as razões que o transportador é responsável pelos danos causados a passageiros, não podendo o assalto à mão armada ser um fato imprevisível a ponto de excluir a indenização.

Apresentadas as contra-razões (fls. 322/326), o recurso teve inadmitido o seu processamento (fls. 333/336), ascendendo os autos a esta Corte, em virtude de provimento de agravo (fl. 350).

A Subprocuradoria Geral da República opina pelo provimento do recurso (fls. 356/360).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A questão está pacificada no âmbito da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 435.865/RJ) no mesmo sentido preconizado pelo acórdão, ou seja, o assalto à mão armada, dentro de ônibus, por se apresentar como fato totalmente estranho ao serviço de transporte (força maior), constitui-se em causa excludente da responsabilidade da empresa concessionária do serviço público.

Em seu voto o Desembargador João Carlos Pestana de Aguiar Silva coloca com integral acerto a questão:

“... malgrado seja lamentável a orfandade paterna de dois menores impúberes, além de ter uma testemunha assegurado que o coletivo parou em local escuro e que não era ponto de parada, quando nele ingressaram os assaltantes (fl. 192), não nos convence se poder daí extrair a participação influente ou decisiva do transportador no evento, eis que não se insere nos riscos próprios do transporte.

Bem o disse o douto Ministro Eduardo Ribeiro em voto no REsp n. 13.351/RJ da Terceira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a saber: “Saliente-se que o lançamento de pedras, contra os comboios, ocorre com frequência, criando-se o risco para os passageiros. Daí não se concluir deva responsabilizar-se a empresa. Os assaltos a ônibus também se tornaram relativamente comuns. Nem por isso me parece seja exigível dos transportadores a manutenção de guarda permanente nos veículos de molde a evitá-los. A prevenção de atos dessa natureza cabe à autoridade pública, inexistindo fundamento jurídico para transferi-los a terceiros” (fl. 57).

Na hipótese **sub judice**, a nosso crer, é por demais frágil a alegação de ter, a parada fora do ponto, sido decisiva para a consecução do assalto, com o resultado letal ocorrido, por culpa do motorista do coletivo, quando é comum, se é que houve, pegarem os coletivos passageiros fora do ponto.” (Fls. 256/257)

A propósito, o seguinte precedente:

“Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto à mão armada. Força maior.

— Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 435.865/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 12.05.2003). Idem o REsp n. 118.123/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

É bom fixar, em atenção à matéria colocada sob apreciação, que o venerando acórdão, referendando a r. sentença, não firma o fato da parada fora do ponto, mas, ao contrário, a circunstância é posta em dúvida, como se pode ver no trecho transcrito.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Presidente): Srs. Ministros, o meu ponto de vista, que é conhecido, é contrário ao entendimento da Segunda Seção em

relação à responsabilidade das empresas transportadoras — daí sempre tenho feito ressalva —, porque entendo que não há caso fortuito nem força maior nessas hipóteses de assalto. Apenas que naquela assentada não participei do julgamento, porque estava impedido, daí por que não pude aderir ao então voto-vencido do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha.

Para justificar o meu posicionamento, quero destacar o julgamento do Recurso Especial n. 402.227, de que fui Relator, em que entendia exatamente no sentido de que não cabia isentar da responsabilidade as empresas transportadoras. Após proferir o meu voto, o eminente Ministro Barros Monteiro pediu vista dos autos; nesse intervalo houve o julgamento da Segunda Seção. O Sr. Ministro Barros Monteiro, então, trouxe o voto-vista, aplicando o entendimento da Segunda Seção, que, por sinal, também coincidia com o entendimento de S. Ex^a., que salvo engano foi Relator no *leading case* da Segunda Seção.

Acentuei que não apenas o afastava como que havia responsabilidade da transportadora, porque houve um assalto, a moça foi retirada do ônibus depois do assalto e foi estuprada várias vezes e o motorista seguiu viagem e não deu parte imediatamente, não procurou a delegacia de polícia, de modo que acabou sendo agravada a situação da moça. Por esse fundamento atribuí a responsabilidade à empresa.

O Sr. Ministro Barro Monteiro disse o seguinte:

“Estaria, a meu ver, eximida de responsabilidade a transportadora não fosse a acusação que se faz ao seu preposto de haver, logo em seguida ao evento, prosseguido a viagem sem procurar dar socorro imediato à vítima. Consta dos acórdãos da apelação e dos embargos infringentes: ‘a prova dos autos revela que o preposto da ré contribuiu, pela omissão, para o agravamento das conseqüências do ato criminoso’ (fls. 185 e 248).

Nessas condições, a responsabilidade da ré — ora recorrente — deve ser proporcional à conduta de seu preposto na ocasião dos fatos. Em verdade, não é ela a responsável maior pela revoltante submissão a que foi reduzida a autora durante os acontecimentos acima narrados. Conforme assinalado, ao motorista do ônibus incumbia, de imediato, prestar socorro à ofendida, não só comunicando, desde logo, o fato à autoridade policial, como ainda convocando os demais motoristas que pelo local passavam a dar auxílio à passageira seqüestrada.

Diante disso, considero ser a melhor solução para o caso dos autos, em face da jurisprudência emanada desta Casa, restabelecer a condenação decretada em 1^a grau, qual seja: responderá a ré pelo tratamento psicológico/

psiquiátrico à autora, que não pode ser repartido entre os diversos agentes, sob pena de restar inócuo, e pagará, a título de danos morais, a quantia equivalente a 200 salários mínimos, correspondente hoje a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).”

Ou seja, S. Ex^a., acatando o segundo fundamento do meu voto, entendeu que havia uma responsabilidade parcial da empresa transportadora. Então, proferi uma retificação de voto, acompanhando o eminente Ministro Barros Monteiro no seu voto, porque superada aquela primeira etapa e porque ainda estava em andamento o julgamento, dizendo:

“Também adiro ao voto de S. Ex^a. porque em parte coincide com meu voto original, no sentido de reconhecer a responsabilidade da empresa pela sua omissão, conforme escrito já no voto, e impondo-lhe a condenação, além do amparo psicológico a ser por ela inteiramente custeado, o pagamento de uma indenização por dano moral equivalente a quarenta mil reais, o que corresponderia, em termos gerais, a duzentos salários mínimos.”

O que me parece que a Turma sufragou, na ocasião, é que hoje está pacificado no STJ o entendimento de que, havendo assalto no interior do coletivo, não responde a transportadora, mas ela responde se colaborar, se contribuir, de alguma forma, para esse evento danoso.

No caso a que me referi, a transportadora teria contribuído de uma forma mitigada, por não ter providenciado socorro imediato, o que seria ato de responsabilidade do transportador.

Já no caso dos autos, em tese, se o assaltante não houvesse entrado no coletivo, porque este teria parado fora do ponto, evidentemente que a responsabilidade teria de ser da transportadora.

Mas, impressionou-me o voto de V. Ex^a., Sr. Ministro Fernando Gonçalves, ao ler o acórdão, que põe em dúvida esse fato, quer dizer, como não posso examinar a prova, tenho que me fiar no que o acórdão diz, e ele diz que ainda que tivesse havido o ingresso dos assaltantes, isso não seria importante. Para mim é. Apenas que o acórdão não afirma que houve o ingresso irregular dos assaltantes fora do ponto. Então, em função do que está posto no acórdão, que não admite como fato ocorrido ter havido essa parada, ou seja, fora do ponto, não tenho como atribuir a responsabilidade à transportadora.

De modo que, por força dessa circunstância, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, com essa fundamentação e ressalvas.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor me apropriar da matéria.

Cuida-se de recurso especial interposto por Rodrigo Cardoso Freire do Amaral Lé e outro, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. aresto de fl. 225, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, à unanimidade, negou provimento ao apelo, ao entendimento da inexistência de qualquer responsabilidade da empresa de transportes coletivos, apelada, no homicídio de um passageiro por disparos de arma de fogo no interior do ônibus.

Alegam os recorrentes, violação ao art. 17 do Decreto n. 2.681/1912, bem como dissídio pretoriano.

O ilustre Ministro-Relator Fernando Gonçalves, acompanhado de Sua Excelência, Ministro Presidente, não conheceram do recurso.

Estes são os fatos, em breve relatório.

Adentro ao exame do pedido.

Conforme bem salientado pelo eminente Ministro-Relator, a questão já se encontra pacificada no âmbito desta Turma, no sentido de que o assalto à mão armada dentro de transportes coletivos apresenta-se como um fato estranho à prestação do serviço concessionário (força maior) e, como tal, constituiu em excludente de responsabilidade (cf. REsp n. 435.865/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro e REsp n. 118.123/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Logo, quanto à divergência jurisprudencial, incide na espécie a Súmula n. 83/STJ.

No mesmo sentido não há violação ao art. 17 do Decreto n. 2.861/1912, porquanto o inciso I excluía de responsabilidade as estradas de ferro em caso de força maior (*Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes de que resulte morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas: I - caso fortuito ou força maior; II - culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada*), como na hipótese vertente. Registro que a prevenção de atos desta natureza cabe à autoridade pública, a quem compete o policiamento das ruas e a segurança dos cidadãos, não podendo ser, por ausência de fundamento jurídico, repassados a terceiros.

Finalmente, no caso concreto, há dúvidas quanto ao coletivo ter parado ou não fora do ponto, o que levaria, para comprovação, ao revolvimento da matéria fático-probatória, inviabilizado pelo Enunciado Sumular n. 07 desta Corte.

Por tais fundamentos, *acompanho o eminente Ministro-Relator para, também, não conhecer do recurso.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 356.933 — RJ (2001/0126977-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI

Advogados: Rosalina Correa de Araújo e outros

Recorrida: Basf S/A

Advogados: Luiz Leonardos e outros

EMENTA

Propriedade industrial — Recurso especial — Marca — Registro — Inconfundibilidade de produtos — Classes diversas.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que “o direito de exclusividade de uso de marca, decorrente do seu registro no INPI, é limitado à classe para a qual é deferido, não sendo possível a sua irradiação para outras classes de atividades.” (v.g. REsp n. 142.954/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 21.09.1999). Assim sendo, no caso vertente, tratando-se de marcas cujas classes são distintas, correto o entendimento esposado pelo egrégio Tribunal **a quo**.

2. De outro vértice, ainda, para se averiguar a possibilidade de ocorrência de confusão ao público consumidor, necessário o reexame fático (Súmula n. 07 desta Corte).

3. Recurso 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, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Infere-se dos autos que Glasurit do Brasil Ltda, sucedida pela Basf S/A ajuizou ação ordinária de anulação de ato administrativo em face do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, objetivando a decretação de nulidade do ato que indeferiu o pedido de registro da marca “Selacril”.

Alegou, na oportunidade, que em 22.11.1979 depositou junto ao INPI pedido de registro da aludida marca para distinguir determinado tipo de tinta, sendo o mesmo indeferido em 15.09.1981 com fundamento no art. 65, item 17 do Código de Propriedade Industrial, porquanto já existente a marca “Sela”, que poderia causar confusão ao consumidor.

O magistrado de primeiro grau julgou procedente a ação, anulando o referido ato administrativo sob o fundamento de que “... a condição fundamental para que se declare a viabilidade de registro de uma marca é que a mesma não induza o consumidor a erro, dúvida ou confusão, causando-lhe qualquer dificuldade na identificação e/ou origem do produto. Na hipótese **sub judice**, constata-se que as marcas em confronto se destinam a assinalar produtos totalmente inconfundíveis entre si...”

Em sede de remessa necessária, o Tribunal **a quo** manteve o referido **decisum** nos seguintes termos (fl. 195):

“Administrativo — Registro de marca comercial — Inconfundibilidade de produtos, a despeito da semelhança das marcas “Sella” e “Selacril” — As marcas em questão destinam-se a identificar diferentes produtos a serem oferecidos a consumidor especializado, que não terá dificuldade em distingui-los.

Nulidade do ato administrativo que indeferiu o registro.

Remessa **ex officio** improvida. Conhecidos.

Daí, o presente recurso especial, interposto pelo INPI, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando, em síntese, violação ao art. 65 da Lei n. 5.772/1971 e art. 124 da Lei n. 9.279/1996.

Contra-razões às fls. 209/211.

Admissibilidade à fl. 221.

Após, vieram-me conclusos os autos por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o presente recurso especial interposto pelo INPI, como relatado, cinge-se ao cabimento da proteção ao registro de marcas.

Com efeito, extrai-se dos autos que foi indeferido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial o pedido de registro da marca “Selacril”, com fundamento no art. 65, item 17, do Código de Propriedade Industrial, por anterioridade do registro de marca impeditiva “Sela”, que identifica produtos da mesma classe.

Ajuizada ação anulatória, o magistrado de primeiro grau a julgou procedente, anulando o referido ato administrativo sob o fundamento de que “... a condição fundamental para que se declare a viabilidade de registro de uma marca é que a mesma não induza o consumidor a erro, dúvida ou confusão, causando-lhe qualquer dificuldade na identificação e/ou origem do produto. Na hipótese **sub judice**, constata-se que as marcas em confronto se destinam a assinalar produtos *totalmente inconfundíveis entre si...*” Tal decisão foi mantida pelo Tribunal **a quo**.

Dáí o presente recurso especial, calcado em suposta violação ao art. 65, 17, da Lei n. 5.772/1971 e art. 124, XXII, da Lei n. 9.279/1996.

O recurso improcede.

Diz o art 65 da Lei n. 5.772/1971:

Art. 65. Não é registrado como marca:

(...)

17. Imitação, bem como reprodução no todo, em parte, ou com acréscimo, de marca alheia registrada para distinguir produto, mercadoria ou serviço, idêntico, semelhante, relativo ou afim ao ramo de atividade, que possibilite erro, dúvida ou confusão, salvo a tradução não explorada no Brasil”;

Por outro lado, reza o art. 124 da Lei n. 9.279/1996:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

XXII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade,

cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a *distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia*”.

O art. 124 da Lei n. 9.279/1996, que revogou o art. 65 da Lei n. 5.772/1971 objetiva, em essência, impedir a ocorrência de confusão entre as marcas. A r. sentença monocrática, ao relatar o caso, *salientou que a marca “Sela” havia sido reenquadrada na classe 03.10 (corante para tingir roupas), o que afastaria qualquer margem de confusão junto aos consumidores, já que a marca “Selacril” pertence à classe 02.10 (tinta de parede)*.

Esta Corte, em algumas oportunidades, ao se manifestar sobre o tema, tem afirmado que “o direito de exclusividade de uso de marca, decorrente do seu registro no INPI, é limitado à classe para a qual é deferido, não sendo possível a sua irradiação para outras classes de atividades.” (v.g. REsp n. 142.954/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 21.09.1999). Assim sendo, no caso vertente, tratando-se de marcas cujas classes são distintas, correto o entendimento esposado pelo egrégio Tribunal **a quo**.

De outro vértice, ainda, para se averiguar a possibilidade de ocorrência de confusão ao público consumidor, necessário o reexame fático (súmula 07 desta Corte). Nesse sentido, destaco o seguinte aresto:

Marca — Prescrição — Início do prazo. Pleiteando a inicial seja anulado determinado registro, o prazo de prescrição haverá de ser contado a partir de quando aquele foi deferido. Não importa, para isso, que conseqüências possam advir de anterior utilização da marca. *A possibilidade de confundir-se o consumidor e matéria de fato que não se expõe a reexame no especial*. (REsp n. 67.733/RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 21.10.1996)

Por tais fundamentos, *não conheço do recurso*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 399.455 — RS (2001/0188484-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Odete Isabel Farias Carlos

Advogados: Remi José Primo e outro

Recorrido: Unibanco Seguros S/A

Advogados: Geraldo Nogueira da Gama e outros

EMENTA

Civil. Seguro. Doença preexistente. Conhecimento prévio. Longevidade do segurado após a contratação. Indenização devida.

I - Inobstante a omissão do **de cujus** sobre ser portador da Aids ao tempo da contratação do seguro, não se é de presumir a má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, renovando sucessivamente a apólice, demonstrando que possuía, tanto à época, como ainda por bastante tempo, estado de saúde e vida praticamente normais.

II - Recurso especial conhecido e provido.

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 e dar-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 e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 02.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Odete Isabel Farias Carlos interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 166):

“Seguro. Segurado com conhecimento prévio à avença de portar doença incurável. Boa-fé do segurado inexistente, desautorizando o pagamento da cobertura contratada. *Apelo provido.*”

Alega a recorrente que é beneficiária de Valdemar Magnus Carlos, falecido, que contratara com a recorrida seguro de vida em 1^a.07.1988, renovado periodicamente; que decisões divergentes conferem-lhe o direito à cobertura, posto que deveria ter exigido exame prévio do segurado; que não há prova nos autos de que o **de cujus** tinha conhecimento de seu estado de saúde; que não houve informação sobre cláusulas restritivas.

Aduz que inexistiu má-fé, além do que o segurado renovou o seguro por oito anos.

Invoca ofensa aos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil, a par de dissídio jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 202/209, insistindo na má-fé e opondo a Súmula n. 07 do STJ, a par da não-configuração da divergência.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 211/215), subindo a esta Corte por força de provimento dado ao Ag n. 390.619/RS (fl. 221).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, ajuizado pelas letras **a** e **c** do permissor constitucional, contra acórdão estadual que negou cobertura securitária a beneficiária de vítima de Aids.

Conquanto pessoalmente não comungue do ponto de vista de que se a empresa seguradora não efetuar prévios exames no candidato a segurado, quando de sua proposta de filiação, ela fica obrigada a proporcionar, automática e indiscriminadamente, qualquer cobertura, verifico que, no caso dos autos, independentemente dessa discussão, a razão está com a parte autora.

Importante o quadro fático apurado na sentença monocrática, às fls. 125/127, de que extraio o seguinte excerto:

“Que o autor soubesse de sua doença, não se duvida, pois o exame cujo resultado consta à fl. 56, realizado antes da contratação do seguro, deixa claro que o falecido Valdemar sabia que sofria de Aids.

A má-fé do segurado, todavia, por ser fato extraordinário, deve ser cumpridamente demonstrada. E em momento algum a ré logrou trazer aos autos qualquer adminículo probatório nesse sentido.

Primeiro, porque o exame que diagnosticou estava Valdemar com Aids foi feito em 11.09.1987, quando ele veio a contratar seguro de vida apenas em 1º.07.1988, ou seja, quase um ano depois. Tivesse agido com má-fé, o segurado teria firmado o contrato de seguro imediatamente após descobrir que estava doente.

Segundo, deve-se levar em conta que o autor poderia ter dúvidas sobre sua doença, na medida em que ele fez apenas um exame inicial, em 11.09.1987, e somente veio a realizar outro em 07.01.1993, conforme fl. 88.

Ora, é sabido que os exames de Aids não são absolutamente seguros e, por isso, a boa técnica recomenda que o doente faça pelo menos uma contraprova. No caso dos autos, a certeza só veio em 1993, mais de *seis anos* após o primeiro. Isso pode justificar o fato de a autora só vir a saber da doença do marido dois anos antes de sua morte, a partir do que ele esteve várias vezes hospitalizado.

Terceiro, mesmo que se leve em conta o relato constante à fl. 52, que teria sido prestado pelo médico de Valdemar, que o atendeu de 07.01.1993 (data do segundo exame de Aids), de que o segurado e seus familiares sabiam da doença há cerca de *cinco anos*, isso remontaria a meados de 1991 (a entrevista foi feita em 17.07.1996), ou seja, três anos após a contratação do seguro. Mesmo que se considere o prazo de *seis anos*, constante de fl. 58, ainda assim a ciência do segurado e sua família teria ocorrido em meados de 1990, *dois anos* depois de Valdemar firmar o contrato de seguro.

Quarto, não se pode olvidar que apenas nos últimos anos de vida é que Valdemar começou a sofrer realmente com a doença, indo ao médico, sofrendo várias internações (a primeira de que se tem notícia, conforme fls. 58, ocorreu em 07.01.1993; já conforme documentos obtidos junto ao hospital local, a internação primeira deu-se em 17.11.1995). Isso deixa evidente que, na época da contratação do seguro, o segurado considerava-se em boas condições de saúde, tanto que somente vários anos depois a doença começou a se manifestar efetivamente.

E tal atitude do segurado é até compreensível, na medida em que é sabido que muitas pessoas que possuem o vírus da Aids (são reagentes ao HIV, conforme o exame de 11.09.1987) levam uma vida normal, e jamais manifestam a doença. Ou seja, por alguma razão inexplicável, o vírus não ataca seu organismo, apesar de permanecer em seu interior por várias décadas. Ora, isso poderia ter acontecido com Valdemar, e era perfeitamente viável que ele tivesse a esperança de ser um desses *sortudos*.

Por fim, não se pode deixar de observar que a seguradora também não agiu com a boa-fé que se espera daqueles que contratam seguro de vida. Aceitou segurar a vida de Valdemar, sem submetê-lo a qualquer exame; cobrou-lhe os prêmios do seguro durante quase *oito anos*. Somente depois da morte do segurado é que resolveu investigar a vida pregressa de seu cliente e, então, descobrindo a Aids, que só veio a se agravar muitos anos depois da contratação do seguro, em que pese o primeiro exame (não definitivo, gize-se) ter sido realizado antes da contratação do seguro, e então, de forma surpreendente, nega a cobertura”.

Não se está aqui, absolutamente, reexaminando a prova, mas, apenas, extraíndo-se do relato constante das decisões judiciais, uma nova conclusão a respeito, porque perfeitamente possível chegar-se a tanto sem revolvê-la.

E ao assim se proceder, chego ao mesmo entendimento do ilustre magistrado singular, Dr. Pedro Luiz Pozza.

De efeito, se tudo indica, pelo comportamento do autor, que o mesmo levava uma vida normal, na medida do possível; que não era grave seu estado de saúde, apenas era portador do vírus e que ainda renovou por oito anos consecutivos o seguro, a situação se assemelha àquela encontrada no REsp n. 300.215/MG, que contém a seguinte ementa:

“Civil. Seguro de vida em grupo. Óbito. Doença preexistente. Omissão. Longevidade do segurado após a contratação. Elevação da cobertura. Valor anterior ínfimo. Razoabilidade no aumento da cobertura pretendida. Má-fé não configurada. Indenização devida. CC, arts. 1.443 e 1.444.

I - Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de **diabetes melittus** quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes.

II - Verificado nos autos que o valor do seguro era irrisório, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual.

III - Recurso especial conhecido e provido.”

(Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, unânime, DJ de 24.09.2001)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação, restabelecendo a r. decisão monocrática de fls. 123/130.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 419.128 — ES (2002/0027818-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Varig S/A — Viação Aérea Rio-Grandense

Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

Recorridos: José Lino Sepulcri e outro
Advogado: Francisco Martins Leite Cavalcante
Sustentação oral: Ana Frazão, pela recorrente.

EMENTA

Civil. Fiança dada a pessoa jurídica. Contrato de fornecimento de passagens aéreas. Transferência de propriedade da empresa. Saída dos sócios garantidos. Desaparecimento do elemento fidúcia. Comunicação formal à autora. Dívida surgida **a posteriori**, durante a nova gestão. Exoneração dos fiadores. CC, arts. 1.006, 1.491, 1.500 e 1.503.

I - A fiança é dada em caráter personalíssimo, de sorte que mesmo em caso de garantia dada a favor de pessoa jurídica, tal elemento sofre afetação quando há transferência de titularidade na empresa, fazendo desaparecer a razão essencial daquele ato.

II - Destarte, vendidas as cotas sociais e comunicada a autora de que isso ocorreria, bem como que a fiança antes celebrada deixava de existir, improcede a pretensão da credora de considerar perene a garantia, ainda que novos sócios, desconhecidos dos garantes, houvessem passado a gerir os negócios e assumido dívidas posteriores àquela comunicação.

III - A cláusula de renúncia prevista no art. 1.500 do Código Civil não prevalece indefinidamente.

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, Ruy Rosado de Aguiar e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 06 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fl. 169, **verbis**:

“Cuida a espécie de recurso de apelação interposto por Varig S/A, em face de José Lino Sepulcri e S/M, contra a r. Sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Vila Velha, que julgou procedente os embargos monitórios opostos pelos apelados, exonerando-os do encargo de fiadores do contrato ora cobrado.

Em suas razões de fls. 132/146, a apelante aduz, basicamente, a impossibilidade de exoneração da fiança prestada, seja por não estar autorizado pela lei, seja pelo fato de os apelados terem renunciado a este benefício. Aduzem, ainda, a irrelevância da modificação societária para a extinção da fiança prestada.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contra-razões às fls. 151/165, alegando, resumidamente, a insubsistência das afirmações autorais. Defendem a possibilidade da exoneração da fiança, pela modificação subjetiva na composição societária da empresa afiançada, da qual haviam se retirados os sócios que foram afiançados, tendo estes feito a comunicação à apelante da modificação societária da firma, solicitando, também, a desoneração dos fiadores”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo negou provimento à apelação da Varig, em acórdão assim ementado (fls. 173/174):

“Civil — Apelação cível — Fiança — Sociedade comercial — Alteração social — Saída de sócio afiançado — Desobrigação — Natureza personalíssima — Interpretação restritiva — Art. 1.483 do Código Civil — Art. 257 do Código Comercial — Apelo improvido.

1. Em princípio, segundo vetusto dogma civil e comercial, as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus sócios, de modo que os vínculos negociais se estabelecem perante umas e outras de modo independente, na forma do art. 20 do CC. Pela aplicação dessa regra, a fiança prestada a pessoa jurídica não guarda, em princípio, relação com os integrantes do quadro societário, em virtude da independência verificada entre os sujeitos integrantes da relação jurídica.

2. Entretanto, a alteração social em empresa comercial que implique em saída de sócio afiançado, enseja a extinção da garantia fidejussória prestada dado o seu caráter personalíssimo e da obrigatoriedade de se interpretar o instituto restritivamente, tal como determina o art. 1.483 do Código Civil.

3. Exegese das disposições contidas nos arts. 1.483 do CCB e 257 do Código Comercial, no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, de sorte que, na fiança por prazo indeterminado, concedida à sociedade, retirando-se o sócio em consideração do qual inequivocadamente a garantia foi concedida, o fiador fica exonerado.

4. Apelo improvido”.

Opostos embargos declaratórios (fls. 192/193), foram eles rejeitados (fls. 197/199).

Inconformada, Varig S/A interpõe recurso especial sustentando, em síntese, que a decisão é nula, por cerceamento de defesa e negativa de prestação jurisdicional, ao omitir-se no enfrentamento das questões propostas nos aclaratórios, violando, no plano infraconstitucional, os arts. 165, 458 e 515 do CPC.

Aduz que pelo art. 1.500 do Código Civil, o fiador somente pode se exonerar da obrigação assumida ou por ato amigável entre fiador e credor, ou por decisão judicial que o exonere, o que incorreu no caso dos autos, sendo que a única exoneração concedida foi a do sócio da devedora, Décio Antônio Cabo Bianco, o que não tem validade alguma, pela natureza da obrigação, que se firma entre aqueles primeiros, segundo o art. 1.484 da mesma lei substantiva.

Salienta a recorrente que a mera alteração societária na devedora não tem o condão de exonerar o fiador, somente havendo essa faculdade em tal hipótese, porém sujeita, sempre, ao procedimento previsto no art. 1.500, ou seja, por acordo ou sentença judicial.

Afirma que também foi contrariado o art. 333, I, do CPC, eis que o ônus da prova capaz de afastar o mandado monitório incumbe ao fiador.

Assere a Varig que houve renúncia aos benefícios previstos nos arts. 1.491, 1.500 e 1.503 do CC, o que restou desconsiderado, indevidamente, pelas instâncias ordinárias, anotando que cláusula contratual nesse sentido tem sido considerada válida.

Contra-razões às fls. 221/231, esclarecendo que os recorridos foram fiadores do contrato de fornecimento de passagens celebrado entre a Varig e a empresa Beira Mar Viagens e Turismo Ltda, à época de propriedade de Décio Cabo Bianco e Maria Teresa Cabo Bianco; que em 07.07.1993, os donos da empresa, dos quais eram amigos, transferiram suas cotas na sociedade para terceiros; que em 15.03.1993, os antigos titulares (Décio e Maria Teresa) enviaram correspondência à Varig informando da venda das cotas e que os recorridos não seriam mais fiadores, devendo os novos proprietários providenciar outros garantes; que enquanto

donos os antigos titulares, nenhum inadimplemento obrigacional ocorreu, somente após três anos da alteração contratual, em meados de 1996, sendo a ação monitória de cobrança ajuizada em 1998.

Põem os recorridos em relevo a regra do art. 1.006 do Código Civil, dizendo que jamais anuíram com a novação ocorrida na alteração da sociedade, no que tange à continuidade da fiança, de modo que, também por isso, estão excluídos da obrigação de pagar pelo inadimplemento de terceiros estranhos à relação original.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Varig S/A moveu execução, convertida às fls. 61/62, para monitória, objetivando a cobrança de dívida resultante de contrato de fornecimento de passagens aéreas com a empresa Beira Mar Viagens e Turismo Ltda, no qual figuravam como fiadores os ora recorridos.

Opostos pelos fiadores, José Lino Sepulcri e sua mulher, embargos à monitória, foram eles acolhidos em ambas as instâncias ordinárias e liberados os recorridos da dívida.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, após confirmar o histórico já relatado no tocante aos fatos descritos nas contra-razões, destaca, com apoio em boa doutrina, que (fls. 177/182):

“A palavra ‘fiança’, em sua significação mais ampla, segundo os léxicos, quer dizer ‘garantia, concessão de crédito, segurança, responsabilidade.’

Nosso ordenamento civil, no art. 1.481, conceitua fiança da seguinte forma: ‘Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer uma obrigação, caso o devedor não a cumpra’.

A doutrina é clara no que se refere à fiança e, principalmente, quanto aos seus requisitos e limites. ‘Sendo a fiança um contrato unilateral e gratuito, não deve suscitar dúvidas, quer quanto à efetividade de sua prestação, quer quanto à sua extensão. Daí ser assente que só vale se for expressa.’(Caio Mário — ‘Instituições de Direito Civil’, Ed. Forense).

Como modalidade de contrato, a fiança está disciplinada tanto no Código Civil, como no Código Comercial (arts. 256 e ss.). Aliás, a diferenciação entre uma modalidade e outra de fiança não é muito observada pelos tribunais quando da composição das lides. Apesar de algumas diferenciações, principalmente subjetivas, as duas modalidades de fiança produzem os mesmos efeitos, sendo-lhes impostos os mesmos requisitos e limites.

Enquanto a fiança civil está prevista nos arts. 1.481 e ss. do Código Civil, a fiança comercial, ou mercantil, está prevista nos arts. 256 a 263 do Código Comercial.

Conforme o art. 256 do Código Comercial, para que a fiança possa ser reputada mercantil é indispensável que o afiançado seja comerciante, e a obrigação afiançada derive de causa comercial, embora o fiador não seja comerciante.

Tal como exigido pelo art. 1.483 da Lei Adjetiva Civil, o art. 257 do Código Comercial determina que a fiança mercantil deve ser prestada por escrito.

Prestada a fiança mercantil, o fiador passa a ser co-obrigado, podendo ser demandado pela totalidade do débito, por força da solidariedade passiva. 'É regra do Código Comercial, art. 258, que toda fiança comercial ou mercantil é, inteiramente, solidária; neste ponto, a fiança comercial apresenta certa diversidade da fiança civil. Na fiança comercial o fiador ou fiadores respondem, solidariamente, com o devedor principal, não podendo opor o direito de benefício de divisão e igualmente, em execução, não podem usar do benefício de ordem.' (**Antônio Ferreira Inocêncio** — 'Da fiança cível e comercial', p. 149).

Algumas doutrinas ainda vão além, utilizam como critério de diferenciação entre as duas fianças, civil e comercial, a onerosidade da garantia prestada. Ou seja, estes autores defendem que a fiança comercial, além dos requisitos subjetivos e o objeto da operação garantida, necessita que o fiador receba alguma retribuição pecuniária pelo ônus que estaria assumindo. E acrescentam que em recebendo esta prestação, o fiador estaria renunciando ao direito de exoneração da fiança prestada.

O saudoso e não menos brilhante Professor **Teixeira de Freitas**, in 'Consolidação das leis civis', assim doutrina sobre a matéria:

'Na fiança civil não existe a retribuição pecuniária, visto assumir a fiança um contrato de natureza benéfica ou graciosa, em favor do fiador; mas na fiança comercial, embora não obrigatória, dado que as partes podem dispensá-la, essa responsabilidade pecuniária pode ser estipulada, constituindo tal retribuição uma indenização pelo risco que corre o fiador pelo devedor, que pode tornar-se insolvente. Mas, desde que tenha sido estipulada essa retribuição, não pode o fiador reclamar o benefício da desoneração permitido no art. 262 do Código Comercial.'

O elemento fundamental da discussão prende-se a definir os limites da extensão da fiança prestada. Via de regra sempre se defendeu que, sendo a garantia prestada a uma sociedade, pouco importa a alteração do quadro societário, vez que a fiança é prestada à sociedade e não aos sócios.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência logo tratam de distinguir o papel que a fidúcia, como elemento subjetivo definidor da garantia, deveria desempenhar diante das diversas espécies societárias. E isso porque, se a fiança é prestada a uma sociedade anônima, com inúmeros integrantes, entende-se que a garantia presta-se à pessoa jurídica; ao revés nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, formada majoritariamente por dois ou três sócios, a fiança é concedida tendo-se em vista a confiança entre o prestador e a pessoa física do afiançado, de sorte que, salvo hipóteses especiais, a alteração societária desvincula o garante, quer se entenda civil quer comercial sua natureza.

A fiança une as pessoas do credor e do terceiro, de modo que este assume a obrigação de adimplir o débito, na eventualidade de o devedor não o fazer. Portanto, é curial que não envolve a pessoa do devedor, porém a garantia é feita **intuito personae**, sendo de todo elementar a relação pessoal e direta entre o afiançado e fiador, baseando-se estritamente na confiança.

Nesse passo, difícil é aceitar que a garantia prestada pelos apelados a uma sociedade limitada, formada por dois sócios, ultrapasse a relação pessoal estabelecida entre os fiadores e os proprietários da afiançada, gerando efeitos mesmo após a substituição destes na sociedade.

Com a novação subjetiva estabelecida com a transferência da sociedade, a garantia prestada pelos apelados extinguiu-se, já que a fiança fora prestada em razão do vínculo de amizade e confiança existente.

Entretanto, esta não é a única razão do meu convencimento. Outro ponto que merece acolhida, refere-se à não-anuência expressa do fiador quando da novação contratual.

Tal entendimento está expresso no art. 1.006 do CCB, vejamos:

‘Art. 1.006. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal.’

O Mestre **Orlando Gomes**, in ‘Obrigações’, Ed. Forense, conceitua novação como ‘a extinção de uma obrigação pela formação de outra, precisamente destinada a substituí-la.’

Adiante acrescenta: ‘a intenção não é extinguir para criar, mas criar para extinguir, caracterizando-se, portanto, como modo de extinção da

obrigação que se inclui entre os que não são satisfatórios, por que não produzem, como o pagamento, a compensação e a confusão, a satisfação do crédito e o credor não recebe a dívida, simplesmente adquire outro direito de crédito ou passa a exercê-lo contra outra pessoa (novação subjetiva)'.⁷

Temos assim, que a novação subjetiva realizada quando da transferência da sociedade comercial para seus atuais proprietários, exonerou, automaticamente, os apelados da responsabilidade de garantirem o adimplemento do contrato.

Outro ponto que merece atenção, refere-se às disposições insertas nos arts. 1.483 do CCB e 257 do Código Comercial, com determinação no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente.

Por constituir um favor que presta uma pessoa, a interpretação deve ser restritiva. De igual modo, quanto às alterações contratuais que elaboram o afiançado e o credor.

Se o fiador não participa das novações, fatalmente extingue-se a garantia que prestou. E assim deve ser. Quem empresta sua força, ainda mais assumindo responsabilidades sem qualquer retorno, senão afetivo, o faz em consideração a inúmeros fatores, dentre os quais, podemos ressaltar, o vínculo de amizade existente.

Quando a lei dispõe que a interpretação deve ser restrita, quer colocar um limitador nos abusos que possam vir a ser cometidos contra aqueles que, na melhor das intenções, assumem gratuitamente os riscos de garantir a solvabilidade de contratos. Os fiadores respondem somente por aquilo que declararam no instrumento contratual, sendo vedada qualquer interpretação além do lá consignado.

E mais, como muito bem pontificado por **Clóvis Bevilacqua**, citado pelo MM. Juiz **a quo** em sua sentença: 'Em caso de dúvida, a interpretação será em favor da pessoa que presta a fiança. (...) Não se estende de pessoa a pessoa, de **persona ad personam**. Exemplo: novada a obrigação, extingue-se a fiança.'

Partindo da premissa de que a fiança prestada pelos apelados se deu em razão do vínculo de amizade com os então proprietários e que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, não há que se falar em manutenção da fiança prestada após a novação subjetiva ocorrida, sem que tenha sido expressamente acordada pelos fiadores."

No mesmo rumo guiou-se a jurisprudência das Turmas componentes da colenda Terceira Seção, ao apreciarem hipóteses alusivas às fianças dadas em garantia de contratos de locação, como se infere dos seguintes arestos:

“Locação. Fiança. Pessoa jurídica. Exoneração dos fiadores. Saída de sócios.

É assente neste Tribunal o entendimento de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Não obstante distinção entre a pessoa do sócio e a pessoa jurídica, é possível a exoneração da garantia prestada à sociedade após a retirada dos sócios aos quais se deu a garantia originalmente.

Recurso não conhecido”.

(Quinta Turma, REsp n. 373.671/MG, Relator Ministro Felix Fischer, unânime, DJ de 11.03.2002)

(...)

“Civil — Recurso especial — Locação comercial — Fiança — Exoneração — Caráter benéfico — Interpretação restrita — Prorrogação do contrato sem anuência dos fiadores — Súmula n. 214/STJ — Divergência jurisprudencial não cotejada.

1. A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea **c**, da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Inocorrendo isto na espécie, impossível o seu conhecimento sob este prisma.

2. Esta Corte de Uniformização vem firmando entendimento no sentido de não se admitir interpretação extensiva à fiança, não podendo o fiador ser responsabilizado perpetuamente por obrigações futuras, resultantes da prorrogação do contrato por prazo determinado, **ex vi lege**, do qual não anuiu concretamente. No caso concreto, tendo o sócio-fiador vendido suas cotas da pessoa jurídica afiançada-locatária, renunciou expressamente à fiança, sendo certo que a inadimplência ora cobrada, somente começou a ocorrer 01 (um) ano após sua saída da referida sociedade. Incidência da Súmula n. 214/STJ.

3. Precedentes (REsp ns. 299.036/MG e 246.809/PR).

4. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar improcedente a ação em relação aos fiadores, declarando-os desonerados da fiança, invertendo-se eventuais ônus sucumbenciais já fixados”.

(Quinta Turma, REsp n. 285.280/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzi-
ni, unânime, DJ de 20.05.2002)

(...)

“Recurso especial. Exoneração de fiança após a retirada dos sócios afi-
ançados. Possibilidade à vista da natureza **intuitu personae** do contrato.

A garantia destinava-se mais à pessoa dos sócios que então integravam a
sociedade.

A eventual renúncia ao direito assegurado no art. 1.500 do Código Civil
e o fato de a fidúcia ser por prazo limitado são irrelevantes no caso.

Recurso conhecido e provido para declarar a exoneração da fiança”.

(Quinta Turma, REsp. n. 236.671/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da
Fonseca, DJ de 17.04.2002)

Portanto, ainda que prestada em favor da pessoa jurídica, o vínculo entre os
fiadores e os sócios é relevante e inerente ao instituto da fiança.

No caso dos autos, como relatado no acórdão, logo após a venda da empresa
os antigos titulares comunicaram à Varig a transferência da propriedade e o fim da
fiança, sem que a autora houvesse, à época, sequer a respeito se manifestado, para
somente após três anos, em face da inadimplência dos novos donos, ajuizar a ação
contra os garantes.

Inquestionável, assim, de um lado o procedimento escoreito dos ex-sócios, e,
de outro, que dado o caráter personalíssimo dessa espécie de garantia, não se pode
entender que deveria ela perdurar **ad infinitum**, também durante o período da
nova gestão.

E, por isso mesmo, em tais condições, não prevalece a cláusula de renúncia, já
que está atrelada à própria avença, que desapareceu por inteiro.

Frisa-se que as dívidas surgiram depois da comunicação sobre a venda das
cotas e do término da intenção de garantir, de modo que se cuidou de dívida contraída
pelos titulares subseqüentes a descoberto de fiança.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 466.765 — SP (2002/0113914-5)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Jeremias Alves Pereira Filho Advocacia S/C

Advogado: Jeremias Alves Pereira Filho

Recorrida: Celite S/A Indústria e Comércio — em concordata

Advogados: Patrícia Tomazeli e outros

Interessados: Arthur Freire Filho — Comissário e Petrobrás Distribuidora S/A

Advogado: Tácito Barbosa Coelho Monteiro Filho

EMENTA

Concordata. Honorários advocatícios.

Os honorários advocatícios constituem crédito privilegiado e, como tal, não se sujeitam à concordata, nem podem nela ser exigidos.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou, oralmente, a Dra. Patrícia Casillo, pela recorrida.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Celite S/A — Indústria e Comércio requereu a desistência de sua concordata preventiva após haver efetuado o depósito total dos créditos (cf. fl. 2.589 — 13ª volume; fls. 2.701/2.733, 2.750/2.752 e 2.754/2.755, todas do 14º volume). Só houve impugnação de Jeremias Alves Pereira Filho Advocacia S/C, referente à pretensão de recebimento de honorários advocatícios nos próprios autos da concordata.

A sentença de fls. 2.758/2.759 homologou a desistência, assinalando que houve o pagamento integral de todos os créditos, remetendo o impugnante para as vias ordinárias.

Apelou o impugnante, postulando a reforma do julgado, com base no art. 24 da Lei n. 8.906/1994. Afirma que os honorários, objeto de contrato escrito, constituem título executivo e crédito privilegiado na concordata, que deve prosseguir.

A egrégia Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Concordata preventiva — Desistência — Homologação — Impugnação de credora privilegiada — Inadmissibilidade — Concordata preventiva que somente obriga aos credores quirografários — Impugnante que possui ação própria para a cobrança de seu crédito — Aplicação do artigo 147 da Lei de Falências — Sentença mantida.

— Recurso desprovido” (fl. 4.598).

Os infringentes opostos pelo impugnante foram rejeitados, por maioria, em acórdão assim ementado:

“Concordata. Pedido de depósito de honorários de ex-advogado da embargada. Inexistência de exceção para garantir ao profissional o recebimento de seu crédito, nos próprios autos da moratória. Admissibilidade de habilitação apenas aos credores quirografários. Inteligência dos arts. 102, § 4º, 147 e 156, § 1º, da LF. Embargos rejeitados” (fl. 4.655).

Inconformado, Jeremias Alves Pereira Filho Advocacia S/C interpôs recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF) por ofensa ao art. 24 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e dissídio jurisprudencial. Alega que “o citado dispositivo legal é bastante claro ao determinar a natureza do crédito de honorários advocatícios: privilegiado na concordata e demais processos nele elencados”. Sendo assim, inaceitável “o entendimento do v. aresto proferido nos embargos infringentes de que não poderia o ‘indigitado crédito ser exigido nos autos da concordata’”, pois manifestamente contrário ao que determina o citado dispositivo legal. Ressalta que a natureza privilegiada do crédito de honorários devidamente formalizado não se confunde com o crédito com garantia real, previsto no art. 674 do CC. Por fim, diz que os honorários advocatícios constituem crédito privilegiado, em qualquer hipótese de concurso de credores: falência, concordata, insolvência civil etc., tendo o advogado preferência no recebimento de seu crédito. Por isso, deve a recorrida pagar o débito estampado na contrato de honorários, sob pena de quebra.

Contra-razões da recorrida às fls. 4.702/4.712.

Arthur Freire Filho (comissário dativo da concordatária), na qualidade de interessado, apresentou contra-razões às fls. 4.714/4.716.

A terceira interessada, Petrobrás Distribuidora S/A, não se manifestou nos autos.

O Tribunal de origem admitiu o recurso apenas pela alínea **a**.

O douto MPF entendeu que, não sendo o recorrente credor quirografário, e, sim, privilegiado, não está adstrito ao juízo da concordata, opinando pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Impugnou a desistência da concordata Jeremias Alves Pereira Filho Advocacia S/C, escritório contratado para impetrar a moratória, invocando o disposto no art. 24 da Lei n. 8.906/1994, para asseverar que os honorários objeto de contrato escrito constituem título executivo e crédito privilegiado na concordata (cf. Fls. 2.647/2.648, 2.649/2.652 e 2.699, todas do 14º volume). Daí extrai a idéia de que a concordata não pode ser extinta sem a satisfação da verba honorária.

Yussef Said Cahali, com a competência de sempre, bem explicou a situação:

“Todas essas digressões, porém, encontram-se agora superadas, pois não só o art. 23 da Lei n. 8.906/1994 é expresso no sentido de que ‘os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado’, como também estabelece o art. 24 do novo Estatuto da Ordem que, ‘a decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial’.

Daí se ter decidido: Habilitação de crédito retardatário em falência. Honorários advocatícios fixados em sentença judicial transitada em julgado. Crédito privilegiado e não mais quirografário, a partir da vigência da Lei n. 8.906/1994 (art. 24)” (**Yussef Said Cahali**, “Honorários Advocatícios”, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.252).

Sendo assim, definida por lei como crédito privilegiado, não pode o credor de verba honorária habilitar-se na concordata, nem exigir que esta não se extinga enquanto não paga, pois dispõe das vias processuais apropriadas para fazer valer o seu direito.

O r. acórdão recorrido transcreveu o parecer do Ministério Público, que bem afasta a argumentação do ora recorrente:

“Como à suficiência expôs a douta Procuradoria Geral de Justiça: ‘... a única interpretação válida para o referido dispositivo, em relação à concorda-

ta, é que, constituindo os honorários crédito privilegiado, não estão sujeitos aos seus efeitos, e não, como quer o apelante, que, por se tratar de privilégio especial conferido por lei específica, haveria uma exceção, para garantir ao profissional receber seu crédito, se preciso, nos próprios autos da moratória'. 'Na verdade, não existe tal exceção, nem para os honorários advocatícios, nem para qualquer outro crédito privilegiado ou com garantia real'" (fl. 4.656).

Não me parece que esteja demonstrada a divergência, uma vez que o paradigma não tratou de situação assemelhada, mas cuidou de concorrência de créditos e da natureza alimentar dos honorários advocatícios.

Posto isso, não conheço.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 474.982 — PR (2002/0149044-7)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrentes: Eliane Deborah Juke Benke e outro

Advogado: Tiago Pimentel Souza

Recorrido: Esmeralda Cit Scucato

Advogado: Rui Scucato dos Santos

EMENTA

Possessória. Legitimidade passiva. Citação. Herdeiros. Administração provisória.

Na ação possessória intentada contra o espólio, na pessoa da viúva-meeira, o fato de não ter sido instaurado o inventário não é motivo para extinguir o processo por ilegitimidade passiva, uma vez que a viúva exerce a função de administradora provisória, e mesmo porque depois, no transcurso do feito, foi efetivada a citação dos herdeiros, que contestaram a ação.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os 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. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente, pelos recorrentes, o Dr. Bernardo Pimentel Souza.

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

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

DJ de 31.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: A presente ação de manutenção de posse de uma servidão de passagem, cumulada com desfazimento da porteira ali erguida, foi promovida por Eliane Deborah Juke Benke e seu marido contra os herdeiros de Bortolo Scucato, representados por Esmeralda Cit Scucato, viúva-meeira e possuidora do imóvel onde localizada a estrada que dá acesso à gleba dos autores.

O Magistrado afastou a preliminar de ilegitimidade passiva e ordenou a citação dos demais herdeiros.

Esmeralda Cit Scucato agravou dessa decisão. A egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná deu provimento ao agravo para cassar a decisão impugnada e julgou extinta a ação possessória, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, em acórdão assim ementado:

“Agravo de instrumento. Legitimidade passiva **ad causam**. Representação. Espólio. Abertura da sucessão. Citação. Condições da ação. Recurso provido.

I - Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

II - Deixando o **de cujus** vários herdeiros, o seu acervo representa uma universalidade — **universitas bonorum** — cujo domínio e posse passam a ser exercidos por todos em comunhão até que se proceda à partilha, no inventário, quando então cada qual terá seu quinhão definido.

III - O espólio é representado em Juízo, ativa e passivamente, pelo inventariante e, até que este preste o compromisso, pelo administrador provisório (arts. 12, V, 985 e 986 do CPC). À falta, porém, de um e outro, a citação do espólio deve ocorrer não apenas na pessoa de um, mas de todos os herdeiros” (fl. 223).

Sucessivos embargos de declaração foram opostos pelos agravados, sendo rejeitados.

Inconformados, os agravados interpuseram recurso especial (art. 105, III, **a** e **c**, da CF). Apontam contrariedade aos arts. 47, parágrafo único, 267, VI, 535, II, 985 e 986 do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

A despeito da oposição de dois declaratórios a fim de sanar omissão, a Câmara não enfrentou a questão submetida a seu exame, concernente à continuidade do processo, com as diligências para citação dos herdeiros. Alegam que, com o falecimento do **de cujus** — não aberto inventário, ou não prestado o compromisso de inventariante —, a figura do administrador provisório recai na pessoa do cônjuge-supérstite. Não se justificava o decreto de extinção do feito por ilegitimidade passiva da recorrida, porquanto, a partir da audiência de conciliação, o vício da irregularidade das partes restara sanado com a citação dos demais herdeiros.

Admitido o recurso, com as contra-razões, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): Enquanto não formalizado o inventário dos bens deixados pelo **de cujus**, há de ser citada para a ação possessória movida contra os seus herdeiros a viúva meeira, que continua na posse e na administração dos bens, conforme precedente da egrégia Terceira Turma, de lavra do eminente Ministro Cláudio Santos, que apreciou hipótese de casamento com regime de separação de bens, e com mais razão aplicável ao caso dos autos, em que se trataria de regime de comunhão universal:

“O cônjuge supérstite de casamento, no regime de separação de bens, não é necessariamente o administrador provisório da herança, salvo se, de fato, estiver na posse da massa hereditária, hipótese em que representará o espólio, ativa e passivamente, até o compromisso do inventariante” (REsp n. 4.386/MA, Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Cláudio Santos, DJ de 29.10.1990).

Sendo o caso de citação de todos os herdeiros, a possibilidade do cumprimento dessa diligência levaria a que se ordenasse a prática dos atos necessários, mas não à extinção do processo. Na espécie, essa fase não só foi iniciada como efetivada, com a citação dos demais interessados e oferecimento de defesa, segundo informado no recurso (fls. 301, 312 e 326). Se faltar alguma citação, basta efetuar-la.

Nessas condições, tenho que a extinção do processo contrariou a lei, pois não era caso de se aplicar o disposto no art. 267, VI, do CPC, e desconsiderou fato superveniente, que justificava a continuidade do feito. Por isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para cassar o r. julgado que decretou a extinção do processo, que prosseguirá.

Não conheço do recurso quanto à alegada ofensa ao disposto no art. 535 do CPC, uma vez que as questões postas foram examinadas no julgamento do recurso.

Posto isso, conheço em parte e dou provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 487.927 — MG (2002/0174933-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Banco Industrial e Comercial S/A

Procuradores: Anna Carolina Diniz Nogueira e outros

Recorrido: Wanderley Alves de Miranda

Advogado: Humberto Eustáquio Sales de Fária

Sustentação oral: José Marques Rodrigues Vieira, pelo recorrente, e Humberto Eustáquio Sales.

EMENTA

Processual Civil. Apelação. Juros moratórios. Fixação além do limite legal (CC, art. 1.062). Matéria de ordem pública. Conhecimento de ofício pelo Tribunal ordinário revisor.

I - Tratando-se de matéria de ordem pública, caso da fixação de juros moratórios muito além do limite legal do art. 1.062 do Código Civil, não obsta o conhecimento da questão pela Corte estadual **ad quem** a sua não-provocação na apelação, apenas em sede de embargos declaratórios.

II - Precedentes.

III - Juros moratórios reduzidos ao patamar legal.

IV - Correta a fluência da aludida parcela a partir do evento danoso.

V - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer em parte do

recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, vencido em parte o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que o provia em menor extensão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ de 05.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Banco Industrial e Comercial S/A interpõe, pelas letras **a** e **c**, do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 223):

“Indenização — Compra e venda — Ônus da prova — Inovação — Impossibilidade.

— Estando caracterizado nos autos que o vendedor não entregou parte dos bens a que se obrigou em contrato de compra e venda desprovido de condições especiais, revela-se justo e correto que o comprador, que pagou o preço ajustado, seja reembolsado dos valores correspondentes aos bens por ele não recebidos.

— Da exegese do art. 333, II, CPC, extrai-se que compete ao requerido o ônus de provar o fato modificativo do direito postulado pelo autor.

— Em respeito ao princípio **tantum devolutum quantum appellatum**, as questões de mérito, omitidas pela sentença, ou decididas de forma incorreta que não forem argüidas pelo recorrente, não se incluem no efeito devolutivo da apelação.

— Recurso não provido.”

Alega o recorrente, preliminarmente, que a decisão é nula por ofensa aos arts. 458, II e 535, do CPC, porquanto os embargos declaratórios por ele opostos foram rejeitados sem o exame dos pontos omissos e contraditórios apontados pela parte, notadamente sobre o percentual dos juros moratórios e seu termo inicial, os quais, tal como fixados na sentença, não podem prevalecer, por falta de amparo legal.

No mérito, diz que os juros de mora foram estabelecidos em 6% ao mês desde a data do desembolso pelo recorrido, ferindo o art. 1.062, do Código Civil, que os

prevêem em 6% ao ano, se não houver estipulação em contrário, bem assim ao art. 219, do CPC, que fixa a incidência da verba a partir da citação.

Invoca jurisprudência dissidente.

Contra-razões às fls. 290/298, salientando que a apelação do ora recorrente não tocou na questão do percentual dos juros, daí porque o Tribunal de Alçada não enfrentou a matéria, aduzindo, mais, que o percentual de 6% ao mês é justo, bem como correta a sua fluíção desde o momento do desembolso, não se cuidando de matéria de ordem pública.

Cita os arts. 1.062 do Código Civil e 219 do CPC.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 308/310), subindo a esta Corte por força de provimento dado ao Ag n. 449.613/MG (fl. 312).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Insurge-se o banco recorrente, pelas letras **a** e **c**, do autorizador constitucional, contra acórdão que manteve o percentual de juros moratórios de 6% ao mês estabelecido na sentença monocrática, com fluíção a partir do desembolso de numerário despendido pelo réu para aquisição de equipamentos que se achavam judicialmente constrictados, ocasionando a impossibilidade de deles se titularizar e utilizar.

É alegada, vestibularmente, a nulidade do acórdão no enfrentamento dos aclaratórios opostos perante a Corte de Alçada.

Tenho que não houve omissão, nem desfundamentação.

A questão foi enfrentada às fls. 229/230 e 241/243, apenas que de forma desfavorável à parte.

No tocante ao mérito propriamente dito, o fundamento do acórdão se baseia na preclusão, eis que embora reconhecendo o equívoco da sentença, dispensou-se o Tribunal em reformar o **decisum** porque não suscitado o tema na apelação do banco réu.

Efetivamente, a apelação de fls. 202/207 não tocou no tema dos juros.

Acontece, porém, que os juros moratórios são objeto de norma legal (art. 1.062, do Código Civil), de ordem pública, pelo que cabível a sua aplicação **ex officio** pelo Tribunal **ad quem**.

Nesse sentido já decidiram ambas as Turmas componentes da Segunda Seção do STJ, nos arestos abaixo:

“Agravo regimental — Ação de execução — Processo Civil — Recurso especial — Acórdão — Omissão — Ausência de impugnação da decisão agravada — Súmula n. 182/STJ — Cédula de crédito comercial — Inadimplemento — Juros moratórios superiores ao limite legal — Decreto-Lei n. 413/1969, art. 5º — Matéria de ordem pública — Conhecimento **ex officio** — Possibilidade.

I - A cédula de crédito comercial, no tocante à limitação dos juros, tem a mesma disciplina da cédula de crédito rural (art. 5º da Lei n. 6.840, de 03.11.1980 c.c. o art. 5º do Decreto-Lei n. 413, de 09.01.1969).

II - À minguada de fixação pelo Conselho Monetário Nacional, incide a limitação de 12% ao ano prevista no Decreto n. 22.626/1933 (Lei de Usura). Precedentes da Segunda Seção e da colenda Terceira Turma.

III - A cláusula que majora os juros moratórios acima do limite legal é nula de pleno direito, constituindo-se matéria de ordem pública, afastável **ex officio**. Precedentes (Ag n. 56.248-4, DJ de 20.03.1995).

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.”

(Terceira Turma, AgRg no Ag n. 283.798/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJ de 16.10.2000)

(...)

“Recurso especial. Pressupostos. Negativa de vigência da Lei Federal. Divergência interpretativa. Tema comportado no âmbito da devolutividade do recurso. Juros moratórios e juros remuneratórios. Precedente da Turma. Agravo desprovido.

I - Inocorrente a alegada negativa de vigência da Lei Federal, uma vez que a matéria controvertida podia ser conhecida de ofício e se achava comportada no âmbito de devolutividade do recurso, além de indemonstrada a alegada divergência jurisprudencial, nega-se provimento ao agravo interposto com vistas ao processamento do recurso especial obstado na origem.

II - Os juros moratórios, limitados, em se tratando de crédito rural, a 1% ao ano, distinguem-se dos juros remuneratórios. Aqueles são forma de sanção pelo não-pagamento no termo devido. Estes, por seu turno, como fator de mera remuneração do capital mutuado, mostram-se invariáveis em função de eventual inadimplência ou impontualidade. Cláusula que disponha em sentido contrário, prevendo referida variação, e cláusula que visa a burlar a disciplina legal, fazendo incidir, sob as vestes de juros remuneratórios, autênticos juros moratórios em níveis superiores ao permitido.”

(Quarta Turma, AgRg no Ag n. 56.248/SE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJ de 20.03.1995)

Portanto, competia ao Tribunal de Alçada, em reconhecendo, como o fez expressamente, o erro cometido pelo Juízo singular, ao estabelecer juros muito acima do limite legal, reparar a falta.

E assim se procede, de logo, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do STJ, reduzindo-se os juros moratórios a 6% ao ano.

Quanto ao marco inicial para a sua fluência nada há a modificar, porquanto havendo o pagamento indevido, caracterizado o procedimento ilícito do banco réu, os juros correm desde aquela data, tal como fixado pela instância ordinária, isto é, do evento danoso.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento, para reduzir os juros moratórios a 6% (seis por cento) *ao ano*.

É como voto.

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, apenas observo que seguidamente se tem ouvido no Tribunal sustentações dos bancos pedindo índices mensais de juros de 6%, 10%, até de 30%. Hoje, é o banco que está se insurgindo contra a estipulação de 6% ao mês.

A regra do Código Civil quanto a juros não me parece que seja de ordem pública, mesmo porque tem sido afastada todas as vezes em que os contratos são estipulados em favor dos bancos, quando, então, não há limitação. E, aqui, algumas vezes, o próprio Tribunal tem deferido juros de acordo com a taxa de mercado, sabidamente bem acima desse percentual.

Daí por que tenho dificuldade em reconhecer que a matéria seja de ordem pública — juros moratórios ou remuneratórios.

Seja como for, é uma regra de direito privado, inserida no Código Civil. Se fosse invocado o decreto da usura, no qual, sim, está estabelecida nulidade de pleno direito, poderia entender que ao Tribunal local cabia conhecer da matéria de ofício. Se fosse o caso de se entender que a questão era de ordem pública, penso que só o seria por invocação do Decreto de 1933; então, os juros poderiam ser de 12%.

Com essas ponderações, Sr. Presidente, acompanho V. Ex^a., mas pelo fundamento da necessidade de se aplicar a Lei de Usura e limitar essa taxa a 12% ao ano.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, neste caso, como disse V. Ex^a., tratando-se de matéria de ordem pública, não há falar em preclusão.

Conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 494.052 — RS (2003/0009935-4)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Leonel Freitas

Advogados: Fabiane Engrazia Bettio e outro

Recorrida: DPM do Brasil Importação e Exportação Ltda

Advogados: Gleci Schmidt e outros

EMENTA

Cédula de produto rural. Cessão. Falta de comunicação ao emitente. Entrega do produto à cessionária.

Não é razoável exigir que o agricultor emitente de cédula de produto rural entregue a mercadoria na sede da cessionária, localizada a mais de mil quilômetros do local da produção.

À falta de comunicação da cessão, é eficaz a entrega na sede do estabelecimento da primitiva credora, que recebe o produto e dá quitação.

Produto cancelado.

Recurso conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta 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 parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

DJ de 1ª.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Leonel Freitas propôs ação de nulidade de aponte de título para protesto cumulada com reparação de dano material e moral contra DPM do Brasil Importação e Exportação Ltda. Disse que emitiu cédula de produto rural em favor da Cooperativa Regional Triticola Serrana Ltda e entregou à credora a soja correspondente, da qual recebeu plena quitação, mas o título em questão, sem que fosse notificado ao autor, estava endossado à ré, que indevidamente o encaminhou a protesto.

Julgado improcedente o pedido, o autor apelou, mas a egrégia Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

“Apelação cível. Ação comum ordinária de nulidade de aponte para protesto cumulada com reparação de danos material e moral. Cédula de produto rural. Endosso pleno.

Tendo ocorrido o endosso da CPR, que só pode ser pleno por disposição legal, mais a tradição, tem a endossatária direito ao pagamento, sem que o emitente possa fazer valer contra esta o comprovante de entrega do produto ao endossante. Inscrição no cartório de títulos e documentos posterior ao endosso estabelece a presunção do conhecimento do endosso em preto. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Apelo não provido” (fl. 165).

Inconformado, o autor interpôs recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 160 da Lei n. 6.015/1973; 127, II, 792, II, 960 e 1.069 do CCB; 10, III, da Lei n. 8.924/1994; 7ª da LUG, 43, § 5ª, da Lei n. 8.078/1990 e 331, 332, 333, 397 e 418 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial. Entende nula a decisão, por cerceamento de defesa, em face do indeferimento das provas testemunhal e pericial requeridas. No mérito, alega ofensa aos dispositivos acima citados e divergência jurisprudencial, sustentando que a falta de notificação o levou a efetuar o pagamento à Cooperativa, ato eficaz; ademais, o protesto era desnecessário.

Inadmitido na origem o recurso, subiram os autos por força de agravo de instrumento. Contra-razões às fls. 249/271.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator): 1. Quanto ao cerceamento de defesa pelo indeferimento de provas orais e periciais requeridas, tenho que tal discussão se mostra inviável, pois, para constatar se houve eventual julgamento prematuro da ação, necessário seria o reexame do conjunto probatório, o que não se admite em sede de recurso especial, à luz da Súmula n. 07/STJ. Confira-se: “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a alegação de cerceamento de defesa em virtude de julgamento antecipado da lide esbarra no óbice do Enunciado n. 07 da Súmula deste Tribunal. Isso porque o STJ precisaria reexaminar as circunstâncias fáticas e o conjunto probatório constante dos autos para concluir que a produção de outras provas, além das já carreadas aos autos, é imprescindível para o escorreito julgamento da demanda, ao contrário do que ficou assentado de forma uníssona nas instâncias ordinárias. Precedentes do STJ: REsp n. 39.623/RJ — EDcl, Ag n. 77.182/SP — AgRg, REsp n. 9.698/SP, Ag n. 14.952/DF — AgRg e REsp n. 8.965/SP” (REsp n. 7.699/SP, Segunda Turma, Relator o eminente Ministro Adhemar Maciel, DJ 17.02.1997).

2. No que diz com o mérito, o recorrente tem razão.

A Lei n. 8.929, de 22 de agosto de 1994, dispôs sobre a cédula de produto rural, documento emitido pelo produtor, representativo de promessa de entrega de produtos rurais ao credor ou à sua ordem, no dia, local e nas condições nela estabelecidas.

Aplicam-se à CPR as normas de direito cambial, com as modificações do art. 10 da citada lei: os endossos devem ser completos, o endossante não se obriga pela entrega do produto, apenas pela existência da obrigação; é dispensável o protesto para assegurar direito de regresso.

Havendo o endosso, que deve ser completo, a natureza da cédula exige a prévia notificação do devedor, para confirmar ou alterar o local da entrega do produto. Sem isso, o emitente permanece sempre com a obrigação de efetuar a entrega do produto no local indicado, mesmo porque o agricultor não pode correr o País para procurar o lugar possível de entrega do objeto da sua prestação, no caso de endosso feito pelo credor (primitivo comprador do produto) às empresas que industrializam ou se atravessam no mercado de produtos agrícolas, localizados nos mais diversos pontos do País.

A egrégia Câmara entendeu dispensável a intimação do devedor em relação ao endosso (fl. 169), considerando que somente pode ser completo em preto, e não na modalidade de endosso caução. Com isso, deu ao art. 10 da Lei n. 8.929/1994 interpretação que exigia do emitente a obrigação de efetuar a entrega à endossatária, sendo ineficaz o pagamento feito à endossante, primitiva credora.

No entanto, nas circunstâncias do negócio regulado na nova lei, penso que a melhor interpretação foi dada pelo ilustre Des. Marcelo Bandeira no AI 197149107: “Permito-me destacar ponto outro, que, penso, não pode ser obscurecido. É ponto que diz com a obrigação assumida através da CPR, que foi a de entrega do produto, até certa data, nos armazéns da Cotrijuí. Ora, posto isto na CPR, e pouco importando a transferência da titularidade da cédula, força é convir que o devedor, realizando a entrega do produto no local convencionado, cumpriu sua obrigação, pouco importando a pessoa que seria, àquele tempo, titular efetiva do crédito. Assim, se a Cooperativa recebeu o produto, como convencionado, mas já não deveria tê-lo recebido (as circunstâncias do caso, todavia, indicam que sua obrigação seria a de, recebendo-a, repassá-lo à credora desta execução), agiu, perante o agravante, seu cooperativado, como se detentora de procuração da credora para tanto. Não fora assim e cumpriria a esta notificar previamente o agravante para realização do depósito do produto em outro lugar. E nem se trata, vê-se, da questão de determinar a necessidade; fins de realização do bom pagamento, de comunicação do endosso. Trata-se, isto sim, de designar novo lugar para o cumprimento da obrigação. Por outra, firmado que o recebimento da mercadoria deveria, mesmo, se dar nos armazéns da Cooperativa, força é convir que, não alterada essa cláusula, entre os criadores do título, bem como nada providenciando a credora, se estabeleceu espécie de mandato, pelo qual se manteve autorização para o recebimento pela Cooperativa. E, aí, esta agiu em nome e por conta da credora, que não podia, assim, ao depois, ignorar quitação por ela, Cooperativa, passada” (fls. 65/66).

A dificuldade foi observada por **Lutero de Paiva Pereira**:

“Com o endosso, no entanto, o novo credor da CPR poderá não se interessar pela entrega do bem no armazém do endossante, se esta foi a estipulação originária. O impasse não poderá ser ignorado, haja vista o fato de que o emitente da cédula não estará obrigado a entregar o produto, a não ser no local que do título consta e somente deverá fazê-lo em local diverso daquele, se voluntariamente se dispuser ou se houver mudança desta geografia por aditivo à cédula” (“Comentários à Lei da CPR”, ed. Juruá, pp. 24/25).

Se não há aviso sobre a alteração do local da entrega do produto, é razoável presumir que a entidade credora e estabelecida no lugar indicado na cédula estava autorizada (por ela ou pela cessionária) a receber a mercadoria e dar quitação. Mesmo porque o agricultor de Esquina Cel. Lima, em Jóia, interior do Rio Grande do Sul, não teria como levar alguns sacos de soja à cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, distante mais de mil quilômetros, sede da empresa cessionária.

Com essas peculiaridades, cabia atender ao princípio geral da cessão de créditos, expresso no art. 1.069 do CC, segundo o qual a cessão não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada.

Ainda pondero que o objetivo da ação é bem limitado: trata-se de cancelar o aponte do título levado a protesto. Como esse protesto é facultativo, por expressa disposição da lei especial, parece que nas circunstâncias não deveria ter sido efetuado sem que antes estivesse o produtor ciente do novo lugar onde fazer a entrega.

Diante disso, conheço do recurso, pela alínea **a** e dou-lhe provimento em parte, para cancelar os atos praticados no ofício de protesto em relação ao título em questão. Indefiro, porém, a indenização de dano material, porque não provado, e a de dano moral, porque não ficou demonstrado tenha a ré agido de modo ilícito. Custas por metade, sem honorários.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 509.138 — SP (2003/0010109-4)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: A. P. J.

Advogado: José Eduardo Suppioni de Aguirre

Recorrido: J. M. P.

Advogado: José Roberto Spoldari

EMENTA

Direito Civil — Recurso especial — Filiação e registro civil — Ofensa aos arts. 126, 131, 165 e 458, II, do CPC — Súmula n. 211/STJ — Não-alegação de infringência ao art. 535 do CPC — Registro de nascimento — Falsidade ideológica — Ato anulável (art. 147, II, do CC/1916) — Ação de declaração de inexistência de filiação c.c. desconstituição de registro de nascimento — Prescrição mantida (art. 178, § 9º, VI, do CC/1916) — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Corte de uniformização infraconstitucional tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confronta-

dos, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Inocorrendo isto, na espécie, impossível conhecer da divergência aventada.

2. Não cabe recurso especial se, apesar de provocada em sede de embargos declaratórios, a Corte **a quo** não aprecia a matéria (arts. 126, 131, 165 e 458, II, todos do Código de Processo Civil), omitindo-se sobre pontos que deveria pronunciar-se. Incidência da Súmula n. 211/STJ. Para conhecimento da via especial, necessário seria o recorrente interpô-la alegando ofensa, também, ao art. 535 da Lei Processual Civil (cf. AgRg no Ag n. 557.468/RS e Ag no REsp n. 390.135/PR).

3. Consoante precedente deste Tribunal (cf. REsp n. 38.856/RS), registro de nascimento fruto de falsidade ideológica é ato anulável, nos termos do art. 147, II, do Código Civil de 1916, estando sujeito à prescrição.

4. É inadmissível irmão pretender a declaração da inexistência de filiação e a desconstituição do registro de nascimento da irmã adotiva após mais de 21 anos de convivência familiar, e apenas em razão da abertura da sucessão hereditária decorrente do falecimento dos pais, para que seja o único herdeiro. Ademais, tendo a ação em questão sido ajuizada em 19.07.2000, mais de 20 anos depois da lavratura do registro ora impugnado (25.10.1979), expirado está o prazo prescricional de 4 anos previsto no art. 178, § 4º, VI, do Código Civil de 1916. Prescrição mantida.

5. Precedentes (REsp n. 38.856/RS e 91.825/MG).

6. Recurso 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, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram de acordo os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Infere-se dos autos que J. M. P. interpôs agravo de instrumento em face da r. decisão de fls. 165/166, que, nos autos da ação declaratória de inexistência de filiação c.c. desconstituição de registro de nascimento proposta por A. P. J., rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de carência da ação (ilegitimidade ativa), bem como afastou a arguição de prescrição.

Nas razões recursais, a agravante sustentou, preliminarmente, a inépcia da inicial, em razão da ausência do “pedido com suas especificações” como exigido pelo art. 282, IV, do Código de Processo Civil, e a ilegitimidade ativa **ad causam**, na medida em que o autor-agravado agiu por interesse meramente econômico. Asseverou, também, ter ocorrido a prescrição da ação, nos termos do art. 178, § 9º, VI, do Código Civil de 1916 (fls. 02/20).

A colenda Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, deu provimento ao agravo, julgando extinta a ação com julgamento do mérito, conforme se depreende da seguinte ementa (fls. 327/342):

“Agravo de instrumento — Ação declaratória de inexistência de filiação c.c. pedido de desconstituição de registro de nascimento — Preliminares de inépcia da inicial e de ilegitimidade ativa **ad causam** rejeitadas — Ato jurídico, consistente no registro de filho alheio como próprio, considerado anulável — Prescrição reconhecida — Aplicação do art. 147, II, c.c. o art. 178, § 9º, VI, do Código Civil — Recurso provido, para extinção do feito, com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.”

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados, por votação unânime (fls. 354/358).

Irresignado, o autor-agravado, A. P. J., interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guerreado violou os arts. 126, 131, 165 e 458, II, da Lei Processual Civil e os arts. 178, § 9º, VI, e 147, II, do Código Civil de 1916, além de ter divergido de jurisprudência desta Corte (fls. 373/394).

Contra-razões apresentadas às fls. 413/426.

Admitido o recurso (fls. 437/440), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não-conhecimento da via especial (fls. 460/469).

Após, vieram-me os autos conclusos, por atribuição.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso não merece ser conhecido.

Inicialmente, quanto ao cabimento do presente recurso pela alínea **c** do art. 105, III, da Carta Magna, *verifico não terem sido mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados*. Com efeito, é insuficiente a mera citação de repositório oficial de jurisprudência para a comprovação do dissídio pretoriano e para a verificação da similitude fática entre o v. aresto guerreado e o v. julgado paradigma.

No que pertine à alínea **a** do permissivo constitucional, aduz o recorrente que o v. acórdão recorrido violou os arts. 126, 131, 165 e 458, II, do Código de Processo Civil. *Contudo, embora tais artigos tenham sido aduzidos quando da oposição dos embargos declaratórios competentes, os mesmos não foram examinados pela Corte a quo.*

No tocante à necessidade de menção do art. 535 do Estatuto Processual Civil, este Colegiado Superior, reiteradamente, tem decidido que, para o afastamento da incidência da Súmula n. 211 desta Corte, é mister que a parte recorrente interponha o recurso especial aduzindo afronta, também, a tal dispositivo (cf. AgRg no Ag n. 557.468/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 1^a.07.2004; AgRg no REsp n. 390.135/PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 03.11.2003).

Todavia, no que tange à suposta infringência aos arts. 178, § 9^a, VI, e 147, II, do Código Civil de 1916, encontrando-se a matéria devidamente prequestionada, *passo ao exame do recurso, com fulcro na alínea a do art. 105, III, da Constituição Federal.*

A. P. J., ora recorrente, ajuizou ação declaratória de inexistência de filiação c.c. desconstituição de registro de nascimento em face de J. M. P., sob a alegação de que seus pais, já falecidos, incidiram em falsidade ideológica ao declararem que aquela é filha legítima do casal. Sustentou ter interesse na ação, porquanto, embora seja filho único, teria que compartilhar a herança com a pretensa herdeira necessária.

O Tribunal **a quo** extinguiu o feito com julgamento do mérito, reconhecendo a prescrição da ação, nos termos do art. 147, II, c.c. o art. 178, § 9^a, VI, ambos do Código Civil de 1916, que dispõem, respectivamente:

“Art. 147. É anulável o ato jurídico:

(...)

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude.”

“Art. 178. Prescreve:

(...)

§ 9º Em 4 (quatro) anos:

(...)

VI - a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar.”

Nesta seara, argumenta o recorrente que os supracitados artigos não se enquadram no caso **sub judice**, já que registro de nascimento ideologicamente falso não é ato anulável, mas “fraude à lei”, sendo consequência jurídica a nulidade absoluta, inexistindo prazo prescricional.

Primeiramente, *anoto não prosperar a alegativa de ofensa ao art. 147, II, do Código Civil de 1916. É que, conforme precedente desta Corte Superior de uniformização infraconstitucional, registro de nascimento fruto de falsidade ideológica é ato anulável, cuja impugnação sujeita-se à prescrição. Colaciono, a respeito, o seguinte trecho extraído do voto do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, proferido nos autos do REsp n. 38.856/RS (DJ de 15.08.1994), verbis:*

“De salientar-se que, postulada a invalidade do reconhecimento com suporte em alegado cometimento de falso ideológico, a pretensão nesse caso formulada é de anulabilidade e não de nulidade, encontrando amparo no inciso II do art. 147, CC.

Em relação a tanto, é bom que se diga, o interesse em causa é muito mais privado (do perfilhado) do que público.

(...)

Por outro lado, é de ter-se em linha de consideração que o perfilhante, mesmo nos casos em que reconhece a paternidade com a consciência de não ser o pai biológico, atua, em grande parte dos casos, com intenção nobre e altruísta, razão pela qual o próprio ordenamento penal, ao tipificar o chamado crime de adoção “à brasileira”, capitulado no art. 242, CP, previu um tipo privilegiado (parágrafo único) com instituição de hipótese de perdão judicial.

Em face dessas considerações é que *não vejo como enquadrar a eventual invalidade do ato de reconhecimento, ainda que decorrente de falsidade da declaração prestada pelo perfilhante, como nulidade, senão como anulabilidade, devendo, por isso, ser argüida antes de expirado o quadriênio legal, sob pena de consolidar-se como situação fática definitiva pelo decurso do tempo.* — Grifei.

Válido, também, trazer à colação o trecho a seguir transcrito do v. acórdão recorrido (fls. 338/339):

“(...) o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, também, vem se posicionando no sentido de que o registro civil, feito na denominada ‘adoção à brasileira’, não é nulo (JTJ-LEX 150/139).

Assim, se o ato jurídico, consistente no registro de filho alheio como próprio, ou, simplesmente, ‘adoção simulada’ ou ‘adoção à brasileira’, não é tido como nulo, é de ser classificado como anulável, nos termos do art. 147, II, do Código Civil.”

No concernente à suposta afronta ao art. 178, § 9º, VI, do Código Civil de 1916, melhor sorte não assiste ao recorrente, *haja vista estar a ação em comento submetida ao prazo prescricional do referido dispositivo legal.*

Sobre o assunto, adoto, como razões de decidir, trechos do voto do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, prolatado nos autos do REsp n. 91.825/MG (DJ de 1º.08.2000), já que versa hipótese semelhante à presente, **verbis**:

“Esta Corte tem jurisprudência entendendo que prescreve em quatro anos, nos termos do art. 178, § 9º, VI, do Código Civil, a ação de impugnação de reconhecimento de filho natural, mesmo quando fundada na alegação de que o registro foi feito a partir de declaração ideologicamente falsa. Nesse sentido, os Recursos Especiais ns. 1.380, 19.244 e 38.856.

(...)

Observe-se que por ocasião do julgamento do REsp n. 38.856, entendeu-se que a falsidade ideológica, ao contrário do que sustentam os recorrentes, não torna o registro nulo, mas somente anulável. Ainda que assim não fosse, é de se ressaltar que não é pacífico o entendimento de que o ato nulo é imprescritível. (...)

Claro que o verdadeiro interesse, na presente demanda, reside nos efeitos patrimoniais que dela poderão advir e só surgiu com a iminência de o recorrido vir a herdar, por representação, parte dos bens deixados por sua suposta avó paterna, embora a alegada falsidade fosse conhecida desde o momento em que se procedeu ao registro.

A imprescritibilidade dos direitos é exceção. Nem mesmo quanto aos nulos e às ações de estado, como se viu, pode ser afirmada, em termos absolutos.

Não se pode admitir que aqueles que, ao menos tacitamente, aceitaram o recorrido como neto e sobrinho, vinte e oito anos depois, em razão da perspectiva de uma herança, queiram abalar o estado resultante de seu registro” — grifei.

In casu, é evidente o interesse puramente patrimonial do recorrente, de natureza particular, em ser o único herdeiro necessário de seus genitores; interesse este que surgiu apenas em razão da abertura da sucessão hereditária. Ora, *é inadmissível irmão pretender a declaração da inexistência de filiação e a desconstituição do registro de nascimento da irmã após mais de 21 (vinte e um) anos de convivência familiar.*

Note-se não ter havido qualquer questionamento judicial por parte do recorrido, que, tendo nascido em 13.11.1961 (fl. 46), em 1982 já tinha plena capacidade de buscar os meios necessários à impugnação da filiação e do registro em discussão.

Com efeito, o ato ora impugnado data de 25.10.1979 (fl. 31) e a ação em exame foi ajuizada somente em 19.07.2000 (fl. 21), ou seja, mais de 20 (vinte) anos depois. *Portanto, tendo decorrido o prazo prescricional de 4 (quatro) anos para o ajuizamento da ação, previsto no art. 178, § 4º, VI, do Código Civil de 1916, mantenho a extinção do processo com julgamento do mérito.*

No mesmo sentido, o *Parquet* Federal asseverou, **verbis**:

“Em seu voto, prossegue a eminente Desembargadora-Relatora:

‘O colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu que o registro de nascimento no qual consta filiação legítima de infante abandonado ou exposto é de ser considerado como uma adoção simulada e, não, uma falsidade, tendo em vista que o espírito da lei e da Carta Magna é sempre a preservação das relações familiares.

(...) Assim, *se o ato jurídico (...) não é tido por nulo, é de ser classificado como anulável, nos termos do art. 147, II, do Código Civil, e, como tal, é prescritível, no prazo previsto no art. 178, § 9º, inciso VI, do mesmo código.*

E o prazo prescricional, de quatro anos, começou a fluir, por se tratar de registro público, da sua lavratura, 25.10.1979, e não, como sustentado pelo autor, ora agravado, do falecimento de seus pais ou da abertura da sucessão, quando teria, supostamente, tido conhecimento do teor do registro de nascimento da ré, ora agravante.

(...) *À evidência, não pode ser admitido que interesses menores, meramente patrimoniais, como o manifestado pelo autor, ora agravado, após a abertura do inventário de seus pais, abalem de forma irreparável a situação familiar e social da ré, ora agravante, estabelecida, há mais de vinte anos, no ato de perfilhação, verdadeira adoção, por todos conhecida e aceita, que deve continuar surtindo seus efeitos para todo o sempre.*

(...) De repente, depois de mais de vinte anos, a ré ficaria sem nome e sem família, apenas J., menor que com tenra idade, cerca de um ano, foi adotada, sem que naquela época pudesse externar sua vontade, e agora, por atitude mesquinha de seu irmão, visando à obtenção para si da totalidade do patrimônio deixado por seus pais, pessoas magnânimas que a acolheram como sua verdadeira filha fosse, abandonada à própria sorte, tendo que refazer, não só todos os seus documentos, como a sua história de vida.

A Justiça, por estar acima das fraquezas humanas, não pode dar guarida a preceitos absolutos, como o da imprescritibilidade, para referendar tamanho absurdo, devendo, sempre, diante do caso concreto, lançar seu olhar não só para a lei e para a doutrina, mas para os princípios morais que devem reger as relações das pessoas, principalmente, as de família” — grifei.

Desta forma, não vislumbro qualquer afronta aos dispositivos legais apontados como violados.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 528.297 — RS (2003/0029791-9)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad

Advogados: Eduardo Pereira Guedes e outros

Recorrido: Esporte Clube Oriente

Advogado: João Baptista Orsi

EMENTA

Direitos autorais. Valor das contribuições. Lei n. 5.988, de 14.12.1973.

— Cabe aos titulares dos direitos autorais ou às associações que mantêm o Ecad determinar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização de obras intelectuais. Precedentes.

Recurso especial conhecido 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 do recurso e 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 Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ de 16.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: O “Ecad — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição” ajuizou ação de cobrança contra o “Esporte Clube Oriente”, visando ao recebimento de valores devidos a título de direitos autorais, sob o fundamento de que o réu utilizara obras musicais de vários autores nos bailes promovidos no período de maio de 1996 a abril de 1997.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente a ação para condenar o réu ao pagamento da quantia de R\$ 8.432,80 (oito mil, quatrocentos e trinta e dois reais e oitenta centavos), devidamente corrigida pelo IGP-M e acrescida de juros de mora de 0,5% a/m, ambos a partir da citação.

A Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do réu para estabelecer como critério de contribuição o percentual de 2,5% sobre a arrecadação da bilheteria. Eis a ementa do acórdão:

“Ecad. Direitos autorais. Clube esportivo. Baile para idosos. Valor. Possível estabelecer a contribuição em 2,5% sobre o valor da arrecadação de bilheteria, critério já utilizado pela jurisprudência relativamente às casas de espetáculo, para fixar o valor dos direitos autorais, sob pena de, desatendida a proporcionalidade, obstar a realização desses eventos. Recurso de apelação parcialmente provido.” (Fl. 217)

Irresignado, o Ecad manifestou este recurso especial com fulcro na alínea c do admissivo constitucional, apontando dissídio jurisprudencial com arestos desta Casa, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Sustentou, em suma, ser parte legítima para fixar critérios acerca do montante da contribuição.

O apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte. Contra-razões às fls. 272/275.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. A decisão recorrida não contém fundamento de porte constitucional, motivo por que não há falar no caso em incidência da Súmula n. 126/STJ.

De outro lado, tem-se como suficientemente demonstrada na espécie a dissidência interpretativa. Em seu REsp, a recorrente colaciona dois julgados oriundos desta Casa no sentido de que os titulares dos direitos autorais são os que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização de suas obras intelectuais. A demonstração analítica, embora sucinta, encontra-se à fl. 231, sendo, ademais, de inteiro conhecimento desta Corte.

2. Na qualidade de titular dos direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual produzida, cabe ao seu autor o direito de autorizar a execução das peças musicais, conforme decorre não somente da legislação infraconstitucional vigente à época dos eventos (art. 73 e § 1^o da Lei n. 5.988/1973, mas também da Lei Fundamental art. 5^o, XXVII). Além disso, compete-lhe fixar o preço correspondente. É o que deflui do disposto nos arts. 21, 29, 30, IV, **a** e **c**, e seu parágrafo único; 73, parágrafos 1^o e 2^o, da citada Lei n. 5.988, de 1973, e 524 do Código Civil.

A propósito, vale lembrar que a colenda Terceira Turma, quando do julgamento do REsp n. 151.181/GO, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assentou que “não pode o Poder Judiciário fixar o valor dos direitos autorais. Os titulares ou suas associações, que mantêm o Ecad, é que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva.”

Do voto de S. Ex^a., o Sr. Ministro-Relator, colhe-se o expressivo excerto, que calha às inteiras ao caso **sub judice**:

“Todo o sistema de direito autoral é, portanto, baseado na cobrança pelo titular dos direitos patrimoniais que possui, o que quer dizer, no direito que lhe cabe de fixar o valor pelo qual oferece sua obra. E o direito positivo autorizou que os autores assim procedessem diretamente ou por intermédio de

suas associações, e, também, autorizando a criação de um escritório centralizado para a cobrança desses direitos, o que tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência. A Lei nova, n. 9.610/1998 assegurou pelo art. 99 a manutenção pelas associações de direitos autorais, consideradas mandatárias de seus associados, com o só ato de filiação, para a prática de todos os atos de defesa judicial e extrajudicial de seus direitos, bem como para sua cobrança (arts. 97 e 98), de ‘um único escritório central para arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e litero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais’, que atuará, podendo fazê-lo também as associações, ‘em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados’, podendo, ainda, ‘manter fiscais’ (art. 99 e seu § 4^o).

Vê-se, com toda limpidez, que o Ecad age em nome dos titulares de direitos autorais para a cobrança dos direitos patrimoniais devidos, incluída a possibilidade de exercer a fiscalização para esse efeito.

Ora, esse direito assegura ao Ecad a cobrança dos direitos autorais devidos, não cabendo ao Poder Judiciário fixar tais valores. Quem deve fixar o valor é o titular do direito, ainda mais, quando a relação, no caso é de direito privado. Não há mais o malsinado tabelamento. Há um regime de livre concorrência, sendo os preços formados pela regra do mercado. Os titulares ou suas associações, que mantêm o Ecad, é que podem fixar os valores para a cobrança dos direitos patrimoniais decorrentes da utilização das obras intelectuais, como decorre da disciplina positiva.”

Outros precedentes podem ser elencados: REsps ns. 212.199/PR, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, e 279.037/PR, de minha relatoria.

Convenha-se, no entanto, que, assegurado ao autor da obra intelectual a exclusividade de sua utilização, publicação ou reprodução, sendo ainda imprescindível a sua prévia autorização para fins de execução ou retransmissão, em se tratando de peças musicais, inegável afigura-se o seu direito de definir critérios para a fixação do preço, cujos parâmetros — bem de ver — não se encontram pré-determinados pelo legislador.

O autor — ora recorrente — tem, pois, legitimidade para fixar critérios relativos ao montante dos direitos autorais. Prevalecem, portanto, os valores previamente determinados pelos titulares dos direitos autorais representados pelo Escritório demandante, os quais, em rigor, são de conhecimento do réu, entidade desportiva que costuma promover eventos de tal natureza.

3. Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de restabelecer a sentença.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 573.511 — MG (2003/0129089-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Orlei Claro de Lima

Advogados: Romualdo Wilson Cançado e outros

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: Gilberto Eifler Moraes e outros

EMENTA

Processo Civil. Liquidação de sentença. Coisa julgada. Ofensa não reconhecida. Acórdão mantido.

— Não se reconhece na hipótese ofensa à coisa julgada, pois que observado o comando contido na sentença liquidanda.

— 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Luiz Antônio Borges Teixeira, pelo Recorrido.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: *Orlei Claro de Lima*, ora recorrente, propôs

contra o *Banco do Brasil S/A*, ora recorrido, ação de cobrança de diferença de remuneração em aplicação de CDB, com correção pós-fixada.

O pedido foi julgado procedente “para reconhecer ao autor o direito de haver a correção monetária plena, no período de aplicação, vale dizer, a atualização do capital pelo IPC, que era o índice que fazia variar o indexador contratual — BTNF, inaplicando-se ao Contrato n. 221.067 os valores do BTNF, criados de modo ilegal, pelo Ato Declaratório n. 74, do Coordenador do Sistema de Tributação.” O juiz também condenou o réu “a adimplir, em sua inteireza, o contrato, pagando ao autor a diferença verificada e quantificada no capital corrigido e não pago, consoante o quadro demonstrativo de fls. 14/15, acrescido da correção monetária, medida pelo IPC desde a data do vencimento da aplicação, até a do efetivo pagamento, e juros compensatórios, a partir de 17.06.1992, à taxa contratada, a ser apurada em liquidação, por simples cálculo. Sobre os valores deverão incidir juros moratórios legais, a partir da citação.”

Rejeitados os aclaratórios, as partes apelaram. A egrégia Primeira Câmara Cível do TAMG negou provimento ao recurso do banco e deu provimento ao do autor para determinar que os juros de mora incidam a partir do vencimento da aplicação financeira (17.04.1990).

O banco interpôs recurso especial, e esta Quarta Turma, em acórdão da relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar (EDcl no REsp n. 193.826/MG), acolheu os embargos de declaração com efeito infringente e não conheceu do especial. Transcrevo a ementa do julgamento:

“Embargos declaratórios. Erro material. Acolhimento dos embargos com efeito infringente. CDB. Pós-fixado. Lei n. 8.024/1990. — O banco comercial tem legitimidade passiva para responder à ação de cobrança de diferença de remuneração de CDB, com correção pós-fixada, a ser paga quando do vencimento, em 17 de abril de 1990, oportunidade em que houve parcial conversão em cruzeiros e transferência do saldo ao Bacen, a partir de quando este passou a ser responsável pela atualização. Arts. 6^ª, 7^ª e 9^ª da Lei n. 8.024/1990. Recurso especial não conhecido. — Embargos acolhidos com efeito infringente.”

Os autos retornaram à origem e o Juiz assim decidiu:

“Ao relatório da sentença de fls. 416/426-TA, modificada pelo TAMG, apenas para determinar que os juros de mora incidissem a partir do vencimento da aplicação financeira (fls. 584/595), acrescento que, na liquidação de sentença, a digna perita oficial encontrou dois valores. Um, no importe de R\$ 103.403,87, levando em conta as taxas de juros simples, sem capitalização,

tanto para os juros compensatórios, quanto para os juros moratórios, acrescido da verba honorária de 15%, no valor de R\$ 15.510,58, e custas de R\$ 380,43, totalizando R\$ 119.294,88. Outro, no importe de R\$ 2.341.404,44, aplicando os juros compensatórios de 90% a.a., capitalizados anualmente, a partir de 17.06.1992 e moratórios de 6% ao ano, capitalizados anualmente a partir de 17.04.1990 (fls. 781/782). Apesar da fórmula obtida pela perícia para a remuneração dos contratos de CDB prever a capitalização dos juros remuneratórios, tal ocorre até o vencimento da aplicação, não podendo perdurar no decorrer do processo, vale dizer, após o vencimento da aplicação. A uma porque, findo o contrato de depósito bancário, não há mais que se falar em capitalização dos juros. A duas, porque o anatocismo continua vedado por lei (art. 4º do Decreto n. 22.626/1933) e pela jurisprudência (Súmula n. 121 do STF), salvo nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial, em virtude de legislação específica (Súmula n. 43 do STJ). Pelo exposto, julgo procedente a liquidação, para condenar o réu ao pagamento da quantia de R\$ 119.294,88, apurada em 17.05.2000, sobre a qual continuarão a incidir correção monetária, juros compensatórios de 90% ao ano e moratórios de 6% ao ano, mas de forma linear”.

Os aclaratórios foram acolhidos para explicitar que, quanto à correção monetária, o índice a ser utilizado para a atualização do valor homologado será o adotado pela perita oficial, que é o IPC/Fipe; já em relação aos juros compensatórios e moratórios, estes serão aplicados cumulativamente, mas de forma linear.

O autor apelou e o banco manifestou apelo adesivo. O acórdão restou assim sumariado:

“Liquidação de sentença. Capitalização de juros. Ausência de determinação na decisão liquidanda. Art. 610 do CPC. Índice de correção monetária. Preclusão. Art. 183 do CPC.

— Inexistindo determinação expressa na sentença liquidanda de que sejam computados os juros, de forma capitalizada, indevida é a almejada capitalização, tampouco qualquer discussão a respeito da matéria na fase de liquidação, que tem por escopo apenas quantificar a condenação obtida no processo cognitivo, cuja decisão deve ser interpretada fielmente, sem restrições ou ampliações.

— Deixando a parte interessada de se insurgir, no momento oportuno, sobre o índice de correção adotado no laudo pericial, não mais poderá fazê-lo em oportunidades posteriores, porquanto a questão restou acobertada pelo instituto da preclusão.” (Fl. 1.151)

Os embargos de declaração opostos pelo autor foram rejeitados, vencida a Juíza Primeira Vogal. Igualmente foram rejeitados os segundos declaratórios, por maioria.

Inconformado, *Orlei Claro de Lima* interpôs recursos extraordinário e especial, este pelo art. 105, III, **a**, da CF.

Alega que a sentença de liquidação, ao determinar que os juros fossem calculados de forma linear, alterou os comandos expressos da sentença liquidanda, que condenou o banco a cumprir em sua inteireza o contrato firmado entre as partes, pagando ao recorrente os juros compensatórios à taxa contratada, que contempla capitalização anual dos juros, tal como se infere do quadro demonstrativo de fls. 13/14, não impugnado pelo recorrido e homologado na sentença.

Dessa forma, teriam sido ofendidos os arts. 458, 468, 473 e 610 do CPC e os princípios da preclusão e da coisa julgada.

Argumenta que o quadro demonstrativo de fls. 13/14 passou a valer como uma perícia financeira cujo quantitativo tivesse sido aprovado: “dele constou o valor dos juros até o vencimento do depósito, obtido pela fórmula contratada de cálculo dos juros. Sancionado o valor, estão automaticamente aprovadas a fórmula, a taxa e os índices que o geraram, pelo simples fato de ser impossível confirmar o quantitativo sem se estar ratificando, concomitantemente, a fórmula de cálculo e os demais fatores que levaram a ele (...) a sentença liquidanda, ao sancionar o quadro demonstrativo de fls. 13/14, sancionou o critério de cálculo dos juros compensatórios que contempla a capitalização anual, e tal critério tornou-se imutável.” Sobre a imutabilidade do critério de cálculo, cita o REsp n. 202.480/RJ.

Observa que “adimplir em sua inteireza o contrato significa adotar sistema de cálculo e fórmula única (a contratada) para quantificar seus valores até o vencimento e após o vencimento. Adotando-se uma fórmula para até o vencimento, e outra fórmula para após o vencimento da obrigação, a segunda não pode ser a fórmula contratada. (...) Por outro lado, o pedido foi acolhido em sua inteireza, e se pediu o pagamento de juros compensatórios, pela forma contratada, até o efetivo pagamento, e não apenas até a data do contrato.”

Aponta ofensa dos arts. 5º, XXXVI, e 93, IX, da CF.

Enfim, sustenta que o acórdão deve ser reformado “a fim de que os juros compensatórios sejam restabelecidos, até o efetivo pagamento, à mesma taxa e fórmula contratada para cômputo dos juros, com capitalização anual.”

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi admitido na origem, vindo-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A eventual ofensa a dispositivo constitucional não pode ser examinada nesta via.

O banco recorrido foi condenado, na fase de conhecimento, a adimplir o contrato, sendo determinado o pagamento ao autor da diferença apurada no quadro demonstrativo de fls. 14/15, juntado com a inicial, o qual se baseou no certificado de depósito bancário de fl. 16 e no documento de fl. 31. O banco recorrido também foi condenado a pagar correção monetária, desde o vencimento da aplicação até a data do efetivo pagamento, e juros compensatórios, à taxa contratada, a ser apurada em liquidação, por simples cálculo, além de juros moratórios legais a partir do vencimento da aplicação financeira.

Na fase de liquidação, o autor requereu a realização de perícia para que fosse determinada a fórmula de cálculo dos juros que foi contratada no período de depósito (60 dias decorridos entre 16.02.1990 e 17.04.1990) e apurado o valor da condenação. Foram elaboradas duas perícias: na primeira (fls. 711/738), a *expert* capitalizou os juros e encontrou o montante de R\$ 2.692.995,53; na segunda, em resposta ao banco, a perita elaborou novos cálculos, sem capitalização, e apurou o valor de R\$ 119.294,88. O juiz, na sentença de liquidação, acolheu este último valor, apurado em 17.05.2000, sobre o qual determinou a incidência de correção monetária, juros compensatórios de 90% ao ano e moratórios de 6% ao ano, mas de forma linear. O autor alega que esse entendimento, mantido no acórdão recorrido, ofende a coisa julgada e viola os arts. 458, 468, 473 e 610 do CPC, porque, na sentença liquidanda, o banco foi condenado a cumprir o contrato em sua inteireza, com juros compensatórios à taxa contratada, que contemplaria capitalização anual dos juros, consoante o demonstrativo de fls. 13/14, acolhido na sentença.

Não tem razão o recorrente. Assim como consta do acórdão recorrido (fl. 1.156), o autor requereu, na inicial, que sobre a diferença a ser paga pelo banco incidissem juros compensatórios a partir de 17.06.1992, calculados pela mesma fórmula e mesma taxa de juros contratada. Na sentença ficou determinado que os juros compensatórios fossem aplicados à taxa contratada, sem que fosse deferida a capitalização.

Não pode ser acolhida a pretensão do recorrente de que a expressão “à taxa contratada” constante do dispositivo da sentença liquidanda, incluía a capitalização de juros. Como bem consignado no acórdão recorrido, a expressão não tem a abrangência que pretende o recorrente conferir. Tampouco se pode concluir que, ao acolher o demonstrativo de fls. 13/14, e julgar procedente o pedido, o Juiz teria deferido a capitalização dos juros. Reitero que, na inicial, o autor não requereu expressamente a incidência de juros capitalizados. Ademais, o demonstrativo de fls. 13/14 não traz expressa referência à capitalização dos juros, e em nenhum momento, no processo de conhecimento, foi feita referência à capitalização dos juros, que não foi deferida na sentença.

Como bem ressaltado no acórdão, cabia ao autor, ora recorrente, “instaurar, de forma expressa, a discussão a respeito sobre a possibilidade de capitalização de juros na elaboração dos cálculos da dívida. Todavia, assim não agiu o ora apelante.”

Observo, ademais, que não houve a determinação de incidência de capitalização até o pagamento, mas de atualização do capital pelo IPC, desde a data do vencimento da aplicação até o efetivo pagamento, acrescido de juros compensatórios à taxa contratada, apurada em liquidação, com juros moratórios legais.

Esta Quarta Turma já decidiu, no REsp n. 206.946/PR, da relatoria do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 03.04.2001, que “a liquidação de sentença deve guardar estrita consonância com o decidido no processo de conhecimento, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto”.

Confira-se também o REsp n. 545.568/MG, Relator o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.11.2003.

Portanto, não foram violados os arts. 458, 468, 473 e 610 do CPC, nem os princípios da preclusão e da coisa julgada. A taxa de juros contratada (fl. 16) de 90% a.a. foi observada e, inexistente comando expresso na sentença liquidanda, a capitalização não pode ser utilizada no cômputo da dívida.

O REsp n. 202.480/RJ, invocado pelo recorrente, trata de hipótese distinta da cogitada nestes autos, em que não se cogitou de impugnação a critério de cálculo. Outrossim, inaplicáveis os precedentes deste Tribunal que tratam da impossibilidade de, em sede de liquidação de sentença, alterar-se o percentual de correção monetária deferido em sentença homologatória transitada em julgado.

Assim, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 583.091 — SC (2003/0112276-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrentes: Luiz Paulo Bignetti e cônjuge

Advogados: Fabricio Zanatta e outros

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Flavio Queiroz Rodrigues e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Civil e Econômico. SFH. Mútuo. Tabela *price*. Capitalização (anatocismo). Aferição. Revolvimento contratual e de provas. Súmulas 5 e 7 do STJ.

1. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como tabela *price*, somente com detida incursão no contrato e nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de amortização negativa e, conseqüentemente, de anatocismo, vedado em lei (Ag no REsp n. 543.841/RN e Ag no REsp n. 575.750/RN). Precedentes da Terceira e da Quarta Turmas.

2. Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos recursos. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Luiz Paulo Bignetti e cônjuge, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal e recurso adesivo da Caixa Econômica Federal — CEF, este com arrimo na letra **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF 4ª Região, assim ementado:

“Administrativo. Sistema hipotecário. Capitalização de juros. Existência. IPC de 84,32%. Taxa referencial.

1. Haverá capitalização nos contratos de financiamento somente quando ocorrer a chamada amortização negativa, sendo os juros que deixam de ser pagos somados ao saldo devedor, haverá anatocismo.

2. Eventuais juros não pagos devem ser destinados à conta em separado,

sobre a qual somente incidirá correção monetária, para evitar a capitalização. Deste modo, estar-se-á garantindo a aplicação do art. 4º do Decreto n. 22.626/1933 e da Súmula n. 121 do STF

3. O saldo devedor deve ser corrigido pelo IPC de 84,32% devido à data de aniversário do contrato.

4. Nos contratos firmados antes da edição da Lei n. 8.177/1991, é ilegal a aplicação da TR como índice de correção monetária.

5. Apelações parcialmente providas.” (Fl. 180)

São dois os pontos de inconformismo dos primeiros recorrentes: 1) a aplicação do IPC no mês de abril de 1990 (84,32%), para corrigir o saldo devedor e 2) o não-reconhecimento da existência de capitalização de juros remuneratórios (tabela *price*), no caso concreto.

A CEF, por sua vez, não concorda com a conclusão do julgado recorrido, argumentando que, mesmo quando a prestação mensal não é suficiente para amortizar o capital e pagar os juros remuneratórios, a parte que sobeja não rende ensejo à capitalização, pois se volta para o montante do capital e a ele se integra.

Aduz que prevalecendo a tese do acórdão, haverá malferimento ao art. 993 do Código Civil, pois, na hipótese de capital e juros, o pagamento imputa-se primeiramente a estes e não àquele.

Entende também violado o art. 5º da LICC, pois o julgado, ao integrar o contrato, não atenta para a finalidade social da Lei n. 4.380/1964, notadamente o equilíbrio entre a remuneração das fontes de custeio do SFH (FGTS e poupança) e a contraprestação da avença em apreço.

Apresentadas as contra-razões (fls. 217/222 e 236/245), os recursos tiveram admitidos os seus processamentos (fls. 247/248 e 249/250), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): De início, o recurso dos autores Luiz Paulo Bignetti e sua mulher não merece conhecimento, porquanto, limitando-se a negativa genérica, não indicam, clara e precisamente, qual ou quais dispositivos de Lei Federal teriam sido malferidos pelo acórdão atacado, afigurando-se, pois, deficiente a fundamentação recursal (Súmula n. 284/STF).

A propósito, a jurisprudência desta Corte:

“Recurso especial — Ausência de pressupostos.

— A Referência genérica à Lei Federal porventura vulnerada, sem a particularização de qualquer artigo, bem como a falta de indicação de arestos visando à demonstração da dissidência jurisprudencial, torna inviável o especial, dado a ausência de pressupostos básicos à sua admissibilidade, pelas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional.” (REsp n. 43.037/SP, Relator Ministro Flaquer Scartezzini, DJ de 29.04.1996)

Sobre o assunto, fixou o STF:

“Agravos regimentais.

— No caso, não se trata de falta de indicação da letra do inciso III do artigo 102 da Constituição, mas de falta de indicação do dispositivo constitucional que teria sido violado pelo acórdão recorrido, indicação esta que é indispensável ao exame do recurso extraordinário, uma vez que a ele não se aplica o princípio do **iura novit curia**.

Agravos a que se nega provimento.” (AgRg no Ag n. 193.772, DJ de 24.10.1997, Relator Ministro Moreira Alves)

Como se não bastasse, malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC c.c. o art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular antes referido.

Nesse sentido:

“Civil e Processo Civil. Compromisso de compra e venda. Nulidade de cláusula. Perda de parcelas pagas. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Dissídio indemonstrado. Recurso não conhecido.

I - (...)

II - A divergência não se figura pela simples transcrição da ementa, sendo necessária a transcrição de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma e o cotejo analítico das teses, valendo ressaltar, ademais, que “a juntada à petição do recurso especial de cópia de acórdão que o recorrente entende como paradigma não o exime de proceder à demonstração analítica do conflito de decisões suscitado.” (REsp n. 102.313/DF, DJ de 24.02.1997, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Mesmo porque, o acórdão recorrido firma entendimento no mesmo sentido preconizado por esta Corte, vale dizer, o índice de reajuste a ser aplicado aos contratos de mútuo relativos à aquisição de imóvel pelo SFH, no mês de abril de 1990, deve ser de 84,32%, correspondente ao IPC de março daquele ano, consoante fixado pela Corte Especial, quando do julgamento do EREsp n. 218.426/SP, na assentada de 10.04.2003.

Confiram-se, ainda, os julgados da Quarta Turma:

“Processual Civil e Econômico. Sistema Financeiro da Habitação. Correção monetária. IPC. Março/1990. Consolidação. Entendimento. Corte Especial.

1. O saldo devedor dos contratos para aquisição da casa própria, firmados sob as normas do Sistema Financeiro da Habitação, deve ser corrigido, em abril de 1990, pelo IPC de março do mesmo ano de 1990, no percentual de 84,32%. Orientação firmada pela Corte Especial, no julgamento do EREsp n. 218.426/SP DJ 10.04.2003.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 509.867/PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 12.04.2004)

“Civil e Processual. Agravo regimental. Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de mútuo hipotecário. Prestações e saldo devedor. Índice da poupança. Reajuste. IPC de março/1990 (84,32%). Aplicação.

I - A Corte Especial e a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC (respectivamente, EREsp n. 218.426/RS, Relator Ministro Vicente Leal, por maioria, julgado em 10.04.2003 e REsp n. 122.504/ES, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, por maioria, DJ de 16.09.1999).

II - Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 547.834/SP Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.12.2003)

“Agravo no recurso especial. Financiamento imobiliário. Correção monetária. Março/1990. IPC. Recurso desprovido.

— Consoante orientação firmada pela Corte Especial do STJ, no mês de março/1990, o saldo devedor e a prestação do contrato para aquisição de imóvel, vinculado ou não ao Sistema Financeiro da Habitação, com cláusula de correção monetária atrelada ao indexador da poupança, deve ser corrigido pelo IPC, o mesmo usado para corrigir as contas de poupança nesse período.” (AgRg no REsp n. 263.563/SP Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 19.12.2003)

“Agravo. Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de mútuo. Saldo devedor. Reajuste. IPC de março/1990 (84,32%). Aplicação.

I - A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC (ERESP n. 218.426/ES, Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 10.04.2003).

II - Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 538.906/PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.11.2003)

O recurso da CEF ressentiu-se do necessário questionamento no que se refere às matérias do art. 993 do Código Civil e do art. 5º da LICC, efetivamente não decididas pelo julgado combatido (Súmulas ns. 282 e 356 do STF).

Quanto ao mais, mister se faz algumas considerações.

O Tribunal de origem entende que a simples adoção da tabela *price* não rende ensejo, por si só, à conclusão de haver capitalização de juros.

Para aquele colegiado isso somente ocorre quando há a chamada amortização negativa, ou seja, quando a prestação mensal não é suficiente para amortizar o capital e os juros remuneratórios, como ocorre, por exemplo, na maioria dos casos em que o contrato é regido pelo PES. Nesse caso, a parcela que sobeja, ou seja, não amortizada pela prestação insuficiente, volta ao montante do financiamento, sendo, pois, alvo de capitalização.

O julgado então, com olhos no caso concreto, conclui pela inexistência de anatocismo.

Nesse contexto, a incidência das Súmulas ns. 05 e 07/STJ é de rigor, pois não há como elidir a conclusão do Tribunal de origem sem adentrar aos aspectos fático-probatórios da causa e sem uma percuciente e detida análise do contrato de mútuo.

Assim é a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção:

“Civil e Processual Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Mútuo. Carteira hipotecária. Prestações. Correção monetária. TR. Admissibilidade. Capitalização dos juros. Tabela *price*. Impossibilidade de ser verificada a existência. Súmula n. 07/STJ. Incidência. Recurso manifestamente improcedente. Multa, art. 557, § 2º, do CPC.

I - Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado. Precedentes.

II - Impossibilidade de se verificar a existência de capitalização de juros, conforme cognição das instâncias ordinárias. Revisão do conjunto probatório inadmissível no âmbito do recurso especial (Súmula n. 07 do STJ).

III - Sendo manifestamente improcedente e procrastinatório o agravo, é de se aplicar a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de novos recursos sujeita ao prévio recolhimento da penalidade imposta.

IV - Agravo desprovido.”(AgRg no REsp n. 571.705/PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 23.08.2004)

“Civil. Sistema Financeiro da Habitação. Mútuo hipotecário. Embargos à execução. Prestações e saldo devedor. Capitalização dos juros. Matéria de prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 07/STJ. Índice da poupança. Previsão contratual. TR. Incidência.

I - A existência da capitalização dos juros, refutada pelo recorrente, não pode ser elidida sem que se proceda ao exame da prova, para declarar o inverso, o que é vedado ao STJ, nos termos da Súmula n. 07, quando expressamente apontada pelo acórdão recorrido.

II - Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança, pactuado entre as partes. Precedentes.

III - Recurso conhecido em parte e provido.” (REsp n. 419.053/PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 19.08.2002)

“Processo Civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Empréstimo bancário vinculado à aquisição de imóvel pelo SFH. Tabela *price*. Existência de capitalização de juros. Questão de fato.

— A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como tabela *price*, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, quando pertinentes ao caso.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 410.775/PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23.03.2004)

Não há mesmo como ser diferente, pois essa conclusão decorre da própria natureza da tabela *price*.

José Dutra Sobrinho, Matemático e Professor, em palestra proferida entre os dias 11 e 12 de abril de 1997, em encontro promovido pela Escola Nacional da Magistratura, discorreu sobre a origem da tabela *price*, asseverando:

“Face ao desentendimento generalizado sobre o que é e como funciona a tabela *price*, vamos fazer algumas considerações a respeito. Segundo estudo do Professor **Mário Geraldo Pereira**, em sua dissertação de doutoramento apresentada em 1965 na Faculdade de Economia e Administração da USP, a denominação “tabela *price*”, tem sua origem no nome do filósofo, teólogo e matemático inglês Richard Price, que viveu no século XVIII, e que incorporou a teoria de juros compostos à amortização dos empréstimos. E como esse critério de cálculo efetivamente se desenvolveu na França na primeira metade do século seguinte, ficou conhecido também com nome de “Sistema Francês de Amortização”. E, ainda de acordo com o Professor **Mário**, a denominação “tabela *price*” é utilizada somente no Brasil, sendo desconhecida nos outros países.

A tabela *price*, na verdade, se constitui simplesmente numa tabela de coeficientes ou fatores, utilizada para obter o valor das prestações iguais e sucessivas necessárias para a amortização de empréstimos ou financiamentos. E o sistema de amortização em prestações iguais, como todos sabemos, é o mais utilizado no Brasil e no mundo, tanto para a amortização de empréstimos bancários, quanto para o financiamento de imóveis, veículos, seguros, eletrodomésticos e outros. E em todos esses sistemas o valor de cada uma das prestações pode ser decomposto em parcelas de juros e de capital, sendo esta última conhecida também por “amortização”.

Nos casos de empréstimos ou financiamentos com cláusula de correção monetária ou cambial, o procedimento adotado no Brasil é o de se corrigir monetariamente o saldo devedor até à data do pagamento da prestação (ou do saldo), e em seguida subtrair o valor da amortização do saldo devedor corrigido. E para se obter o valor da amortização, basta calcular a parcela de juros multiplicando-se a taxa contratual de juros pelo saldo devedor corrigido e em seguida subtrair o valor obtido do valor da prestação. Esse procedimento é absolutamente correto!”

Também **André Luiz Mendonça da Silva**, in “Questões do Sistema Financeiro da Habitação”, 3ª ed., pp. 172/174, esclarece:

“Os efeitos da tabela *price* devem ser contidos pelo Poder Judiciário ou, em outras palavras, minimizados e até mesmo afastados, mormente no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação onde, ao lado de ferirem as disposições do Código do Consumidor e outras leis gerais, fulminam de morte as determinações insculpidas na lei específica do sistema e a sua verdadeira espinha dorsal, ou seja, a Lei n. 4.380/1964, de modo específico no que tange às taxas de juros e à proibição da sua capitalização, o indexador utilizado e o critério de amortização das prestações, conforme aqui postulado.

De efeito, não há previsão contratual nem legal à utilização da capitalização de juros nos contratos firmados no âmbito do SFH. Ao contrário, o art. 5º da Lei n. 4.380/1964 determina tão-somente a correção monetária da dívida e dos juros, mas não o adicionamento destes ao valor principal. Eis a redação do art. 5º, no seu **caput**:

“Art. 5º Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a conseqüente correção do valor monetário da dívida toda vez que o salário mínimo legal for alterado.”

Celso Marcelo de Oliveira, com amparo na lição de **Márcio Mello Casado**, conclui pela indubitosa ilegalidade da capitalização de juros decorrente da utilização da tabela *price*, a saber:

“Não divergindo, o douto **Márcio Mello Casado**, a verba: “É importante frisar, de início, que somente nas operações firmadas através de cédulas e notas de crédito é que se viabiliza a contagem de juros sobre juros em períodos inferiores a um ano **ex vi** do art. 4º do Decreto n. 22.626/1933. Fora destas hipóteses a capitalização acarreta a invalidade da cláusula que a prevê, mesmo que haja pacto indubitoso acerca da sua incidência”. “Conjugando a matemática com o direito, podemos afirmar, sem medo de errar, que nas operações bancárias é vedado o uso da metodologia de cálculo que se valha do fator de capitalização, ou fatos de acumulação de capital para pagamento simples ou único, representado pela expressão $(1 + i)^n$ ”. No âmbito do modelo *price*, especificamente, a capitalização de juros se faz incontroversa quando se contempla a fórmula utilizada para o cálculo das prestações constantes da série postecipada, dentro da qual se encastela, sem nenhum pudor, o fator exponencial $(1 + i)^n$.

Linhas após, diz: “Incontroverso que a metodologia de cálculo denominada Método Francês de Amortização, ou tabela *price*, acarreta a ilegal capitalização de juros. Até porque a matemática é uma ciência exata, onde não se admitem diversas explicações para o mesmo fenômeno. Assim, havendo o elemento $(1 + i)^n$ na equação, há a presença de fórmula que prestigia a contagem de juros sobre juros”.

Para arrematar: “Sob o prisma da ilegalidade da capitalização de juros, ou pela total ausência de informação, o uso da tabela *price*, como metodo-

gia de cálculo é absolutamente inválido, nas contratações firmadas entre consumidores de crédito bancário e instituições financeiras ou assemelhadas” (“O Uso da Tabela *Price* no Crédito ao Consumo”, Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, RT, v. 20, pp. 72 a 87). (**Oliveira, Celso Marcelo de.** “Sistema Financeiro de Habitação: doutrina — ementário — jurisprudência — modelo processual”. Campinas: LZN, 2002, pp. 70/71)

Outra não é a conclusão do Juiz Federal Julier Sebastião da Silva, da 1ª Vara da Justiça Federal de Cuiabá — MT, na sentença exarada no Processo n. 1999.36.00.002241-3:

“A capitalização de juros, de outro giro, não encontra amparo legal para sua utilização nos contratos imobiliários regidos por norma do SFH. As Leis ns. 4.380/1964, 8.004/1990, 8.100/1990 e 8.692/1993 determinam simplesmente que sejam pagos juros juntamente com a amortização do capital no que se refere aos financiamentos concedidos. Não há lei autorizando a capitalização. Ao contrário, o próprio art. 5º da Lei n. 4.380/1964 assegura apenas a correção monetária do valor emprestado e dos juros, mas não a integração destes à dívida principal. Tanto isso é verdadeiro que a CEF apresenta como justificativa para a capitalização de juros a Resolução do Conselho Monetário n. 1.446, veiculada pelo Banco Central em 05.01.1988. Mais uma vez, dá-se a introdução de ônus financeiros para os mutuários normas administrativas desprovidas de qualquer legalidade.”

Pelo princípio da legalidade, não estão os Requeridos obrigados ao pagamento de juros sobre juros, tendo em vista a inexistência de comando legislativo ou contratual a assegurar tal forma de remuneração do capital mutuado. Ademais, o contrato em si não se encontra vinculado a qualquer fonte de custeio do SFH, de modo que as taxas e formas de capitalização praticadas no mercado financeiro para a captação de eventuais recursos a serem utilizados em financiamentos não pode ser impostas aos ajustes habitacionais sem a necessária autorização legal, restando afastada a tese formulada nesse sentido. Deve ser excluída, dessa forma, a capitalização de juros dos valores pertinentes ao contrato em debate neste processo.”

Em geral, a importância paga a título de prestação, principalmente nos contratos em que o saldo devedor é indexado pela TR, é inferior ao valor relativo ao reajuste deste último, resultando daí a denominada amortização negativa e, conseqüentemente, o saldo devedor do mês seguinte será superior

ao anterior, subindo mês a mês, inobstante o pagamento mensal das parcelas. Juros, conseqüentemente, também não são pagos, restando incorporados no mês seguinte e sofrendo a incidência de novos juros e sempre mês a mês. Nítido o anatocismo, prática esta proibida por lei.”

Portanto, como se vê, somente com detida incursão no contrato e nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de amortização negativa e, conseqüentemente, de anatocismo, vedado em lei, aspecto, aliás, decidido por esta Corte em mais de uma oportunidade (AgRg no REsp n. 543.841/RN e AgRg no REsp n. 575.750/RN).

Ante o exposto, não conheço de ambos os recursos.

RECURSO ESPECIAL N. 647.201 — SP (2004/0035861-5)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Alice Regina Alves Cavalcante

Advogados: Fábio Godoy Teixeira da Silva e outros

Recorrido: Condomínio Edifício Clermont

Advogados: Georgia Evelyn Franco Guzman e outros

EMENTA

Processual Civil. Citação com hora certa. Art. 227 do Estatuto Processual. Intimação do porteiro. Admissibilidade.

Não invalida a citação com hora certa a só e só intimação realizada na pessoa do porteiro do edifício onde mora o citando (art. 227 do CPC).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ de 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O *Condomínio Edifício Clermont* ajuizou ação de cobrança de taxas condominiais contra *Alice Regina Alves Cavalcante*, ora recorrente. Não encontrada pela oficiala de justiça após três tentativas, esta intimou o porteiro do edifício com o fim de citar a ré por hora certa. A curadoria especial invocou a nulidade do ato citatório, tese rejeitada pelo MM. juízo de primeiro grau quando da r. sentença de procedência do pedido.

Comparecendo espontaneamente aos autos no prazo recursal, a demandada apelou para o egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que desacolheu o inconformismo em v. aresto assim ementado:

“Despesas de condomínio. Cobrança. Citação por hora certa. 1. A citação por hora certa é feita por exaustiva atuação do oficial de justiça, exigindo do servidor repetidas diligências e acuidade para auferir o espírito de dissimulação do citando que obsta a realização da justiça ocultando-se. (Art. 227 do CPC). 2. A citação por hora certa pode ser levantada na pessoa do porteiro do prédio de apartamentos onde reside o citando, pois, na prática, este é o intermediário entre o morador e quem o procura, posto que é o recepcionista de visitantes, correspondência e recados. 3. Destinada a suprir as despesas da comunidade condominial, cada um de seus membros tem de arcar com sua quota-parte, aprovada em assembléia, conforme lei de regência. 4. A relação condominial não é de consumo, não incidindo a redução da multa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Exegese do art. 3º do CDC. 5. O termo inicial tanto dos juros quanto da correção monetária incidentes nas despesas de condomínio é a data de seu vencimento, atendendo à expressa previsão legal. Sentença mantida. Recurso improvido” (fl. 119).

Daí o recurso especial em apreço, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, por alegada afronta ao art. 227 do Código de Processo Civil.

Respondido, o apelo foi admitido, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A questão sob exame é definir se é

válida a citação com hora certa quando a intimação do art. 227 do CPC é feita na pessoa do porteiro do edifício onde mora o citando.

No meu entender, a resposta é afirmativa.

Com efeito, reza o mencionado dispositivo, **in verbis**:

“Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.”

A ré alega contrariedade a tal artigo porque este autorizaria a intimação “apenas e tão-somente de um familiar e de um vizinho para que seja considerada válida a citação por hora certa, *jamaís em nome do porteiro do edifício*” (fl. 131, destaque do original).

Ademais, afirma haver sofrido prejuízo “consubstanciado na impossibilidade de exercer seu constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa” (fl. 134).

Todavia, apesar de impressionarem os argumentos expendidos no apelo especial, tenho que não merecem êxito.

1. A uma, porque reconhecer eventual viagem da recorrente nos dias em que foi procurada e supostas desavenças com o porteiro é tarefa que demandaria o reexame do conjunto fático-probatório da lide. Tal intento é vedado na sede atual pelo óbice do Verbete n. 07 da súmula desta Corte.

2. A duas, por não ter havido debate da questão referente à comunicação prevista no art. 229 do Código de Ritos, não tendo sido opostos embargos de declaração pela ré. Incidência dos Enunciados Sumulares ns. 282 e 356 do Pretório excelso.

3. A três, por não configurar motivo relevante a justificar nulidade da citação por hora certa o só fato de ser o porteiro o receptor da intimação do art. 227 da Lei Adjetiva Civil.

Nesse sentido, tenho que o artigo menciona os familiares ou vizinhos porque tais pessoas presumivelmente comunicariam ao réu, em tempo, a futura diligência do oficial de justiça.

Assim, em homenagem à **ratio** legislativa, não vejo como pensar diversamente em relação ao porteiro ou zelador. Realmente, o só fato de ele não figurar na literal redação do artigo em comento não o descredencia a receber a intimação, pois o que há de relevante, como dito, é definir se ele comunicaria ao réu ou não a citação com hora certa.

Com efeito, ensina **André de Luiz Correia** a respeito:

“... é muito mais importante verificar se essa pessoa poderá efetivamente transmitir o recado ao citando do que auferir se é mesmo parente consanguíneo ou apenas afim; se é mesmo vizinho ou apenas amigo, funcionário ou empregado do local onde reside o citando; se reside com o citando ou se está somente de passagem etc.” (in “A citação do Direito Processual Civil Brasileiro”. São Paulo: RT, 2001, p. 128).

Nessa linha de raciocínio, seria até desejável ter o zelador como destinatário da comunicação, pois tal trabalhador tem, até por dever de ofício, a tarefa de transmitir correspondências e de cientificar os moradores de atos dessa índole, como bem ponderou o egrégio Tribunal **a quo**.

É o que também professa **Moniz de Aragão** sobre o ponto em apreço, em impecável comentário sobre o mesmo art. 227 do Código de Ritos:

“No meio urbano, o porteiro, o ascensorista ou manobreiro da garagem do edifício de apartamentos podem ser mais indicados para noticiar o recado do que um morador da unidade contígua, no mesmo ou em pavimento diferente” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. II, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 208).

Dessarte, andou bem o egrégio Colegiado **a quo** ao entender válida a citação realizada na espécie.

4. Não vislumbro, por derradeiro, o alegado prejuízo sofrido pela parte, pois o v. aresto hostilizado, além de haver abordado e afastado as próprias questões de mérito deduzidas no recurso de apelação, entendeu tratar a matéria de “prova documental e questão meramente de direito” (fl. 122).

5. Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso especial.

Jurisprudência da Quinta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 684.077 — RJ (2004/0141342-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Vinícius de Carvalho Madeira e outros

Agravado: Fabian Schwab Falconi (menor)

Representado por: Celia Werneck

Advogado: Carlos Augusto Chagas Caldas

EMENTA

Previdenciário. Menor sob guarda. Parágrafo 2º, art. 16 da Lei n. 8.231/1991. Equiparação a filho. Fins previdenciários. Lei n. 9.528/1997. Rol de dependência. Exclusão. Proteção ao menor. Art. 33, parágrafo 3º, da Lei n. 8.069/1990. ECA. Guarda e dependência econômica. Comprovação. Benefício. Concessão. Possibilidade. Precedentes do STJ. Agravo interno desprovido.

I - A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

II - Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

III - Neste contexto, a Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.”

IV - Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ.

V- Agravo interno 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, por unani-

midade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de agravo interno interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial por este aviado, nos seguintes termos:

“A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

Neste contexto, a Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que ‘a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.’

Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Quanto ao tema esta Corte, **mutatis mutandis**, já se manifestou anteriormente. Ilustrativamente:

‘Administrativo. Ex-combatente. Pensão por morte. Menor dependente sob guarda do avô. Lei n. 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e desprovido.

I - A Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que ‘a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.’ Não obstante na legislação aplicável à hipótese — Lei n. 8.059/1990 — não conste a neta no rol de beneficiários de pensão por morte do ex-combatente, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

II - Neste contexto, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III - Recurso conhecido e desprovido.’ (REsp n. 380.452/PR, de minha relatoria, DJ de 04.10.2004)

‘Recurso especial. Previdenciário. Menor. Guarda judicial. Pensão. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/1990.

Sendo a recorrida avó do menor para o qual pleiteou a inclusão no Ipec para fins de benefício previdenciário, detentora da guarda judicial do mesmo, assiste-lhe o direito pretendido.

Aplicação do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Violação não caracterizada.

Precedentes.

Recurso desprovido.’ (REsp n. 401.147/CE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.06.2003)

‘Previdenciário. Menor sob a guarda e responsabilidade judicial. Dependência econômica. Pensão por morte.

*Tem direito à pensão por morte da guardiã, ex-funcionária pública, a menor que vivia sob sua guarda e responsabilidade, situação esta deferida judicialmente. Interpretação sistêmica da legislação de amparo ao menor (Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º) e da Lei n. 8.112/1991 (art. 217, II, **b**).*

Recurso conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 237.414/RS, de minha relatoria, DJ de 04.06.2001)

‘Recurso em mandado de segurança. Menor. Guarda. Avó. Art. 33, § 3º, Lei n. 8.069/1990.

A existência de guarda deferida à avó por decisão judicial confere, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, direitos ao menor, inclusive previdenciários.

Recurso provido.’ (ROMS n. 10.463/MT, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 08.03.2000)

‘REsp — Previdenciário — Pensão — Neto — Dependência econômica — Prova — Quando comprovada a dependência econômica, há que se garantir o benefício da pensão para aquele que dependa economicamente do instituidor, no caso, o avô do beneficiário.’ (REsp n. 186.208/RN, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 07.12.1998)

Ademais, com relação à alínea **c**, constata-se que o recorrente colacionou paradigma de minha relatoria, datado de 2002, encontrando-se, portanto, superado pela evolução da jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, **caput**, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.” (Fls. 159/162)

No presente recurso, o agravante aduz não se encontrar a matéria em debate pacificada no âmbito deste egrégio Tribunal. Aduz, ainda, que há outros precedentes em sentido contrário ao adotado pela decisão hostilizada. Ao final, pugna pela reforma da decisão, dando-se provimento ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Deve-se manter a decisão por seus próprios fundamentos, pois não assiste razão à autarquia.

A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/1991 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/1997 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.

Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

Neste contexto, a Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.”

Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Quanto ao tema esta Corte, **mutatis mutandis**, já se manifestou anteriormente. Ilustrativamente:

“Administrativo. Ex-combatente. Pensão por morte. Menor dependente sob guarda do avô. Lei n. 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e desprovido.

I - A Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevê, em seu artigo 33, § 3º, que ‘a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.’ Não obstante na legislação aplicável à hipótese — Lei n. 8.059/1990 — não conste a neta no rol de beneficiários de pensão por morte do ex-

combatente, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

II - Neste contexto, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor; como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III - Recurso conhecido e desprovido.’ (REsp n. 380.452/PR, de minha relatoria, DJ de 04.10.2004)

“Recurso especial. Previdenciário. Menor. Guarda judicial. Pensão. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Sendo a recorrida avó do menor para o qual pleiteou a inclusão no Ipec para fins de benefício previdenciário, detentora da guarda judicial do mesmo, assiste-lhe o direito pretendido.

Aplicação do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Violação não caracterizada.

Precedentes.

Recurso desprovido.’ (REsp n. 401.147/CE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.06.2003)

“Previdenciário. Menor sob a guarda e responsabilidade judicial. Dependência econômica. Pensão por morte.

Tem direito à pensão por morte da guardiã, ex-funcionária pública, a menor que vivia sob sua guarda e responsabilidade, situação esta deferida judicialmente. Interpretação sistêmica da legislação de amparo ao menor (Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º) e da Lei n. 8.112/1991 (art. 217, II, b).

Recurso conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 237.414/RS, de minha relatoria, DJ de 04.06.2001)

‘Recurso em mandado de segurança. Menor. Guarda. Avó. Art. 33, § 3º, Lei n. 8.069/1990.

A existência de guarda deferida à avó por decisão judicial confere, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, direitos ao menor; inclusive previdenciários.

Recurso provido.’ (ROMS n. 10.463/MT, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 08.03.2000)

‘REsp — Previdenciário — Pensão — Neto — Dependência econômica — Prova — Quando comprovada a dependência econômica, há que se garantir o

benefício da pensão para aquele que dependa economicamente do instituidor, no caso, o avô do beneficiário.” (REsp n. 186.208/RN, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 07.12.1998)

Ademais, quanto aos precedentes colacionados, verifica-se não evidenciarem o entendimento atual da egrégio Terceira Seção.

Conclui-se, assim, não existir qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do presente agravo, ou que venha infirmar as razões contidas na decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.408 — SP (2002/0058218-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Renata Lev

Impetrado: Desembargador-Relator do Inquérito n. 794.870 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Severino Gonçalves de Farias Filho

EMENTA

Habeas corpus. Competência originária de Tribunal de Justiça. Fase preliminar. Atuação do Ministério Público. Alegação de constrangimento ilegal. Violação ao art. 4º da Lei n. 8.038/1990 e norma regimental. Prerrogativa constitucional do **dominus litis**. Ordem denegada.

Consoante previsão constitucional e demais normas pertinentes, o **dominus litis** tem ampla prerrogativa no transcurso da persecução penal, incluindo a sua fase inicial apuratória, mesmo que se trate de procedimento originário dos Tribunais.

Em virtude disso, o fato de o Ministério Público ter sido convocado pelo Relator, em procedimento vinculado à previsão do art. 4º da Lei n. 8.038/1990, antes de oferecida a denúncia, não configura constrangimento ilegal, até mesmo porque fazia-se necessária a sua atuação para requerer providências úteis a formar a opinião sobre o delito.

Norma de regimento interno de Tribunal não pode ferir o comando de previsão de Lei Federal, segundo a pirâmide hierárquica constitucional.

Ordem denegada, porém com recomendação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para seguir o procedimento da Lei n. 8.038/1990.

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, denegar a ordem, porém recomendando ao Tribunal de Justiça o cumprimento do disposto na Lei n. 8.038/1990. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Diz a impetração quanto aos fatos (fls. 2/3):

O Paciente era Juiz de Direito Titular da Comarca de Nova Granada, de Primeira Entrância, tendo sido promovido para a 2ª Vara da Comarca de Mogi Mirim, de Segunda Entrância, da qual continua sendo titular.

Ocorre que o Senhor Delegado de Polícia da Cidade e Comarca de Nova Granada, houve por bem instaurar procedimento de natureza investigatória, envolvendo suposta conduta atípica do Paciente, com base em falsa **notitia criminis**, encaminhando o expediente ao Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante determina o artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura.

Em seu despacho inicial, o ilustre Desembargador Presidente determinou extração de cópias do expediente, para remessa à Corregedoria Geral da Justiça, bem como que se procedesse à autuação pelo Departamento competente, e a conseqüente distribuição pelo Órgão Especial do egrégio Tribunal.

O feito foi distribuído como inquérito, recebendo o n. 79.487.0-00, figu-

rando como Relator o Desembargador Vallim Bellocchi, segundo a inclusa Guia de Distribuição cuja cópia segue anexa.

Despachou então o Relator, no sentido de determinar a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, como se vê:

“Dê-se vista dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça.”

Após o que, o Procurador-Geral aventou a necessidade de oitiva do Paciente, Severino Gonçalves de Farias Filho.

O *writ*, então, visa restabelecer o caminho natural do procedimento, **ex vi** do art. 4º, da Lei n. 8.038/1990, já que o Ministério Público não poderia ter tido vista dos autos naquela fase do procedimento. Em caráter liminar, pretendeu a suspensão do procedimento e, no mérito, a anulação dos atos, desde o recebimento das peças informativas.

Autos instruídos, veio o parecer do *Parquet*, pelo indeferimento e, **incidenter tantum**, pela inconstitucionalidade de norma do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Pelo contexto dos fatos, a **persecutio criminis** ainda se encontrava na fase preliminar, onde se buscavam os elementos informativos para oferecimento da peça acusatória.

Não obstante a previsão da Lei n. 8.038/1990, artigo 4º, referir-se à denúncia ou queixa, e o chamamento ministerial ter ocorrido antes deste momento, não se pode concluir que houve constrangimento ilegal. Cabe lembrar que a Constituição Federal e as normas pertinentes conferem ao Ministério Público o comando da promoção criminal, incluindo o seu marco primeiro na condução apuratória. Esta visão, por sinal, muito bem a tratou o parecer do ilustre Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, no qual se colhe (fls. 371/372):

“7. Queda, pois, *improficuo* o primeiro argumento da impetração, que extraiu do **caput** do art. 314, tenha o Ministério Público, na investigação criminal originária nos Colegiados, *mera postura passiva*, que se esgota no tão-somente ter ciência de instauração do procedimento.

8. *A titularidade plena* do Ministério Público ao exercício da ação penal pública, como preceitua o *inciso I* do art. 129 da *Constituição Federal*, necessariamente legitima a atuação concreta do Ministério Público na atividade investigatória, daí a razão de ser dos preceitos normativos postos nos § § 1º e 2º, **b**, da Lei n. 8.038/1990.”

Portanto, o fato de o órgão acusatório ter sido convocado a atuar na fase inicial, confirma as prerrogativas de sua função na linha de formação da **opinio delictae**. Demais disso, observa-se que a origem do inconformismo se deu justamente quando o procedimento chegou às mãos do investigado, quando não podia, pois ainda pendente a denúncia, fato que por si só comprova a existência de benefício, e não, a indicação de prejuízo.

Quanto ao descumprimento do art. 314, parágrafo único, do Regimento Interno da Corte Estadual, apontar fundamentos similares aos do parecer me parece contraproducente, sobretudo porque singela a preponderância da norma federal. Lá a questão restou assim demarcada (fls. 372/375):

9. Na perspectiva do segundo fundamento — inobservância do parágrafo único do artigo 314 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, está dito nas informações que, **verbis**:

‘Ouidas essas testemunhas (fls. 190/402 e 444/462), os autos retornaram ao *Parquet* que assim se manifestou:

‘3. Tendo em vista que a vítima Adil Maximiano da Silveira deixou de ofertar a competente representação, relativa ao crime de ameaça tratado no boletim de ocorrência n. 02/2001 (fl. 19), não havendo, assim, condição de procedibilidade para a instauração de ação penal quanto aquele ilícito, bem como inexistindo testemunhas do relatado abuso de autoridade que teria sido praticado contra Adil, fica, desde logo, promovido o arquivamento no tocante a tais fatos e também com relação à ameaça perpetrada contra Iara da Silva Frassão.

4. Considerando que os delitos descritos na denúncia são apenados com detenção de, no máximo, seis meses ou multa, mesmo levando-se em conta o aumento exigido pelo concurso de crimes, e considerando que o crime de abuso de autoridade, embora sujeito inicialmente, de acordo com a lei, a procedimento especial, no presente caso, diante da conexão com outro crime e da prerrogativa de foro em razão da função do denunciado, deverá observar o rito dos procedimentos criminais de competência originária, inexistindo, assim, prejuízo aos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, preconizados no artigo 62 da Lei n. 9.99/1995’ (fls. 469/470).

5. Ao ilustre paciente foi concedido prazo de 15 dias, de acordo com o artigo 514 do Código de Processual Penal, para que oferecesse defesa prévia, cumprida às fls. 480/487; em seguida os au-

tos voltaram à douda Procuradoria Geral da Justiça, vindo, a sugerir, a transação penal ou, se recusada, que fosse recebida a denúncia, então apresentada, contra o ilustre Doutor Severino Gonçalves de Farias Filho (Magistrado). (vide: *fls. 34/35*)

10. Mais uma vez, pelo trecho que se vem de transcrever, observou-se o quanto a propósito dispõe o *artigo 4º* da Lei n. 8.038/1990, **verbis**:

‘*Artigo 4º*: Apresentada a denúncia ou queixa ao Tribunal far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de 15 (quinze) dias.’

11. É certo que as informações, no trecho acima transcrito (*item 9*), mencionam o artigo 514 do CPP quando o preceito a incidir na espécie é o do artigo 4º, retrotranscrito, porque norma especial, mas ambos os preceitos, *instituindo o contraditório prévio*, à defesa fixam o mesmo prazo: 15 dias. Não há, pois, qualquer prejuízo.

12. Tudo assim estabelecido, tem-se que o parágrafo único do artigo 314 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de S. Paulo sobre *inobservar* os preceitos de regência insertos na Lei n. 8.038/1990, *é inconstitucional*.

13. Com efeito, por ele tem-se que, **verbis**:

“Encerada a investigação e feito o relatório, os autos serão postos em Mesa: se o Órgão Especial, em votação secreta, concluir pela existência de crime em tese, remeterá o feito ao Ministério Público para o procedimento cabível. Se concluir pela inconsistência da imputação, determinará, com relação ao magistrado, o arquivamento dos autos, dando ciência ao Chefe do Ministério Público e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados.’ (*Fl. 4*)

14. De plano, a lei de regência, Lei n. 8.038/1990 *é taxativa*, no ponto, **verbis**:

‘Art. 3º Compete ao Relator:

I - Determinar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, *quando o requerer o Ministério Público*, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal.’ (Grifamos)

15. É o que condiz, aliás, com o que dispõe o *artigo 28, do CPP*, vale dizer: a deliberação judicial sobre o arquivamento do inquérito policial *nunca é ex officio*, mas *sempre precedida* de manifestação do Ministério Público neste sentido, da qual o Juiz, inclusive, pode discordar, encaminhando, então,

os autos à Chefia da Instituição ou à Câmara Criminal que, por lei, disto se encarrega (confira-se: *artigo 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993*).

16. E por que assim conduzem-se ditos preceitos?

17. Porque no *sistema processual penal acusatório*, consagrado no *artigo 129, I*, da Constituição Federal a conclusão sobre o quadro investigatório encerrado, se a caber o ajuizamento da denúncia (juízo positivo sobre o fato) ou se a caber arquivamento (juízo negativo sobre o fato) é de *atribuição exclusiva* do Ministério Público — ‘*compete privativamente*’.

18. Ao Poder Judiciário, na plenitude do que decide, confere-se o juízo de admissibilidade sobre a peça acusatória produzida, ou o procedimento de controle sobre o arquivamento, como dito no *item 15*, retro.”

Por fim, sendo o procedimento de **habeas corpus** instrumento inadequado para a declaração de inconstitucionalidade, bem assim, a sua promoção exigir o transcurso perante o Órgão Especial, a teor do que dispõe o art. 97 da Constituição Federal, c.c. os arts. 199 e 200, do RISTJ, por esse sentido, divirjo da sugestão ministerial de fls. 375/376.

Ante o exposto, denego a ordem, porém recomendo ao Tribunal de Justiça o cumprimento do disposto na Lei n. 8.038/1990.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 22.658 — SP (2002/0063787-7)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Nigson Martiniano de Souza e outro

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Antônio Carlos da Cruz

EMENTA

Habeas corpus. Regime prisional. Discussão prejudicada. Extinção da punibilidade. Prescrição. Ordem concedida de ofício.

Não havendo marco interruptivo, consoante disposição do art. 117 do Código Penal, o Réu apenado com oito meses de reclusão tem em seu favor como prescrição da ação o tempo de dois anos, a correr entre a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou.

Ordem concedida, de ofício, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição.

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, conceder a ordem, de ofício, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição intercorrente. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Antônio Carlos da Cruz, tendo por coator o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Condenado a 8 (oito) meses de reclusão, mais multa, o Paciente teve fixado o regime semi-aberto para cumprimento inicial da pena privativa, fixação advinda de provimento de recurso de apelação ofertado pela acusação, julgado perante a Oitava Câmara do Tribunal paulista.

Daí este *writ*, requerendo a fixação do regime aberto, na linha da fundamentação de constrangimento ilegal.

Informações prestadas, a liminar foi deferida.

Ouvido o órgão do *Parquet*, veio opinião no sentido da prejudicialidade da pretensão, pois prescrita a pretensão punitiva.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Ao se pronunciar acerca da causa, o insigne Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, assim entendeu (fl. 87):

“O pleito está prejudicado.

O juiz sentenciante condenou o ora recorrido a uma pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, em 13.03.2001 (fl. 15), por infração ao artigo 171, **caput**, do Código Penal.

Dando parcial provimento ao apelo do réu, a Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo *reduziu-lhe a pena para 08 (oito) meses de reclusão e 7 (sete) dias-multa (fl. 24)*. E, ainda, dando provimento ao recurso do Ministério Público, estabeleceu o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

Ocorre que, transcorrido o biênio legal, concluiu-se que o *pleito queda prejudicado* pela extinção da punibilidade, por advento da *prescrição da pretensão punitiva*.”

Acresça-se à acurada opinião que, entre a sentença condenatória (de 13.03.2001) e o trânsito em julgado (26.03.2002 — fl. 38), não houve marco interruptivo da prescrição, consoante disposição do art. 117 do Código Penal.

Diante do exposto, prejudicada a pretensão heróica, decreto, de ofício, a extinção da punibilidade, pela prescrição intercorrente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.555 — SP (2003/0086117-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Christovan Ramos Neto

Advogado: Wladimir Valler

Impetrada: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Christovan Ramos Neto

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Revogação. Primariedade e bons antecedentes. Insuficiência. Alegada ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP. Improcedência. Fuga do distrito da culpa. Garantia da aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do acusado, não são

garantias, por si sós, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão.

2. Não há se falar em constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto, **in casu**, conforme bem observado no acórdão hostilizado, o réu evadiu-se do distrito da culpa, sendo, portanto, necessário para a garantia da aplicação da lei penal a imposição da medida constritiva.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado por Christovan Ramos Neto, em benefício próprio, denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao não conhecer do *writ* anteriormente impetrado, manteve a prisão preventiva decretada em seu desfavor.

Sustenta o Impetrante-Paciente que, além de ser primário, com profissão definida e possuidor de residência fixa, o decreto prisional “utilizou-se, tão-somente, de *argumentação genérica* apontando, apenas, a *gravidade do delito*, o que consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial *caracteriza constrangimento ilegal*, na medida em que a *decisão não foi suficientemente fundamentada*, não estando, por conseguinte, preenchidos os requisitos para a segregação cautelar, apenas ‘*como resguardo à ordem social*’.” (Fls. 07/08)

Requer, assim, a concessão da ordem para que lhe seja assegurado o direito de “responder o processo em liberdade, ainda que se faça a ressalva da possibilidade da decretação de nova custódia por motivo superveniente”. (Fl. 19)

A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 123/124.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa, **in verbis**:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de entorpecentes. Crime equiparado ao hediondo. Prisão preventiva. Aplicação da lei penal e garantia à ordem pública. Réu foragido. Denegação da ordem.

A evasão do réu, por si só, justifica a preventiva decretada à garantia à ordem pública e aplicação da lei penal.

O simples fato de ser o paciente denunciado por crime previsto como equiparado ao hediondo, já impede, por si só, a liberdade provisória, **ex vi** do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 127)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme se extrai do relatório, o Impetrante-Paciente pretende obter a revogação da prisão preventiva decretada em seu desfavor, alegando, para tanto, condições pessoais favoráveis consubstanciadas na sua primariedade e seus bons antecedentes, além, ainda, de sustentar a ausência dos pressupostos autorizadores da medida restritiva de liberdade.

Entendo, todavia, que a ordem não merece ser concedida.

Inicialmente, cumpre asseverar que esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do Paciente não são garantias, **per si**, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão.

Ao requerer a decretação da preventiva do Paciente, expressou o Promotor de Justiça da Comarca a seguinte justificativa:

“Trata-se de caso em que deve ser decretada a prisão preventiva do denunciado Christovan Ramos Neto.

Inicialmente, tangenciando o mérito, verifico que a prova produzida nos autos do inquérito policial em seu desfavor é robusta.

Afinal à fl. 180 foi juntada aos autos a transcrição de diálogo por meio do qual Christovan encomendou a compra de entorpecentes dizendo expressamente que forneceria a droga para um amigo de Santa Cruz das Palmeiras. Além disso, 'Neto Brown' disse que já pagaria ao traficante Luiz Carlos Marciano por 'aquela de domingo' e Luiz disse para Christovan que se encontrassem 'naquele lugar que você catou aquele dia', comprovando a grande frequência dos negócios ilícitos que realizavam.

Assim, tudo está a indicar ser o investigado Christovan Ramos Neto autor do crime de tráfico de substância entorpecente.

Trata-se de infração penal gravíssima, crime hediondo, principal causa dos delitos violentos que vêm assolando a ex-pacata Cidade de São Simão, que tem recebido severa reprimenda do Poder Judiciário e que exige uma resposta rápida e enérgica do Estado.

Evidente, pois, que sua liberdade coloca em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Ante ao exposto, presentes os requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, *requero seja decretada a prisão preventiva do denunciado Christovan Ramos Neto.*" (Fl. 101)

Tais fundamentos foram reforçados pelo magistrado ao proferir o despacho de prisão (fls. 102/103).

Ademais, não há como ser revogada a prisão preventiva do ora Paciente, com base na falta dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, já que o acórdão ora hostilizado deixou muito bem demonstrado a necessidade da manutenção da custódia cautelar como forma de garantia da aplicação da lei penal, uma vez que "o paciente evadiu-se do distrito da culpa tão logo foi colocado em liberdade em razão da classificação provisória dada pela autoridade policial (fl. 63)." (Fl. 115)

Tal circunstância, consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, justifica, por si só, o segregamento cautelar como garantia de cumprimento da lei penal.

Confira-se:

"Ementa: Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Três ações delituosas. Ação penal pública condicionada à representação, que foi devidamente oferecida pelas famílias das vítimas. Inexistência de forma rígida. Condição de miserabilidade. Atestado dispensável. Prisão preventiva. Decreto fundamentado. Inexistência de vínculo entre o paciente e o distrito da culpa. Eva-

são. Necessidade de garantia da aplicação da lei penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

[...]

IV - Deve ser mantida a decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

V - A inexistência de vínculos entre o paciente e o distrito da culpa é suficiente para manter a sua segregação, com o fim de garantir a aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

VI - O fato de o paciente ter se evadido, permanecendo em situação de foragido da justiça, revela a sua intenção de furtar-se à aplicação da lei penal, o que é suficiente para impedir a revogação da custódia.

VII - Condições pessoais favoráveis do réu não são garantidoras de eventual direito à revogação da prisão, se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos dos autos.

VIII - Ordem denegada. (HC n. 27.632/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.09.2003, p. 349)

“Ementa: Processual Penal. **Habeas corpus**. Prisão preventiva. Revogação. Primariedade e bons antecedentes. Insuficiência. Alegada ausência dos pressupostos do art. 312 do CPP e falta de fundamentação. Improcedência. Fuga do distrito da culpa. Garantia da aplicação da pena. Fundamentação adequada. Ordem denegada.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do Paciente, não são garantias, por si sós, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal pela ausência dos requisitos do art. 312 do CPP e pela falta de fundamentação do decreto prisional, já que, **in casu**, o réu evadiu-se do distrito da culpa, sendo, portanto, necessário para a garantia da aplicação penal, a imposição da medida constritiva, conforme efetivamente demonstrado pelo Magistrado em sua decisão.

3. Ordem denegada.” (HC n. 26.328/CE, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.04.2003, p. 306)

“Ementa: RHC. Prisão preventiva. Fundamentação. Homicídio qualificado. Réu foragido. Revelia decretada.

A fuga do réu, **de per si**, justifica o decreto de prisão preventiva.

Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando presentes os pressupostos do art. 312 do CPP

Recurso desprovido.”

(RHC n. 13.684/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.03.2003, p. 243)

Aliás, nesse mesmo sentido é o parecer ministerial, conforme se vê do excerto a seguir transcrito, **litteris**:

“[...]

É certo, pois, que o simples fato de o paciente não ter sido encontrado para responder ao processo, leva a crer que ele não pretende colaborar com a investigação criminal e intenta furtar-se de eventual aplicação da lei penal. Assim, não há coação a ser corrigida.” (Fl. 131)

Ante o todo exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 29.944 — SP (2003/0148307-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Artur Eugênio Mathias

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Aldo Henrique de Souza (Preso)

EMENTA

“Penal. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. Artigo 70 e artigo 157, § 2º, I e II, na forma do artigo 69, do Código Penal.”

A alegada falta de prova para embasar a condenação não pode ser apreciada e decidida na via do **habeas corpus**, por demandar exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via mandamental.

“Sendo duas as vítimas abordadas, em um único contexto fático e, tendo o acusado ciência de que investia contra o patrimônio de pessoas diversas, ensejando danos patrimoniais absolutamente distintos, aplicável a regra do concurso formal.”

O emprego de arma de brinquedo no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento de pena prevista no tipo do crime. Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte.

“Regime inicial de cumprimento da pena. Impossibilidade de concessão do regime mais brando, tendo em vista o **quantum** da pena aplicada.”

Writ parcialmente conhecido e nesta parte 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem para que a Corte **a quo** refaça a dosimetria da pena, sem a agravante de porte de arma. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 13.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de **habeas corpus** originário impetrado em favor de Aldo Henrique de Souza, impugnando acórdão da Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo interposto pelo ora Paciente, mantendo-se a sentença de primeiro grau que o condenou à pena de 11 (onze) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, por infringência ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, c.c. artigo 70 e artigo 157, § 2º, incisos I e II, tudo na forma do artigo 69, todos do Código Penal (fls.103/111).

A impetração assenta-se na seguinte alegação (fl.155):

“(…) não haver provas no processo que autorizem a condenação do ora Paciente, motivo pelo qual pleiteia a anulação do v. acórdão vergastado. Alternativamente, requer o afastamento da qualificadora do emprego de arma; o reconhecimento de crime único quanto às vítimas Danilo e Marcelo; o reconhe-

cimento de crime continuado quanto à vítima André; e, por fim, a fixação do regime semi-aberto para início do cumprimento de pena, caso a condenação venha a ser mantida.”

Não houve pedido de liminar.

Devidamente instruídos os autos, dispensei as informações da Corte impetrada.

Com vistas, o Ministério Público Federal pronunciou-se pela concessão parcial da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, integralmente, como razões de decidir, o judicioso parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República, Dr^a Irene Coifman Branchtein, com remissão à jurisprudência desta Corte, **verbis** (fls.155/160):

“4. **Ab initio**, é de se registrar que o *writ* não merece prosperar no tocante à alegação de insuficiência probatória para a condenação. Isto porque, não obstante a decisão hostilizada ter demonstrado a autoria e materialidade das infrações imputadas ao Paciente, eventual análise das alegações do Impetrante visando à desconstituição do julgado, ensejaria incursão em seara probatória, o que é vedado na via angusta do **habeas corpus**. Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

Processual Penal. **Habeas corpus**. Extorsão mediante seqüestro. Sentença condenatória. Nulidade. Insuficiência de provas. Matéria não debatida no Tribunal **a quo**. Supressão de instância. Precedentes. Análise do alegado. Necessidade de exame aprofundado de provas. *Writ* não conhecido.

1. No que diz respeito à alegada falta de prova para embasar a condenação, pelo crime de seqüestro, observa-se que o Tribunal **a quo**, em nenhum momento, discutiu tal questão, razão pela qual não pode ser conhecida por esta Corte, sob pena de ocorrer proibida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, há de se ressaltar, a título de reforço, que a análise de tal matéria ensejaria a necessária incursão na seara probatória dos autos, o que é inviável na angusta via do **habeas corpus**.

3. *Writ* não conhecido.

(HC n. 26.268/SP DJ de 04.08.2003, p. 342, Relatora Ministra Laurita Vaz)

Criminal. **HC**. Estupro. Trancamento da ação penal. Insuficiência de provas para a condenação. Autoria e materialidade demonstradas. Ilegalidades não evidenciadas de pronto. Impropriedade do meio eleito. Questões controvertidas. Dilação probatória. Nulidade do processo-crime. Necessidade de queixa. Im procedência da alegação. Crime praticado mediante violência. Ação penal pública incondicionada. Súmula n. 608/STF. Adequação da classificação jurídica do delito, feita pelo Tribunal **a quo**, que não altera os fatos dos quais o réu deve se defender. Inocorrência de **mutatio libelli**. Ausência de representação. Desnecessidade de rigor formal. Manifestação de vontade da mãe da ofendida que demonstrou o inequívoco interesse de ver apurada a responsabilidade penal do paciente. Comprovação da miserabilidade. Desnecessidade de atestado de pobreza. Procuração a advogado. Irrelevância. Trânsito em julgado do decreto condenatório. Revisão criminal, como meio adequado. Ordem denegada.

(...) A via estreita do **habeas corpus** não se presta para a análise das alegações que visem à desconstituição do decreto condenatório, tais como a apontada incerteza quanto à autoria do delito, em razão da necessidade de dilação de fatos e provas, inviável na via eleita. Precedente.

Necessidade de dilação probatória, vedada em **habeas corpus**.

(...) Ordem denegada.

(HC n. 20.899/PE, DJ de 12.05.2003, p. 313, Relator Ministro Gilson Dipp)

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor com violência presumida. Incompetência para julgamento de apelação. Inexistência. Insuficiência probatória. Reexame de prova. Regime integralmente fechado para cumprimento da pena. **Habeas corpus** de ofício.

(...) 2. Faz-se estranha ao âmbito de cabimento do remédio heróico a alegação de insuficiência probatória a ensejar condenação, por demandar profunda incursão no campo fático-probatório.

(...) 5. *Writ* parcialmente conhecido e denegado nesta extensão. Concessão de **habeas corpus** de ofício.

(HC n. 15.780/SP, DJ de 03.09.2001, p. 263, Relator Ministro Hamilton Carvalhido).

5. Relativamente à tese de que teria havido crime único quando do roubo do veículo Fiat/Palio, de propriedade de Marcelo, e do roubo da carteira, de

propriedade de Danilo, melhor sorte não assiste ao Impetrante. Na verdade, sendo duas as vítimas abordadas, em um único contexto fático e, tendo o acusado ciência de que investia contra o patrimônio de pessoas diversas, ensejando danos patrimoniais absolutamente distintos, aplicável a regra do concurso formal, prevista no artigo 70 do CP, e não a do crime único. Nessa esteira de entendimento, é o pensamento dessa colenda Turma, do qual, por exemplificativo, transcrevo o seguinte julgado:

Penal. Recurso especial. Roubos majorados e roubo qualificado. Concurso material e concurso formal.

I - A mera reiteração criminosa, **de per si**, não configura automaticamente a continuidade delitiva. Para alcançar o benefício contido na ficção jurídica apontada, os requisitos legais devem estar preenchidos.

II - Quando o roubo é praticado contra vítimas diferentes, objetivando patrimônios distintos, tem-se o concurso formal e não o crime único.

III - Alteradas as penas dos delitos e não tendo havido impugnação, as regras de concurso - material e formal - incidem sobre as respostas penais estabelecidas.

Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 331.107/SP, DJ de 10.03.2003, p. 276, Relator Ministro Felix Fischer).

6. De outro lado, não há como se reconhecer a continuidade delitiva pretendida pelo Impetrante, relativamente ao roubo do veículo Fiat/Palio, com o roubo do veículo Daewoo, de propriedade de André. Nesse aspecto, aplicável o fundamento constante do v. acórdão impugnado, que assim asseverou: 'Apesar de semelhantes as condições de tempo, lugar e da maneira de execução das infrações, nada comprova a unidade de desígnios. A inexistência de um nexos subjetivo entre os crimes inviabiliza o benefício por evidenciar que decorreram de desígnios autônomos.' (Fl. 141)

7. No entanto, razão assiste ao Impetrante quando requer o afastamento da qualificadora do emprego de arma. Nesse particular, é de se consignar que o laudo de exame de peças, constante de fl. 71, atestou tratar-se de uma pistola de brinquedo, sendo réplica de pistola semi-automática. A moderna jurisprudência, por seu turno, fixou entendimento no sentido de que a majoração da pena no crime de roubo, decorrente do uso de arma de brinquedo, viola vários princípios do Direito Penal, dentre eles o da legalidade e da proporcionalidade da pena. Por outro lado, há que se lembrar o cancelamento

da Súmula n. 174 desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que evidencia a plausibilidade jurídica do inconformismo. A esse respeito, transcrevo os seguintes julgados dessa colenda Turma, **verbis**:

“**Habeas corpus**. Roubo. Gravidade do delito. Regime prisional inicial. Emprego de arma de brinquedo. Qualificadora. Cancelamento da Súmula n. 174/STJ. Concessão da ordem.

— O emprego de arma de brinquedo para exercer grave ameaça no crime de roubo não faz incidir a qualificadora prevista no inciso I, § 2º, do art. 157.

— Cancelamento do enunciado da Súmula n. 174/STJ, com o advento da Lei n. 9.437/1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

(...)

Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto e exclusão da qualificadora do uso de arma, com nova dosimetria.

(HC n. 27.320/SP DJ de 04.08.2003, p. 347, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

Criminal. REsp. Roubo qualificado. Arma de brinquedo. Incidência da causa especial de aumento de pena. Impossibilidade. Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte. Recurso desprovido.

O emprego de arma de brinquedo no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento prevista no Código Penal.

Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte.

Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator.

(REsp n. 332.780/SP DJ de 22.04.2003, p. 253, Relator Ministro Gilson Dipp)

8. Por fim, quanto ao regime prisional inicial para o cumprimento da reprimenda, não merece reforma o **decisum** proferido pelo Tribunal **a quo**. Isto porque, no caso em tela, o ora Paciente fora condenado à pena de 11 anos e 11 meses de reclusão, extrapolando o limite de oito anos para a concessão do regime inicial semi-aberto. Assim, tendo a imposição do regime mais gravoso para o cumprimento da pena observado o critério estabelecido no artigo 33, § 2º, **a**, do Código Penal, não há que se falar em constrangimento ilegal passível de correção pela via do **habeas corpus**.

9. Nem se alegue que a alteração do **quantum** da pena pelo Tribunal **a quo** possibilitará a concessão de regime mais brando, eis que a qualificadora

decorrente do uso de arma foi aplicada na razão de 1/3, donde se deduz que, mesmo havendo a sua desconsideração, continuará a pena a ter limite superior a 8 anos, impossibilitando, assim, a concessão do regime inicial semi-aberto.”

Nada há que se acrescentar à manifestação do *Parquet* Federal, que expôs de forma completa a **quaestio** ora debatida.

Ante o exposto, conheço parcialmente do pedido e nesta parte lhe concedo a ordem para que a Corte **a quo** refaça a dosimetria da pena, sem a agravante de porte de arma.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.368 — PR (2003/0193730-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Antônio Carlos de Andrade Vianna e outros

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Maria Sueli Costa Moura

EMENTA

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Nulidade. Quesitação. Causa de diminuição de pena do art. 26, parágrafo único, do CP, fixada no mínimo, malgrado terem sido favoráveis as circunstâncias do art. 59 do mesmo diploma. Impossibilidade de se considerar o delito como hediondo, por ter sido reconhecida a semi-imputabilidade da paciente pelo Tribunal do júri. Direito à progressão de regime, posto que a r. sentença condenatória não vedou expressamente tal benesse.

I - Não se evidenciando, **prima facie**, qualquer prejuízo à defesa no que se refere à redação dos quesitos, não há que se falar em declaração de nulidade — princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP). (Precedentes desta Corte e do *Pretório excelso*).

II - Encontra-se devidamente fundamentada a incidência da causa de redução de pena do art. 26, parágrafo único, do CP em seu patamar

mínimo (um sexto), posto que a gradação dessa minorante se dá em razão da maior, ou menor, incapacidade do réu de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e não com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (Precedente).

III - O fato de ter sido reconhecida pelo Tribunal do Júri a semi-imputabilidade da paciente, não exclui a natureza hedionda do delito. Ao contrário do homicídio qualificado-privilegiado, no qual esta Corte tem reconhecido não se tratar de crime hediondo, por constituir o privilégio circunstância inserida na esfera de vontade do agente, a semi-imputabilidade se dá por circunstância alheia à vontade daquele.

IV - A ausência do advérbio “integralmente” no dispositivo que fixou o regime para o cumprimento da pena imposta, não garante à paciente o direito à progressão de regime, eis que se trata de crime hediondo, ao qual se fez menção expressa quando da mencionada fixação. (Precedentes desta Corte e do *Pretório excelso*).

Writ denegado.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 1º.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Maria Sueli Costa Moura, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação Crime n. 125.310-9, que restou assim ementada:

“Apelação-crime. Júri. Eventual irregularidade na formulação dos quesitos. Não argüida em plenário. Matéria preclusa. Semi-imputabilidade. Art. 26, parágrafo único. Redução fundamentada no laudo de insanidade mental. Irreparável. Semi-imputabilidade. Diminuição da culpabilidade. Qualificado-

ras do homicídio. Motivos ou meios empregados no delito. Compatibilidade de teses. Homicídio qualificado. Crime hediondo. Lei n. 8.072, art. 2º, § 1º, cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Eventual nulidade de quesitos, submetidos à votação dos jurados, não argüidas em tempo oportuno em plenário, está preclusa.

Declarada a semi-imputabilidade pelos jurados, a redução de 1/3 da pena, conforme o art. 26, parágrafo único, do CP, fundamentada e embasada no laudo de insanidade mental, não merece reparo. Inexiste incompatibilidade entre a semi-imputabilidade que pressupõe a diminuição da culpabilidade e as qualificadoras do homicídio que versam sobre os motivos ou sobre os meios empregados pelo agente no ilícito. Teses compatíveis. Homicídio qualificado, sendo crime hediondo, é de rigor o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990” (fls. 162/163).

Retratam os autos que a paciente foi condenada pelo Tribunal do Júri, como incurso no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, à pena de doze anos de reclusão, tendo sido essa reduzida em um terço, em face do disposto no art. 26, parágrafo único, do mesmo diploma, resultando em uma reprimenda de oito anos de reclusão, em regime fechado, levando-se ainda em consideração a hediondez do delito, quanto ao regime. Irresignada, a defesa manejou recurso de apelação, que foi desprovido. Muito embora o impetrante tenha asseverado que interpôs recurso especial, os registros informatizados desta Corte registram tão-somente o Ag n. 357.441/PR, ao qual foi negado seguimento por ser intempestivo (DJ de 28.03.2001).

Daí o presente **mandamus**, pelo qual se alega, em síntese: 1) nulidade absoluta da r. sentença penal condenatória, eis que os quesitos, por terem sido formulados de forma eminentemente técnica, causaram perplexidade aos jurados; 2) que a redução da pena em razão do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, não poderia ser fixada no patamar mínimo, por terem sido as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, favoráveis à paciente; 3) que em razão de ter sido reconhecida a semi-responsabilidade da paciente quando da prática do delito, não pode esse ser considerado hediondo; 4) supressão de instância, posto que o eminente Magistrado Presidente do Tribunal do Júri se esquivou de apreciar os embargos de declaração interpostos pela defesa, rejeitando-os por constituir a alegação de incompatibilidade entre dois quesitos formulados aos jurados (semi-responsabilidade e homicídio qualificado), tese nova e complexa, bem como por ser impossível conferir efeitos modificativos aos embargos; 5) que a r. sentença penal condenatória não vedou a progressão de regime.

Sem pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 195, acompanhadas dos documentos de fls. 196/217.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela denegação do *writ* (fls. 219/224).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Nas razões do presente **mandamus**, alega-se, em síntese: 1) nulidade absoluta da r. sentença penal condenatória, eis que os quesitos, por terem sido formulados com expressões técnicas, causaram perplexidade aos jurados; 2) que a redução da pena em razão do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, não poderia ser fixada no patamar mínimo, por terem sido as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, favoráveis à paciente; 3) que em razão de ter sido reconhecida a semi-responsabilidade da paciente quando da prática do delito, não pode esse ser considerado hediondo; 4) supressão de instância, posto que o eminente Magistrado Presidente do Tribunal do Júri se esquivou de apreciar os embargos de declaração interpostos pela defesa, rejeitando-os por constituir a alegação de incompatibilidade entre dois quesitos formulados aos jurados (semi-responsabilidade e homicídio qualificado), tese nova e complexa, bem como por ser impossível conferir efeitos modificativos aos embargos; 5) que a r. sentença penal condenatória não vedou a progressão de regime.

Preambularmente, aduz o impetrante nulidade absoluta, uma vez que os quesitos formulados, por conter expressões técnicas, causou perplexidade aos jurados.

Vejam os quesitos:

1º Quesito: No dia 22 de novembro de 1996, por volta das 15:00 horas, no 2º andar, sala 27, no prédio situado na rua Piauí, n. 211, nesta Cidade e Comarca, a ré Maria Sueli Costa Moura, fazendo uso de uma pistola marca Taurus, calibre 6.35, disparou contra a cabeça da vítima Jacqueline Carneiro Lobo, causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo de Exame Cadavérico de fls. 103/104?

2º Quesito: Esses ferimentos foram a causa da morte da vítima?

3º Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura ao tempo da ação, em virtude de perturbação da saúde mental, possuía incompleta capacidade de entender o caráter ilícito do fato?

4º Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura ao tempo da ação, em virtude de perturbação da saúde mental, possuía incompleta capacidade de determinar-se de acordo com entendimento do caráter ilícito do fato?

5ª Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura, agiu impelida por motivo de relevante valor social ou moral?

6ª Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura, utilizou-se de recurso que tornou impossível a defesa da vítima?

7ª Quesito: Existem circunstâncias atenuantes em favor da ré?” (Fl. 126)
Vejam, outrossim, o resultado da votação desses quesitos:

“1ª Quesito: Sim (7x0); 2ª Quesito: (7x0) Sim; 3ª Quesito: 5x2 (Não); 4ª Quesito: 4x3 (Sim); 5ª Quesito: 5x2 (Não); 6ª Quesito: 7x0 (Sim); 7ª Quesito: 7x0 (Sim)” (fl. 127).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que, *como regra*, a ausência de protesto no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados acarretam preclusão. Nesse sentido:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Júri. Condenação. Nulidade na quesitação. Vício na formulação dos quesitos. Inexistência. Matéria preclusa. Precedentes. Expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. Inexistência de constrangimento ilegal face à possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário que, como cediço, não possuem efeito suspensivo. Precedentes.

Erro na quesitação. Inexistência. Concordando a defesa com a formulação dos quesitos, não lançando qualquer protesto em ata, ocorre a preclusão da argüida nulidade, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do **status libertatis** do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada.”

(HC n. 29.724/PE, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 25.02.2004)

Deve ser ressaltado, entretanto, que nem todas as argüições acerca dos quesitos, se não forem feitas em momento oportuno, geram preclusão. Com a devida **vênia** dos entendimentos em sentido contrário, não se pode generalizar o tema, afirmando-se que os vícios na quesitação tratam sempre de nulidade relativa. Esta de fato é a regra, porém ocorrem casos, como a formulação de quesitos que possam

causar perplexidade aos jurados, em que poderá haver nulidade absoluta, podendo ser argüida a qualquer tempo.

In casu, o impetrante alega ter havido tal perplexidade dos jurados, pois segundo esse, os quesitos foram formulados com termos técnicos. Tal fundamento, a meu ver, não deve prevalecer.

Com efeito, a alegação genérica, quanto ao fato de constar termos técnicos como “caráter ilícito do fato”, “relevante valor social ou moral”, “recurso que tornou impossível a defesa da vítima” e “circunstâncias atenuantes”, não é causa suficiente para se auferir que os quesitos causaram perplexidade aos jurados.

Justamente pelo fato de o conselho de sentença ser composto, em regra, por leigos, é que o Código de Processo Penal dispõe que:

“Art. 478. Concluídos os debates, o juiz indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se precisam de mais esclarecimentos.

Parágrafo único. Se qualquer dos jurados necessitar de novos esclarecimentos sobre a questão de fato, o juiz os dará, ou mandará que o escrevam o dê, à vista dos autos.

Art. 479. Em seguida, lendo os quesitos, e explicando a significação legal de cada um, o juiz indagará das partes se têm requerimento ou reclamação que fazer, devendo constar da ata qualquer requerimento ou reclamação não atendida.” (Grifei)

Conforme bem ressaltado pelo v. acórdão reprochado, os quesitos foram lidos e devidamente explicados, não tendo havido qualquer argüição dos jurados e nem da acusação e da defesa quanto a estes. (Fl. 170)

Ora, não sendo possível pela via eleita se detectar, de plano, a alegada perplexidade em razão de haver alguns termos considerados técnicos nos quesitos, os quais foram devidamente explicados aos jurados, sem qualquer argüição, até mesmo da defesa, não há que se falar em declaração de nulidade.

De todos os quesitos formulados, o impetrante ataca apenas um *de forma específica*, qual seja, “4º Quesito: A ré Maria Sueli Costa Moura ao tempo da ação, em virtude de perturbação da saúde mental, possuía a incompleta capacidade de determinar-se de acordo com entendimento do caráter ilícito do fato?” (Fl. 186), aduzindo que:

“No entanto, com relação ao reconhecimento da semi-responsabilidade, o resultado da votação foi *pela apertada maioria de quatro votos a três reconhecendo a semi-responsabilidade*.

A prova na perplexidade existente nos autos encontra-se no seguinte fato: *se não havia qualquer elemento de prova que indicasse o contrário — o que levou inclusive a acusação em plenário a também adotar a tese —, com base no que a quase maioria (três) dos jurados rejeitou a semi-responsabilidade?*

A resposta é óbvia.

Num contexto fático em que todas as provas e todas as partes encontraram um ponto de convergência de entendimentos, a quase maioria dos jurados... divergiu!!!

Data vênia, é evidente que os jurados dissidentes se encontravam em erro quando votaram” (fl. 20).

Em que pese o esforço do impetrante, em demonstrar o perplexidade dos jurados quanto a esse quesito, o prejuízo à defesa não restou evidenciado. Isto pois, conforme asseverado pela própria defesa, a votação se deu em favor do paciente (4 x 3 — fl. 187).

Segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do CPP, não há que se falar, em declaração de nulidade, se não estiver *concretamente* demonstrado o prejuízo.

Julio Fabbrini Mirabete, in “Código de Processo Penal Interpretado” (7ª ed., Atlas, 2000, p. 1.166), assim se manifesta acerca do tema:

“O primeiro princípio a reger os atos processuais é o da tipicidade das formas, que pode ser assim formulado: o Código prevê quais os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado (Cf. **Greco, Vicente**. Ob. cit. p. 264). Mas, negando o excesso de formalismo, com fundamento no princípio da instrumentalidade das formas, a lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição de nulidades. Sua regra básica é enunciada no art. 563. É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Na verdade, não é correto dizer-se que sem prejuízo não há nulidade. A ausência de prejuízo apenas impede a declaração da nulidade existente (...)”

Paulo Rangel, in “Direito Processual Penal” (7ª ed., Lumen Juris, 2003, p. 699), ressalta que “o princípio do prejuízo significa dizer que não há que se declarar a nulidade de um ato se, de sua imperfeição, ou defeito, enfim, de sua atipicidade, não resultar prejuízo à acusação ou à defesa. Diz a doutrina francesa *pas de nullité sans grief*. Há que se ter relação de causalidade entre o ato imperfeito e o

prejuízo alegado pelas partes, pois, se, não obstante o ato for imperfeito, mas não houver prejuízo para as partes, atingindo o ato, desta forma, seu fim, não se deve declarar a nulidade em nome dos princípios da economia e celeridade processual.”

Colaciono alguns precedentes desta Corte no mesmo sentido:

“**Habeas corpus**. Júri. Nulidades. Quesitação. Complementação do número de jurados. Irregularidades não argüidas **opportune tempore**. Preclusão.

1. Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada **opportune tempore**, comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

2. Em se tratando de nulidades do Júri, o inciso VIII do artigo 571 do Código de Processo Penal determina sejam elas suscitadas logo depois de ocorridas.

3. Não enseja nulidade a complementação do número regulamentar mínimo de 15 jurados, por suplentes do mesmo Tribunal do Júri (Precedentes).

4. A ausência de resposta a quesito referente à falsidade de uma testemunha, ainda mais quando se trata do último da relação, por em não influir na verdade da causa, não enseja nulidade do feito.

5. Ordem denegada.”

(HC n. 20.221/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23.06.2003).

“Processual Penal — Homicídio — Tribunal do Júri — Defeito de quesitação — Nulidade — Não-ocorrência — Preclusão.

— Conforme entendimento desta Corte, não havendo perplexidade ou prejuízo para a defesa, que não fez consignar em ata qualquer requerimento ou reclamação, não se declara a nulidade de julgamento. Preclusão que se opera ante o silêncio da defesa.

— Ordem denegada.”

(HC n. 17.166/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 18.11.2002).

“Criminal. Recurso especial. Júri. Nulidades. Manifestação pessoal de testemunha, que teria chorado. Inocorrência. Ausência de assinatura da defesa na ata de julgamento incapaz de gerar nulidade. Falso testemunho, ocorrido no júri. Deficiência de quesitação. Nulidade relativa. Falta de argüição em momento oportuno e de demonstração de prejuízo. Recurso desprovido.

(...).

IV - Não se justifica a anulação do julgamento quando não demonstrado efetivo *prejuízo* à defesa.

V - Recurso desprovido.”

(REsp n. 265.171/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 03.06.2002)

“Processual Penal. Tribunal do Júri. Legítima defesa. Excesso. Inexistência de defeito na quesitação. Defesa que não se manifesta no momento oportuno. Preclusão.

1. Reconhecido o excesso doloso, prejudicada está a quesitação acerca da modalidade culposa.

2. Não havendo perplexidade ou *prejuízo* para a defesa, que não fez consignar em ata qualquer requerimento ou reclamação, não se declara nulidade de julgamento.

3. Operação da preclusão, antes o silêncio da defesa.

4. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 108.775/DF, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 03.11.1998)

Confira-se posicionamento do Pretório excelso sobre o tema:

“(…)

Homicídio qualificado — Motivo fútil — Inexistência de quesito — Nulidade.

É de se afastar a argüição de nulidade quando a pena fixada ficou no mínimo previsto para o tipo e, sob o ângulo do homicídio qualificado, houve a quesitação quanto ao fato de o então acusado haver dificultado ou impossibilitado a defesa pela vítima.

A nulidade pressupõe o prejuízo.”

(HC n. 72.689/PE, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 17.05.1996)

Alega o impetrante, por outro lado, que a causa de diminuição de pena constante do art. 26, parágrafo único, do CP, não deveria ter sido aplicada em seu patamar mínimo (um terço), muito embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP

Quanto a esse fundamento, melhor sorte não socorre o paciente.

De início, cabe ressaltar que, ao contrário do que alega o impetrante, as circunstâncias judiciais do art. 59 não foram *inteiramente* favoráveis à paciente, confira-se:

“(...) sua conduta social merece reparos, especialmente face ao desenvolvimento em outros delitos.” (Fl. 57)

Dispõe o art. 26, parágrafo único, do CP, que “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Diferentemente da pena-base, que é fixada em estrita observância às circunstâncias do art. 59 do CP, a mencionada causa de diminuição de pena, tem como referência o grau de perturbação da saúde mental ou do desenvolvimento mental do acusado, e não o art. 59 do Código Penal.

Julio Fabbrini Mirabete, in “Código Penal Interpretado” (Atlas, 2000, pp. 223/224), acerca do tema, entende que “a percentagem da redução deve levar em conta a maior ou menor intensidade da perturbação mental ou, quando for o caso, pela graduação do desenvolvimento mental, e não pelas circunstâncias do crime, já consideradas na fixação da pena antes da redução.”

César Roberto Bitencourt, in “Manual de Direito Penal” (6ª ed., Saraiva, 2000, p. 308), ressalta que “a culpabilidade diminuída dá como solução a pena diminuída, na proporção direta da diminuição da capacidade”.

Damásio Evangelista de Jesus, in “Código Penal Anotado” (13ª ed., Saraiva, 2002, pp. 124/125), entende que “atendendo à circunstância do agente, em face dessas causas, não possuir a plena capacidade intelectual e volitiva, o Direito Penal atenua a sua severidade, diminuindo a pena ou somente impondo medida de segurança.”

No tocante a esse ponto, o v. acórdão reprochado deve ser mantido por seus próprios fundamentos, **in verbis**:

“Com relação ao segundo tópico, a redução da pena em razão da semi-imputabilidade da apelante, a sentença está correta ao ter o Doutor Juiz diminuído a pena em 1/3 (um terço), pois considerou que o mal mental da apelante era de pouca intensidade, aliás e é o que contém do Laudo de Insanidade Mental constante dos autos n. 71/1996, onde está recomendado à apelante apenas o tratamento ambulatorial e consta daquele laudo à fl. 44 o seguinte: “O seu quadro psicológico (certa descompensação emocional) recomenda, para o momento, tratamento ambulatorial, visando à reestruturação pessoalística da acusada”.

Portanto, a redução da pena no patamar mínimo posto no art. 26, parágrafo único, do Código Penal está perfeita, não comportando qualquer correção.” (Fl. 170)

Confira-se precedente desta Corte no mesmo entendimento:

“Penal. Processual. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 e Súmula n. 356/STF. Inexistência de violação ao CP, arts. 26 e 77, II.

1. O recurso especial não se presta a apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame nas instâncias ordinárias.

2. *Sendo livre o julgador para apreciar o laudo psiquiátrico e formar o seu convencimento, inexistente ofensa ao CP, art. 26, na decisão do acórdão em manter a diminuição de 2/3, fixada na sentença, pela semi-imputabilidade prevista no parágrafo único do referido dispositivo.*

3. O fato de o juiz haver registrado, quando do exame do art. 59, que o seu réu e portador de maus antecedentes, não impede a concessão de **sursis** pelo Tribunal **a quo**, mormente se ele e primário e as circunstâncias judiciais não são de todo desfavoráveis.

4. Recurso não conhecido.”

(REsp n. 98.085/DF; Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 16.12.1996)

A tese de que o homicídio em que incide a causa obrigatória de diminuição de pena constante do art. 26, parágrafo único, do CP, da mesma forma que o homicídio privilegiado-qualificado, não pode ser considerado hediondo, não merece ser acolhida.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem reconhecido a impossibilidade do crime qualificado-privilegiado ser considerado hediondo, confira-se:

“**Habeas corpus**. Direito Penal. ‘Homicídio qualificado-privilegiado’. Regime prisional. Progressividade no cumprimento da pena. Possibilidade. Regime inicial semi-aberto. Deferimento.

1. O ‘homicídio qualificado-privilegiado’ é estranho ao elenco dos crimes hediondos.

2. Em se cuidando de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, autoriza a lei penal o deferimento do regime semi-aberto ao réu não reincidente, que deve ser estabelecido, se favoráveis as circunstâncias judiciais e se trata de homicídio privilegiado.

3. Ordem concedida.”

(HC n. 23.408/MT; Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 1º.03.2004)

“Execução penal — Homicídio qualificado — Privilegiado — Progressão de regime prisional — Possibilidade — Inexistência de incompatibilidade.

— Conforme jurisprudência desta Corte e do Pretório excelso, ante a inexistência de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos crimes hediondos, sendo possível, portanto, a progressão de regime.

— Ordem concedida para que seja possibilitada a progressão.”

(HC n. 17.064/RJ; Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 20.05.2002)

“Processual Penal. Homicídio qualificado-privilegiado. Regime prisional. Crime hediondo.

1. Ante a inexistência de previsão legal, bem como o menor desvalor da conduta em comparação ao homicídio qualificado, consumado ou tentado, o homicídio qualificado-privilegiado não pode ser considerado como crime hediondo. Precedente.

2. Pedido de **habeas corpus** deferido, para reconhecer ao paciente o direito à progressão do regime prisional.”

(HC n. 13.001/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 09.10.2000)

Esse entendimento, entretanto, não se aplica à hipótese do art. 26, parágrafo único, do CP Isso pois a mera (*tão-só*) minorante (causa legal de diminuição de pena) do art. 26, parágrafo único, não é capaz de retirar a natureza hedionda do delito. Ao contrário do homicídio qualificado-privilegiado, no qual esta Corte tem reconhecido não se tratar de crime hediondo por constituir o privilégio circunstância inserida na esfera de vontade do agente, a semi-imputabilidade, assim como a tentativa, se dá por circunstância alheia à vontade daquele.

Esta Corte tem entendido ser possível de existência do delito hediondo mesmo estando presente a semi-imputabilidade, confira-se:

“Recurso especial. Penal. Latrocínio. Progressão de regime. Impossibilidade. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Laudo pericial. Aplicação do art. 26, parágrafo único, do CP. Súmula n. 07 do STJ. Dissídio pretoriano não demonstrado.

1. O art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Controvérsia superada. Precedentes.

2. Não se conhece da argüida violação ao art. 182 do Código de Processo Penal porquanto aferir a semi-imputabilidade do Réu, analisando o laudo pericial, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via especial, a teor da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Dissídio pretoriano não configurado.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(REsp n. 613.408/MG, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 05.05.2004)

Diante disso, perde relevância a alegação de não ter o eminente Juiz Presidente do egrégio Tribunal do Juri deixado de apreciar os embargos de declaração oferecidos pela defesa, em que se pretendia esclarecer se havia, ou não, incompatibilidade entre os quesitos referentes ao homicídio qualificado e o reconhecimento da semi-responsabilidade.

Ao final, não merece prosperar a alegação de que a r. sentença condenatória não vedou a progressão de regime.

Vejamos o que consta do trecho desse **decisum** sobre a **quaestio**:

“Dessa maneira, *resta em definitiva a pena de oito (8) anos de reclusão*, que deverá ser cumprida em regime fechado, face ao crime ser considerado hediondo.” (Fl. 58)

Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que, se a condenação foi por crime de natureza hedionda, o que é o caso, malgrado tenha a sentença omitido o advérbio “*integralmente*”, assim deverá ser compreendido, em consonância com o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ainda mais quando do trecho transcrito percebe-se a menção expressa a tal norma. Esta é a regra; caso o magistrado houvesse entendido de forma diversa, deveria mencionar expressamente o advérbio “*inicialmente*”, o que não ocorreu.

Colaciono alguns precedentes desta Corte que bem respaldam este entendimento:

“**Habeas corpus**. Penal. Crime hediondo. Regime prisional. Progressão. Descabimento. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990). Fixando a sentença condenatória que o cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, não é concebível que seja apenas inicialmente, mas, sim, atendo-se ao preceito de lei, integralmente.

Quisesse o magistrado prolator da sentença condenatória admitir a progressão de regime, teria fixado o regime inicial fechado, o que não ocorreu.

Ordem denegada.”

(HC n. 14.077/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 23.10.2000)

“Penal. Crime hediondo. Regime. Integralmente fechado. Falta de especificação. Progressão. Impossibilidade.

1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comando do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão.

2. Segundo entendimento do STF, acompanhado por esta Corte, o estupro, seja em sua forma simples ou não, vale dizer, com ou sem violência real, é considerado hediondo.

3. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 429.683/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 30.09.2002)

“**Habeas corpus**. Crime hediondo. Sentença condenatória que estabelece ‘regime fechado’. Ausência de especificação se inicial ou integralmente. Irrelevância. Impossibilidade de progressão de regime.

1. A jurisprudência desta colenda Corte, em perfeita consonância com a do excelso Pretório, já pacificou a orientação no sentido de que se há condenação por crime hediondo, com a imposição do cumprimento da pena em regime fechado, ainda que a sentença tenha omitido o advérbio específico ‘integralmente’, assim deverá ser compreendido, em obediência ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 29.904/RJ, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 24.11.2003)

“Penal. **HC**. Regime prisional. Progressão. Ausência. Ilegalidade. Abuso de poder. Crime hediondo.

1. Fixado na sentença o cumprimento da pena em regime fechado, entende-se que seja integralmente e não inicialmente, máxime quando há expressa referência à Lei n. 8.072/1990. Precedentes.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 13.048/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 04.09.2000)

Esta é, aliás, a orientação do *Pretório excelso*, confira-se:

“**Habeas corpus**. Condenação por crime hediondo. Progressão do regime prisional. Omitindo a sentença condenatória o advérbio ‘integralmente’, não significa que tenha assegurado, em favor do paciente, direito à progressão do regime de execução da pena, uma vez que se reportou à Lei n. 8.072/1990, que determina o cumprimento integral da pena aplicada em razão dos chamados crimes hediondos em regime fechado. **Habeas corpus** indeferido.”

(HC n. 80.023/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 09.06.2000)

“Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado. O fato de a sentença não se haver referido à expressão ‘integralmente’ não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena.”

(HC n. 78.976/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 18.06.1999)

“I - Crime hediondo: regime fechado integral: imposto por lei — que a maioria do Tribunal tem por constitucional — não basta a autorizar a progressão que, na sentença, se haja limitado o juiz a determinar o regime fechado, sem adjetivá-lo de integral.

II - Condenação cumulativa às penas de reclusão, por crime hediondo, e a detenção, por infração comum: cabimento, quanto à execução da última, do regime inicial semi-aberto.”

(HC n. 80.732/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 20.04.2001)

Colho outrossim, trecho do voto proferido no mencionado HC n. 78.976/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, no ponto em que trata especificamente da **quaestio, verbis**:

“(…)

Certo que, em relação aos crimes qualificados como hediondos, por força de expressa disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado, não havendo espaço para progressividade que, no caso, contrariamente ao entendido pelo impetrante, não foi assegurada pela sentença de primeiro grau.

Com efeito, a circunstância de não haver a sentença aludido à expressão ‘integralmente’ não significa, no entanto, que assegurou ela a possibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena.

Não há dúvida de que a sentença não limitou o regime fechado ao período inicial da execução. Aí, sim, se poderia entender que determinara ela que o regime fechado fosse observado somente para o início do cumprimento da pena.”

Diante do exposto, denego o *writ*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.783 — SE (2003/0206758-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: José Cláudio dos Santos

Impetrada: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Paciente: Antônio Francisco Sobral Garcez Júnior (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de homicídio duplamente qualificado. Prisão cautelar. Vereador municipal. Cella especial. Impetração contra decisão indeferitória de liminar. Art. 295, § 2º, do CPP. Ilegalidade não evidenciada em juízo de cognição sumária.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte, não se admite **habeas corpus** contra decisão proferida em sede liminar pelo Relator do *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância, salvo situações absolutamente excepcionais, onde restar claramente evidenciada a ilegalidade do ato coator, o que não se demonstra na hipótese vertente.

2. A teor do disposto no art. 295, § 2º, do Código de Processo Penal (“Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento”), inexistente, **in casu**, em juízo de cognição sumária como exige a situação dos autos, o alegado constrangimento ilegal, cuja análise acurada caberá ao Tribunal de origem.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 22.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por José Cláudio dos Santos, em favor de Antônio Francisco Sobral Garcez, atualmente preso na Penitenciária Estadual de São Cristóvão, no Estado de Sergipe, contra decisão indeferitória de provimento urgente proferida pelo Desembargador-Relator, nos autos do HC n. 0247/2003 (fls. 97/99).

O Impetrante sustenta, em suma, que o Paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, porquanto, na qualidade de Vereador Municipal, não foi segregado cautelarmente em prisão especial.

Requer, assim, a concessão do benefício legal.

O pedido liminar foi indeferido.

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade impetrada às fls. 110/207. Noticiou, ainda, que “o paciente Antônio Francisco Sobral Garcez Júnior, se encontra recolhido em cela separada que foi adaptada com a finalidade de recebê-lo em reserva devido à sua condição de preso especial (conforme cópias de fotografias anexas)” (fl. 115).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não-conhecimento da ordem (fls. 209/212).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A impetração não merece ser conhecida.

Na esteira da jurisprudência desta Corte, não se admite **habeas corpus** contra decisão proferida em sede liminar pelo Relator do *writ* na instância de origem,

sob pena de indevida supressão de instância, salvo situações absolutamente excepcionais, onde restar claramente evidenciada a ilegalidade do ato coator, o que não se demonstra na hipótese vertente.

Com efeito, após o exame dos autos, observo que o paciente, a teor das informações prestadas pela autoridade impetrada, encontra-se segregado em cela individual, separado do convívio dos demais custodiados, tendo sido o local inclusive adaptado pelo Diretor do Presídio para recebê-lo.

Portanto, a teor do disposto no art. 295, § 2º, do Código de Processo Penal (“Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento”), inexistente, **in casu**, em juízo de cognição sumária como exige a situação dos autos, o alegado constrangimento ilegal, cuja análise acurada e retida caberá ao Tribunal de origem.

Nesse sentido, confira-se:

“Ementa: Processual Penal. **Habeas corpus**. Indeferimento de liminar em outro writ. Ilegalidade flagrante. Inexistência.

1. Não cabe, sob pena de supressão de instância, a impetração de **habeas corpus** contra decisão indeferitória de liminar em outro writ, no Tribunal de origem, quando ausente ilegalidade flagrante, como é o caso em análise. Precedentes desta Corte.

2. Ordem não conhecida.” (HC n. 22.507/BA, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 14.10.2002)

“Ementa: Criminal. **HC**. Writ contra ato de desembargador. Indeferimento de liminar. Flagrante ilegalidade não demonstrada. **Habeas corpus** não conhecido.

I - Não cabe **habeas corpus** contra indeferimento de liminar, a não ser que reste demonstrada flagrante ilegalidade no ato atacado, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

II - Não evidenciada, de pronto, a estreita **exceptio**, a melhor análise da controvérsia trazida nos autos reclamaria o exame do mérito, inviável na presente situação.

III - Writ não conhecido.” (HC n. 17.902/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 16.09.2002) (grifei)

Ante o todo exposto, *denego* a ordem postulada.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 35.220 — RS (2004/0061814-6)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Fernando Martins da Silva

Advogado: Juarez Torres — Defensor Público

Impetrado: Terceiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Fernando Martins da Silva (Preso)

Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Concurso material. Quadrilha armada e roubo majorado pelo emprego de arma. **Bis in idem**. Inocorrência.

I - Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de **praeludia coiti**, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da *mesma espécie e homogeneidade de execução*.

II - A ofensa a bens personalíssimos, contra vítimas diferentes, desde que os crimes sejam da mesma espécie, *pode ensejar* o crime continuado na forma preconizada no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Os requisitos devem ser examinados pelo órgão julgador (*de estupro para estupro e atentado violento ao pudor para atentado violento ao pudor*).

III - Na há que se falar em **bis in idem** na condenação por quadrilha ou bando armado e roubo majorado pelo emprego de arma, porquanto além de delitos autônomos e distintos, no primeiro o emprego da arma está calcado no *perigo abstrato* e, no segundo no *perigo concreto* (*Precedentes do STJ e do Pretório excelso*).

Habeas corpus parcialmente 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 parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Rela-

tor. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Fernando Martins da Silva em face de v. acórdão prolatado pelo colendo Terceiro Grupo Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos autos da Revisão Criminal n. 696.120.245.

O retrospecto restou exaustivamente delineado às fls. 96/110, **in verbis**:

“Neste Tribunal, Fernando Martins da Silva, através do Dr. Defensor Público, requereu, com fundamento no artigo 621, I, II e III, do CPP, a revisão criminal do processo, tendo o Terceiro Grupo Criminal, por maioria, *indeferido o pedido* revisional, vencidos o Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira, Relator, que julgava parcialmente procedente para reduzir as penas impostas ao réu Fernando Martins da Silva para um total de 58 anos e 08 meses de reclusão e os Desembargadores Alfredo Foerster e Luís Gonzaga da Silva Moura que julgavam parcialmente procedente para reduzir a pena para 69 anos e 08 meses.

O Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira, Relator/vencido, votou no sentido de deferir, em parte, o pedido revisional para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados na mesma ocasião.

Após negar provimento à revisional na parte em que embasou o pedido nos incisos I, II e III, do artigo 621, do CPP, asseverou:

‘Tem razão, contudo, o ilustre Dr. Defensor Público quando verbera contra o excesso condenatório decorrente da exagerada retribuição punitiva imposta ao requerente.

O acórdão confirmatório da condenação apenas ratificou o inteiro teor da sentença e não teceu nenhuma consideração, em especial, sobre o apenamento imposto.

Esse aspecto dá ensejo a que se reexaminem alguns dos temas que envolvem o referido apenamento.

Defiro a revisão para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados na mesma ocasião, estabelecendo para tanto quatro séries de crimes contra os costumes:

a) Estupros e atentados violentos ao pudor praticados em junho de 1988 (primeira série);

b) Estupro e atentados violentos ao pudor praticados em maio de 1989 (segunda série);

c) Estupro e atentados violentos ao pudor praticados em maio de 1990 (terceira série);

d) Estupros e atentados violentos ao pudor praticados em abril de 1991 (quarta série).

Para mim há inequívoca continuidade delitiva entre os crimes contra os costumes praticados dentro de cada uma das séries.

Considero que a sentença e o acórdão negaram vigência, nesse particular, ao disposto no art. 71 e parágrafo único do CP, contrariando, assim, texto expresso de lei, e com isso, autorizando a propositura da ação revisional, em face do que dispõe o art. 621, I, do CPP.

Não vejo, portanto, nenhum óbice para o conhecimento do pedido em razão desse ponto da controvérsia.

Afrontando o dispositivo de lei que disciplina o crime continuado, que foi criado para que se evite o notório e desnecessário excesso punitivo, enseja revisão o apenamento imposto.

Ainda que respeite as opiniões em contrário, não posso deixar de externar, e o faço com toda a veemência, o meu pensamento a respeito desse palpitante tema.

Ensina **Celso Delmanto** que 'são delitos de igual espécie os que se assemelham pelos mesmos elementos objetivos e subjetivos, ainda que não estejam descritos no mesmo artigo de lei'. Considera o insigne doutrinador que este é o entendimento mais adequado 'não só porque o instituto do crime continuado, originariamente, visa ao benefício do réu, como, principalmente, em razão das expressões que o legislador emprega nos arts. 69 e 70. Neles, fala em crimes 'idênticos ou não', enquanto neste art. 71 refere-se a 'crimes da mesma espécie' e prevê, expressamente, a possibilidade de serem as penas idênticas ou a 'mais grave', o que mostra que os delitos não precisam estar previstos no mesmo tipo' ('Código Penal Comentado', 1986, p. 113).

Assim tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, Ap n. 9.658, RJTJSP 77/400; Ap n. 9.495, RJTJSP 76/332; Ap n. 9.700, RT 558/294)

A matéria acha-se pacificada na Quinta Câmara Criminal, que tem considerado que ‘se é que existem crimes da mesma espécie, são esses’ (estupro e atentado violento ao pudor).

Acrescente-se: estupro e atentado violento ao pudor são delitos que têm a mesma pena prevista. Acham-se inseridos no mesmo capítulo (Capítulo 1: ‘crimes contra a liberdade sexual’) do mesmo título (Título VI: ‘crimes contra os costumes’), da Parte Especial do Código Penal.

Penso que as hipóteses têm tudo para serem enquadradas na esfera de abrangência do art. 71 do CP:

Mesmas condições de tempo (mesmo período); mesmas condições de lugar (mesmo lugar); mesmo modo de execução (crime sexual).

Negar vigência a dispositivo de lei é o mesmo que contrariar texto expresso de lei.

Por outro lado, tem razão a defesa quando chama a atenção para o quantitativo injustificável em que foi graduada a pena-base de cada um dos crimes contra os costumes cometidos antes da vigência da Lei n. 8.072, de 26 de julho de 1990, em contraste com a pena-base (estabelecida no mínimo cominado) de cada um dos delitos praticados em abril de 1991 (sob o império da nova lei), como forma de garantir uma punição mais rigorosa para aqueles.

O que importa considerar é que o exame das circunstâncias judiciais elaborado pela magistrada (comemorativos do art. 59 do CP) foi exatamente o mesmo (*tanto para os crimes cometidos antes, como para os crimes cometidos depois da mencionada lei*). Nada diferencia as circunstâncias judiciais de uns ou de outros.

Se assim acontece, não há qualquer razão para que, num caso, a pena-base se afaste do mínimo cominado, enquanto no outro, levando-se em conta os mesmos vetores, com ele se confunda, nele permanecendo.

Esse aspecto do apenamento também enseja revisão.

Não pode o juiz substituir-se ao legislador, impondo, retroativamente, uma solução punitiva mais rigorosa a um fato ocorrido no passado, quando estava em vigor uma legislação mais branda.

Verifique-se, agora, quais foram as circunstâncias judiciais atinentes a cada um desses crimes (consideradas de modo idêntico para todos os crimes sexuais praticados por Fernando).

O réu é primário e sem antecedentes.

Pouco se sabe, na verdade, sobre a sua personalidade ou conduta social anterior.

O dolo desse tipo de crime é sempre intenso.

Motivos também próprios do crime.

O comportamento das vítimas não contribuiu para os fatos.

Conseqüências, de igual sorte, inerentes à prática delitiva (prejuízos emocionais para as vítimas, todas elas estudantes universitárias).

Desse modo, como a pena-base dos crimes cometidos sob a vigência da Lei dos Crimes Hediondos, tendo por sustentáculo a análise dos mesmos vetores, foi graduada no mínimo, também a pena-base dos delitos praticados antes da referida lei deve ser estabelecida no mínimo cominado (pela legislação de então).

Autorizada, portanto, a revisão por esses aspectos, passo a recalcular as penas impostas.

Primeira série: Crimes sexuais praticados em junho de 1988 (total cinco delitos: dois crimes de estupro e três crimes de atentado violento ao pudor).

Estabeleço a pena-base do crime mais gravemente apenado na época (estupro) no mínimo legal: 3 anos, tendo em vista a fundamentação acima expendida. A magistrada, sem fundamentar a discrepância com relação aos crimes praticados em 1991, após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, fixou-a em 5 anos de reclusão (dois anos acima do mínimo previsto na época), aplicando a regra do concurso material para todos os crimes.

Como são cinco os crimes cometidos dentro da mesma série, obediente à regra do art. 71, parágrafo único, do CP, aplico em dobro a pena imposta (3 anos x 2), para fixar em 6 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Segunda série: Crimes sexuais praticados em maio de 1989 (total três delitos: um crime de estupro e dois crimes de atentado violento ao pudor).

Também aqui, estabeleço a pena-base do crime mais gravemente apenado na época (estupro) no mínimo legal: 3 anos, tendo em vista a fundamentação acima expendida. A magistrada, sem fundamentar a dis-

crepância com relação aos crimes praticados em 1991, após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, fixou-a em 5 anos de reclusão (dois anos acima do mínimo previsto na época), aplicando a regra do concurso material para todos os crimes.

Como são três os crimes cometidos dentro da mesma série, observando a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, elevo de dois terços a pena imposta (2 anos), para fixar em 5 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Terceira série: Crimes sexuais praticados em maio de 1990 (total três delitos: um crime de estupro e dois crimes de atentado violento ao pudor).

Também aqui, estabeleço a pena-base do crime mais gravemente apenado na época (estupro) no mínimo legal: 3 anos, tendo em vista a fundamentação acima expendida. A magistrada, sem fundamentar a discrepância com relação aos crimes praticados em 1991, após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, fixou-a em 5 anos de reclusão (dois anos acima do mínimo previsto na época), aplicando a regra do concurso material para todos os crimes.

Como são três os crimes cometidos dentro da mesma série, fazendo valer a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, elevo de dois terços a pena imposta (2 anos), para fixar em 5 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Quarta série: Crimes sexuais praticados em abril de 1991 (total cinco delitos: dois crimes de estupro e três crimes de atentado violento ao pudor).

Para os crimes praticados nesse período, o legislador estabeleceu penas iguais. Mantenho a pena-base estabelecida pela magistrada para um dos crimes, no mínimo legal (6 anos de reclusão).

Como são cinco os crimes cometidos dentro da mesma série, invocando, novamente, a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, aplico em dobro a pena imposta (6 anos x 2), para fixar em 12 anos de reclusão o apenamento desses delitos.

Total das penas retributivas dos crimes contra os costumes:

1ª série (junho de 1988): 6 anos de reclusão;

2ª série (maio de 1989): 5 anos de reclusão;

3ª série (maio de 1990): 5 anos de reclusão;

4ª série (abril de 1991): 12 anos de reclusão.

Total das penas dos crimes sexuais: 28 anos de reclusão.

No que pertine aos crimes de roubo majorados pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, nada há a revisar, nesta sede.

A pena-base para cada um foi corretamente fixada, pela Drª. Juíza de Direito, em 5 anos de reclusão.

As penas foram aumentadas de um terço (1 ano e 8 meses de reclusão), em face das majorantes em referência e concretizadas, cada uma, em 6 anos e 8 meses de reclusão.

Cada multa foi fixada em 20 dias-multa, no valor unitário mínimo de lei. Total: 80 dias-multa.

Correta a aplicação da regra do concurso material.

Cada roubo foi cometido com intervalo de cerca de um ano entre um e outro (junho de 88, maio de 89, maio de 90 e abril de 91).

Não faz jus o condenado, nesse caso, ao benefício do crime continuado. O lapso temporal entre um e outro é muito afastado para que se reconheça o elo da continuação.

Ficam mantidas, portanto, integralmente essas penas, num total de 26 anos e 8 meses de reclusão, e 80 dias-multa, no valor unitário mínimo de lei.

No que condiz com o delito de bando ou quadrilha, tem razão a defesa.

Verificou-se, sem dúvida, verdadeiro **bis in idem**, caracterizador do excesso punitivo, passível de ser corrigido pela via revisional.

O STF já decidiu:

‘Não pode haver concurso entre quadrilha e roubo, ambos qualificados, por concurso de pessoas ou emprego de armas, pois redundaria em dupla qualificação pelo mesmo fato (STF, HC n. 61.858, RT 594/441; HC n. 62.563, DJ de 30.08.1985, p. 14.346; HC n. 62.570, DJ de 1ª.04.1985, p. 4.282; HC n. 62.598, DJ de 26.04.1985, p. 5.890).’

A majorante do emprego de arma foi imposta cumulativamente aos crimes de roubo e de quadrilha, diante dos mesmos fatos.

Para corrigir o excesso, basta que se retire a parte dobrada do apenamento do crime de quadrilha (parágrafo único do art. 288), reduzindo-se a pena desse crime para 2 anos de reclusão (respeitada a pena-base estabelecida pela magistrada e concretizada, portanto, a pena, nesse patamar).

Pena do crime de bando ou quadrilha: 2 anos de reclusão.

Total das penas reclusivas já revisadas: 58 anos e 8 meses de reclusão.

O regime da sentença é o inicialmente fechado, estabelecido pela sentença. Não houve apelo acusatório.

Em resumo, com fundamento no art. 621, I, do CPP, acolho parcialmente o pedido revisional formulado por Fernando Martins da Silva para reduzir as penas a ele impostas no Processo Criminal n. 1.336-082, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Viamão, para um total de 58 anos e 8 meses de reclusão.”

Discordando do Relator quanto às penas fixadas, assim se pronunciou o Desembargador Alfredo Foerster, Revisor:

“Concordo com o colega Des. Paulo Moacir no referente a reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados na mesma ocasião e o estabelecimento de quatro séries de crimes contra os costumes. Também entendo injustificável o quantitativo em que foi graduada a pena-base de cada um dos crimes contra os costumes cometidos antes da vigência da Lei n. 8.072, de 26 de julho de 1990, em contraste com a pena-base (estabelecida no mínimo cominado) de cada um dos delitos praticados em abril de 1991 (sob o império da nova lei), como forma de garantir uma punição mais rigorosa para aqueles.

Observa-se que o exame das circunstâncias judiciais elaborado pela magistrada (art. 59 do CP) foi exatamente o mesmo, tanto para os crimes cometidos antes, como para os delitos praticados depois da mencionada lei. Portanto, a pena-base deve ficar no mínimo legal para todos os delitos contra os costumes.

No entanto, é possível um maior aumento pela continuidade delitiva, em relação a cada uma das séries estabelecidas pelo Relator, porque assim permite o parágrafo único do art. 71 do CP, como a seguir veremos.

Primeira série: pena-base de 3 (três) anos, aumentada do triplo (em razão de serem cinco fatos), fixando-a em 9 (nove) anos a pena para esses delitos.

Segunda série: pena-base de 3 (três) anos, elevada do dobro (por serem três fatos), estabelecendo-a em 6 (seis) anos para esses crimes.

Terceira série: pena-base de 3 (três) anos, acrescida do dobro (por serem três fatos), ficando em 6 (seis) anos para esses delitos.

Quarta série: pena-base de 6 (seis) anos — crimes praticados em abril de 1991, na vigência da Lei n. 8.072/1990 — aumentada do triplo (em virtude de serem cinco chegando a 18 (dezoito) anos.

Assim, teríamos as seguintes penas para os crimes contra os costumes:

1ª série (junho de 1988) — 9 anos de reclusão;

2ª série (maio de 1989) — 6 anos de reclusão;

3ª série (maio de 1990) — 6 anos de reclusão;

4ª série (abril de 1991) — 18 anos de reclusão.

Total das penas para os crimes contra os costumes: 39 (trinta e nove) anos de reclusão.

Quanto aos crimes de roubo majorados pelo emprego de arma e concurso de agentes, como refere o colega Relator, nada há a revisar, vez que adequadas as penas fixadas no total de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa.

Todavia, divirjo do Relator em relação à pena para o delito de bando ou quadrilha, pois entendo não haver **bis in idem**.

Conforme entendimento do STF, roubo qualificado e quadrilha qualificada: ‘São suscetíveis, em tese, de acumulação, a qualificadora do roubo, pelo emprego de armas (art. 157, § 2º, I, do CP), com a figura qualificada da quadrilha armada (art. 288, parágrafo único)’ (RTJ 128/325).

Também, nesse sentido:

TJSP: Pode haver concurso entre roubo e quadrilha, ambos qualificados pelo uso de armas, porque o porte de arma, que qualifica a quadrilha (perigo abstrato), não é equivalente ao emprego efetivo de arma, que qualifica o roubo (perigo concreto)’ (RT 752/567).

Assim, a pena para o delito de bando ou quadrilha fica em 4 (quatro) anos de reclusão.

Por esse caminho, a pena final para o requerente fica em 69 (sessenta e nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Desse modo, dou parcial provimento ao pedido revisional para fixar a pena do requerente em 69 (sessenta e nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão.”

O voto que negou provimento à ação revisional, da lavra do Desembargador Newton Brasil de Leão, restou assim fundamentado:

“Imperativo o improvimento da revisão criminal intentada por Fernando Martins da Silva.

O pedido revisional não encontra amparo legal, posto não atendido nenhum dos incisos do artigo 621, do Código de Processo Penal (em especial, o primeiro, único, em tese, cabível).

A ação em testilha não se presta para discutir apenamento, pois, para esse fim, há recurso específico, o qual, aliás, foi utilizado pelo requerente, tendo esta Corte decidido pelo seu improver. Ademais, dissídio jurisprudencial não comporta revisão, pois, na realidade, estar-se-ia tratando de nova apelação.

Por outro lado, como se vê nos autos originais do processo, foi em data anterior, interposta outra revisão criminal, por motivos análogos aos apresentados no pedido ora apreciado, que restou julgada improcedente. Por isso, não deveria, em tese, ser a presente sequer conhecida, e, muito menos, provida. (...)

De acrescer que o requerente, inclusive, resultou beneficiado, pela não-aplicação do artigo 226, inciso I, do Código Penal, que determina aumento de 1/4 da pena, quando os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são cometidos em concurso de agentes, caso dos autos.

Nega-se, dessarte, provimento à revisão criminal.”

O Desembargador Sylvio Baptista Neto, acompanhando o Desembargador Newton na improcedência da revisão, acrescentou:

“O colega Relator já chama a atenção em seu voto que a decisão, ora atacada, não fere nem um dos dispositivos do art. 621: ‘Não se verifica ter configurado a sentença (e o acórdão confirmatório) a hipótese prevista no art. 621, I, do CPP (julgamento contrário à evidência dos autos), atropelando a prova produzida... Não prospera a revisional na parte em que embasou o pedido nos incisos II e III, do art. 621, do CPP (alegação de que se fundou a sentença em depoimentos que não condizem com a realidade). Tampouco é feita qualquer alusão à descoberta de ‘novas provas de inocência do condenado.’”

Portanto, o caminho da concessão da revisão não passaria pelo ferimento de dispositivos legais. E nem pela questão do dissídio jurisprudencial, pois, como salientou o colega Luiz Gonzaga, além da impossibilidade de se basear

o recurso nesta hipótese (“A divergência jurisprudencial ou doutrinária não rendeu ensejo ao pedido de revisão criminal (TJRS, RJTJERGS 174/71). Limitando-se o julgamento a optar por uma corrente hermenêutica em detrimento de outra, ainda que respeitável, inibida fica a possibilidade de revisão, mesmo que a tese contrária venha, de futuro, prevalecer (TARS, RT 732/633).” (“Código de Processo Penal Interpretado”, Atlas, p. 1.352), o entendimento a respeito da continuidade entre estupro e atentado violento ao pudor é minoritário.

No caso, repetindo, as questões foram discutidas na sentença e no acórdão confirmatório, tanto pela colega de primeiro grau quanto pelos desta Corte. Tem-se que, respeitando a coisa julgada, fazê-lo em relação ao juiz natural. Já foi dito que a revisão não pode servir de voto de censura aos magistrados. Se o acusado é julgado por um Juiz mais rigoroso, “mão pesada”, isto faz parte da democracia, “do jogo”.

Finalizando, também penso que o princípio da proporcionalidade na punição é fundamental, tanto que o art. 59 finaliza, dizendo: “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Contudo, quem garante que a pena de mais de cem anos para o recorrente não é justa. Trata-se de uma questão subjetiva e eu, como o colega Newton, por exemplo, pensamos que ela foi proporcional aos acontecimentos. Durante algum tempo, o condenado, a pretexto de dar carona a estudantes, levava-as a um lugar ermo e, com o concurso de outros, estupravam-nas, praticavam atentados ao pudor e as roubavam.

As vítimas, moças ingênuas de acharem que recebiam um favor, foram submetidas a toda sorte de humilhações: violentadas, roubadas etc. Será que elas não estão mortas mentalmente? Será que elas não sofreram lesões mentais de natureza tão grave que jamais se recuperarão? Faço as perguntas, porque o Relator faz uma comparação da pena em discussão com o latrocínio por lesão grave e por morte.

Assim, não vejo como afirmar que a sentença, e o acórdão confirmatório, não adequaram a punição aos fatos. Foram, insisto, inúmeros crimes, mal momento de sua vida, em um mês ou dois, pratica vários delitos, merecendo o benefício da continuidade. É alguém que durante anos veio, reiteradamente, praticando crimes gravíssimos.

Desta forma, também julgo improcedente a revisão.”

Assim, por maioria, o Terceiro Grupo Criminal, indeferiu o pedido revisional. O acórdão transitou em julgado em 30 de outubro de 2002”.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão parcial do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Busca-se na presente impetração a redução da pena aplicada sob os seguintes argumentos: a) a caracterização da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor e b) **bis in idem** na condenação por crime de quadrilha armada e roubo majorado pelo emprego de arma.

Em primeiro lugar, quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor *praticados contra vítimas diferentes*, predomina, na **vexata quaestio**, a antiga ensinança de **Nelson Hungria** para quem, não sendo o ato de libidinagem desvio da conjunção carnal classificável como **praeludia coiti**, haverá, entre este e o estupro, o concurso material e nunca o crime continuado. É que estes delitos são do mesmo *gênero* mas não da mesma *espécie*. Aliás, entre a conjunção carnal, de um lado, e o sexo anal ou, ainda, o sexo oral, não se pode vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução. E este entendimento é pacífico no *colendo Supremo Tribunal Federal*:

“Concurso material de crimes. Atentado violento ao pudor (coito anal e **fellatio** ou **irruminatio in ore**) e tentativa de estupro.

Quando os atos libidinosos não são daqueles que precedem ao coito normal (**praeludia coitus**), há concurso material de atentado violento ao pudor com tentativa de estupro, ainda que praticados contra a mesma vítima, e isso porque não são eles crimes da mesma espécie, requisito esse indispensável à configuração de crime continuado, que, por esse motivo, não ocorre.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(STF, RE n. 100.788/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 11.10.1984)

“Criminal. Atentado violento ao pudor e tentativa de estupro contra a mesa pessoa. Se a tentativa de estupro não foi precedida apenas de atos preparatórios ao cometimento de tal crime, (**praeludia coitus**) mas o agente, além deles, outros, é que se caracterizam automaticamente como de atentado violento ao pudor, tendo-se em conta que o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor, embora praticados contra a mesma pessoa não são crimes da mesma espécie, não há como caracterizar-se apenas a continuidade deliti-

va, aí se tendo o concurso material. Se a própria vítima declara que apenas um dos dois recorridos praticou, além do estupro, o crime de atentado violento ao pudor, em relação ao outro não é possível agravar-se-lhe a pena, como propõe o Ministério Público, recorrente. Recurso extraordinário a que se dá provimento apenas em parte, para aumentar a pena do co-réu Edson Batista dos Santos, restabelecendo-se, em relação a este, a sentença material que decidiu haver, no caso, concurso material e não crime continuado. Precedentes.”

(STF, RECR n. 111.083/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 15.04.1987)

“**Habeas corpus**. Pena. Inocorrência de **bis in idem**. Estupro e atentado violento ao pudor. Impossibilidade de absorção de um delito pelo outro. Hipótese de concurso material.

Na cominação da pena o julgador considerou fatores que influíram na individualização. A alegação de **bis in idem**, fundada na suposição de que houve duplo aumento tanto pela violência real quanto pela ficta, não se justifica face ao descrito no acórdão.

É pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.

Habeas corpus indeferido.”

(STF, HC n. 74.630/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 07.03.1997)

“Direito Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Crimes hediondos: estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material. Penas: fixação. Nulidade.

1. Estando correta, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a orientação adotada pelo acórdão impugnado, no sentido de que, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo praticados em seqüência, configura-se concurso material de delitos — e não crime continuado — acertada e a cumulação das penas.

2. E fixadas estas em grau mínimo, não procede a argüição de nulidade, seja pela fundamentação de cada uma, seja pela cumulação.

3. **HC** indeferido.”

(STF, HC n. 71.399/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 30.09.1994)

“**Habeas corpus**. Pena. Estupro e atentado violento ao pudor. Impossibilidade de absorção de um delito pelo outro. Hipótese de concurso material.

É pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.

Habeas corpus indeferido.”

(STF, HC n. 71.802/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 26.04.1996)

Também predominante nesta Corte:

“Penal. Concurso material de crimes.

— Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa, nem ofende o direito federal, a decisão que repele continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor.

— Recurso especial não atendido.”

(STJ, REsp n. 208.632/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ de 20.08.2001).

“Penal. Estupro. Atentado violento ao pudor. Crimes de espécies diversas. Concurso material. CP, art. 69. Continuidade delitiva. Inocorrência.

— Para a configuração do **delictum continuatum**, na moldura do art. 71 do Código Penal, além da pluralidade de ações e do nexu temporal e circunstancial, exige-se a homogeneidade dos delitos.

— O estupro e o atentado violento ao pudor, embora do mesmo gênero, são crimes de espécies diferentes, o que afasta a idéia de continuidade delitiva para o enquadramento como **concursum delictorum realis** (CP, art. 69).

— Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ, REsp n. 208.015/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 18.02.2002)

“Recurso especial. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra a mesma vítima. Crimes de espécies diferentes. Configuração do concurso material de crimes e não do crime continuado.

Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratarem de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra

do concurso material (art. 69 do CP), ainda que cometidos contra a mesma vítima. Precedentes deste Tribunal e do STF

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 550.267/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 17.11.2003)

“Criminal. **HC**. Atentado violento ao pudor. Estupro. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Delitos de espécies distintas. Execução. Forma básica. Violência real. Delitos hediondos. Regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Constitucionalidade. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade aos crimes de tortura. Ordem denegada.

Não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, eis que, apesar de serem delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie, possuindo elementos objetivos e subjetivos distintos.

A obrigatoriedade de determinação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, vedada a progressão, como previsto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, incide em condenação por crimes de atentado violento ao pudor e estupro, nas suas formas básicas, com violência real, delitos alcançados pelos incisos V e VI do art. 1º da r. lei.

Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo egrégio STF

A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes.

Ordem denegada. (HC n. 16.830/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 17.09.2001)

“Processual Penal. Desclassificação de condutas. **Habeas corpus**. Via eleita imprópria. Estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material e não continuidade delitiva. Violência presumida. Não-configuração de crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade.

1. Operar desclassificação de condutas é intento não condizente com a via eleita, pois demanda inegável dilação probatória, inviável de ser levada a cabo no estreito veio de conhecimento do **habeas corpus**, angusto por exce-lência.

2. A jurisprudência iterativa desta Corte é no sentido de que entre estupro e atentado violento ao pudor há concurso material e não crime continuado.

3. Nos termos do art. 1^o, inciso V, da Lei n. 8.072/1990, somente o estupro praticado com violência real (lesão corporal grave ou morte) é considerado hediondo, motivo pelo qual, perpetrado o delito com violência presumida, há possibilidade de progressão do regime prisional. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem concedida parcialmente.” (HC n. 16.710/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 13.08.2001)

“Penal — Atentado violento ao pudor — Estupro — Concurso material — Possibilidade.

— Há concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor se, além da conjunção carnal, for praticado outro ato de libidinagem que não se amolde aos classificados de **praeludia coiti**. Para a ocorrência de continuidade delitiva, os crimes devem ser de mesma espécie e sua execução homogênea.

— Recurso provido para reconhecer a ocorrência do concurso material.” (REsp n. 228.604/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 18.12.2000)

No caso, o réu praticou, além da conjunção carnal, outros atos de libidinagem que não se ajustam aos classificados de **praeludia coiti**, sendo de se reconhecer, então, o concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, *praticados contra a mesma vítima*.

Todavia, nos crimes praticados contra diferentes vítimas, em tese, é possível a continuidade delitiva quanto aos crimes da mesma espécie (*v.g.*, de estupro para estupro e de atentado violento ao pudor para atentado violento ao pudor), mas frise-se, entre estupro e atentado violento ao pudor há concurso material. Portanto, a continuidade delitiva específica deve incidir sobre os atentados e também sobre os estupros, que entre si (atentado e estupro) configuram concurso material.

Em relação ao segundo tópico, a quaestio não merece solução da tradicionalmente adotada.

De acordo com a jurisprudência desta Corte não há que se falar em **bis in idem** na condenação por quadrilha ou bando armada e roubo majorado pelo emprego de arma, porquanto além de delitos distintos e autônomos, o emprego da arma no delito contra o patrimônio está calcado no *perigo concreto* e, no caso do delito contra a paz, no *perigo abstrato*, o que afasta, aí, o pretendido **bis in idem** (nesta linha no plano doutrinário: **Alberto Silva Franco** e **Rui Stoco** in “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial — Vol. 2”, Ed. RT, 7^a ed., 2001, p.

3.529; **Julio Fabbrini Mirabete**, in “Código Penal Interpretado”, Ed. Atlas, 3ª ed., 2003, p. 1.875; **Luíz Regis Prado**, in “Comentários ao Código Penal”, Ed. RT, 2ª ed., 2003, p. 985; **Guilherme de Souza Nucci**, in “Código Penal Comentado”, Ed. RT, 4ª ed., 2003, p. 802; **Fernando Capez**, in “Curso de Direito Penal — Vol. 3”, Ed. Saraiva, 2004, p. 261; **Cezar Roberto Bitencourt**, in “Código Penal Comentado”, Ed. Saraiva, 2ª ed. 2004, p. 1.036).

Nessa linha os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. **HC**. Condenação por roubo qualificado pelo uso de arma e quadrilha armada. **Bis in idem**. Inocorrência. Ordem denegada.

I - Não resta configurado **bis in idem**, na condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes do STJ e do STF.

II - Ordem denegada.” (HC n. 33.029/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 14.06.2004)

“Penal. Processual. Sentença condenatória e denúncia. Tipificação. Roubo e quadrilha. Concurso material. Possibilidade. **Habeas corpus**.

1. Não é nula a sentença que condena o acusado por fatos narrados na denúncia mas erroneamente tipificados, se permitido o livre exercício da ampla defesa. O acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não de sua capitulação.

2. Concurso material entre os crimes de roubo qualificado e quadrilha armada admitido pela jurisprudência. Precedentes do STJ e do STF.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 10.126/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 13.12.1999)

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Roubo em concurso e emprego de arma. Quadrilha armada. Exame de provas (Súmula n. 07/STJ).

I - Se a pretensão recursal, para ser acolhida, exige o cotejo analítico da prova, então, o recurso esbarra no óbice da *Súmula n. 07/STJ*.

II - O emprego de arma no crime de roubo está calcado no perigo concreto e, no caso de quadrilha, no perigo abstrato, o que afasta, aí, o pretendido **bis in idem**.

III - O concurso de agentes no roubo praticado por integrantes do bando não pode ensejar a majorante do primeiro delito pois, neste caso, é inegável o **bis in idem**.

Recurso parcialmente conhecido e provido.” (REsp n. 184.370/SP, Quinta Turma, DJ de 12.04.1999)

E, do Pretório excelso:

“Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2^a, I e II, do Código Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.” (HC n. 76.213/GO, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.05.1998)

E, no corpo do aresto tem-se:

‘O tema do **habeas corpus** ainda divide a jurisprudência do País (cf. **Silva Franco, et alii**, “Código Penal”, ed. RTJ, 2/3.329 ss.) e tem sofrido variações na do Supremo Tribunal.

Acórdão da lavra autorizadíssima de **Nélson Hungria**, HC n. 34.088, de 13.06.1956, reproduzido nos seus “Comentários ao Código Penal” (Forense, 1959, IX/180, nota 6), afirmou a compatibilidade da condenação em cúmulo material por quadrilha e outro crime qualificado pela prática em concurso de agentes:

‘A quadrilha ou bando é crime *per se stante*, consistente no associarem-se mais de três pessoas, não acidentalmente, para a prática de um crime determinado, mas estável ou permanentemente para a prática de crimes não previamente determinados ou individuados. Tanto não se identifica com a participação criminosa que, enquanto por ele respondem todos os associados, já pelo crime efetivamente praticado, dentro no plano genérico da associação, respondem tão-somente os respectivos agentes. Se, para a prática do crime que atende ao programa da associação, não é necessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um só deles, é claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com a anterior associação para delinquir. Reconhecendo-se, portanto, concurso material entre o crime ou bando ou quadrilha e o subsequente crime qualificado pela pluralidade de agentes, não há o **bis in idem**

alegado pelo impetrante. O crime qualificado pelo concurso de agentes não absorve ou exclui o crime de quadrilha ou bando, pela singela razão de que não é necessária a precedência deste para a prática de determinado crime, não dependendo esta última ação, necessariamente, da primeira.”

O raciocínio do saudoso mestre parece conduzir, **mutatis mutandis**, a também negar o **bis in idem** entre a quadrilha armada e a causa especial de aumento da pena de ser o roubo cometido com emprego de arma.

A orientação contrária, no entanto, prevaleceu em diversas decisões da antiga Primeira Turma, na primeira metade dos anos 1980.

Começa essa jurisprudência com o HC n. 58.928, 05.06.1981, do saudoso Ministro Clovis Ramalhete (RTJ 99/1.097), onde se afirma constituir **bis in idem** a condenação por quadrilha e a exarcebação da pena do furto pelo concurso de agentes.

Seguem-se diversos julgados, a respeito do concurso entre a quadrilha armada (Código Penal, art. 288, parágrafo único) e o roubo, todos no sentido da inadmissibilidade de agravar-se a pena deste tanto pela pluralidade de agentes quanto pelo emprego de armas (CP, art. 157, § 2º, I e II): cf. HC n. 61.859, 19.08.1984, Néri, RTJ 110/1.067; HC n. 61.858, 31.08.1984, Néri, RTJ 120/1.042; HC n. 62.564, 09.04.1985, Néri, DJ de 28.06.1985; HC n. 62.570, 1º.03.1985, Oscar, DJ de 29.03.1985.

A virada parcial vem com a decisão plenária do HC n. 64.772, 1º.04.1987 (RTJ 128/1162), da lavra do eminente Ministro Octavio Gallotti, que, fundado em brilhante parecer do então Subprocurador-Geral Assis Toledo, mantém a tese da incompatibilidade entre a quadrilha e a majorante do concurso de agentes no roubo, mas não entre a quadrilha armada e a agravante especial do emprego de armas; o entendimento foi reiterado, nesta Turma, no RE n. 107.773, 03.03.1989, vencido o eminente Ministro Néri da Silveira, Relator originário, Redator do acórdão o Ministro Gallotti.

De minha parte — vencendo embora minha animosidade em relação às penas exageradas —, a convicção me leva a tomar, no problema a posição mais severa, a rigor, jamais adotada nos acórdãos ora pesquisados, mas que parece implícita na do grande **Hungria**: estou em que a condenação por quadrilha armada não afasta nenhuma das duas causas especiais discutidas de aumento da pena do roubo.

Quanto à do emprego de armas, no parecer acolhido no HC n. 64.772, é irrespondível, **data venia**, a demonstração do douto Ministro Assis Toledo (RTJ 128/1.165 ss.)

Depois de mostrar, como é do consenso doutrinário, a possibilidade de concurso material entre a participação na quadrilha e qualquer outro crime praticado por um ou mais dos membros do bando, prosseguiu o ilustre penalista (RTJ 128/1.167):

‘Fixadas essas premissas, parece-nos perfeitamente possível ocorrer, entre outras, estas duas situações:

a) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, sem emprego de arma (p. ex.: assalto a uma pessoa idosa, para o qual se julgou suficiente o emprego da força muscular);

b) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, com emprego de arma (p. ex.: caso dos autos).

Na hipótese sob a teremos uma quadrilha armada em concurso material com roubo simples (não houve efetivo emprego de arma). Na hipótese sob b, o concurso será de quadrilha armada com roubo qualificado pelo emprego de arma. O porte de arma que qualifica a quadrilha (perigo abstrato) não é equivalente ao emprego efetivo de arma que qualifica o roubo (perigo concreto).’

Claro, assim, ao contrário do que asseveram os julgados afirmativos do **bis in idem**, que essa agravante especial do roubo não integra o fato típico constitutivo da quadrilha qualificada”.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para que o egrégio Tribunal **a quo** verifique a aplicabilidade do crime continuado específico na forma acima indicada.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 35.527 — MS (2004/0068192-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Mário Sérgio Rosa

Impetrada: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Paciente: Rogério Freitas de Oliveira (Preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Arts. 121, § 2º, incisos I e IV c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal. Exacerbação da pena-base sem a devida fundamentação. Sentença que considerou uma das qualificadoras como agravante genérica. Possibilidade. Perda da função pública. Impropriedade do *writ*.

I - Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, resta devidamente fundamentado o r. **decisum** condenatório ao fixar as penas-base acima do mínimo legal. (Precedentes).

II - Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do Código Penal, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c** da **Lex Fundamentalis**), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF).

III - “O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a pretendida reintegração em cargo público, pois tal questão não diz respeito à liberdade de ir e vir” (RHC n. 12.170, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.04.2002). Ainda assim, a r. sentença condenatória encontra-se devidamente fundamentada, nos termos do art. 92, I, **b**, do Código Penal.

Writ denegado.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Rogério Freitas de Oliveira, em face de v. acórdão prolatado pela egrégia

Segunda Turma Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos da Apelação Criminal n. 2001.010709-0/0000-00, que à unanimidade entendeu por negar provimento ao apelo do réu e prover o recurso ministerial, nos seguintes termos:

“Tentativa de homicídio duplamente qualificado — Recurso da acusação — Pedido de alteração da pena-base — Desentendimentos no trânsito — Agente que atira contra o carro da vítima, deixando-a tetraplégica — Personalidade fria, calculista e voltada para o crime — **Quantum** aumentado — Provido.

Aumenta-se a pena-base acima do mínimo legal se restou evidenciado, pelas atitudes do réu, dolo extremamente acentuado, personalidade fria, calculista, voltada para o mundo do crime e se o crime praticado também se apresenta de extrema gravidade, ficando a vítima tetraplégica.

Apelação criminal — Decretação da perda da função pública — Policial militar — Crime comum — Aplicação do Código Penal — Efeito da condenação — Improvido.

Não se tratando de crime militar, mas sim de crime comum, deve ser aplicado o Código Penal que é expresso no art. 92, I, **b**, ao dispor que a perda do cargo ou função pública é efeito da condenação quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos” (fl. 203).

Alega-se no presente *writ* que o vergastado acórdão é nulo em razão da falta de fundamentação na fixação da pena e da inobservância do critério trifásico. Aduz, ainda que a perda do cargo público como efeito da condenação somente pode se dar quando o delito for cometido no exercício da função, o que, **in casu**, não ocorreu.

A liminar pleiteada restou indeferida à fl. 196.

As informações encontram-se acostadas à fl. 201, devidamente acompanhadas dos documentos de fls. 202/211.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 213/218, se manifestou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Rogério Freitas de Oliveira, em face de v. acórdão prolatado pela egrégia Segunda Turma Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A súplica, a meu ver, não merece prosperar.

Inicialmente, quanto ao argumento de falta de fundamentação na fixação da pena-base, não vislumbro qualquer irregularidade.

Assim consta no v. acórdão recorrido:

“O Ministério Público e o Assistente de Acusação pugnam pela exasperação da pena-base e pela incidência de uma das qualificadoras, sendo a outra considerada como elementar do crime.

O réu pede a reforma da sentença recorrida quanto à declaração da perda da função pública, sob o argumento de que o magistrado não a fundamentou.

Merece prosperar os recursos do Ministério Público e do Assistente de Acusação.

É que as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal são por demais desfavoráveis ao apelado, não demonstra que a quantidade de pena aplicada seja suficiente para a reprovação ou prevenção do delito.

Segundo consta, o crime ocorreu em decorrência de um desentendimento no trânsito, tendo o réu disparado vários tiros contra o carro da vítima.

O dolo do apelado demonstra-se extremamente intenso, primeiramente pela sua atitude diante de uma simples briga de trânsito e também pela sua frieza após a prática do crime, pois retornou a sua casa, deixou o carro na garagem e saiu de moto, retornando ao local dos fatos (fl. 157), na tentativa de afastar de si as prováveis provas.

Ora, tais atitudes evidenciam também possuir o réu personalidade fria, calculista e voltada para o crime, tendo em vista que no início das investigações sempre negou a autoria do crime, apenas admitindo-a quando quase todas as provas dos autos apontavam em seu desfavor, pois houve o reconhecimento da vítima e o exame de Confronto Microbalístico constatou convergências entre o projétil extraído do corpo da vítima e a arma apreendida.

Ainda contra a personalidade delinqüente do réu consta nos autos que ele responde a um processo de tentativa e a dois de homicídio, também está sendo processado por crime de furto e porte ilegal de arma (fls. 121/124).

A conduta social do apelado também lhe apresenta desfavorável, pois os policiais que fizeram as investigações narram que algumas testemunhas ficaram receosas de prestar declarações porque o apelado era violento e conhecido como justiceiro, sem contar que tinha o hábito de consumir excessivamente bebidas alcoólicas.

Por fim, quanto às circunstâncias e conseqüências do crime, trata-se de um delito de extrema gravidade, tendo em vista a forma como tudo ocorreu, o réu foi atirando contra o carro da vítima sem que desse tempo desta se defender, sem contar que ela não estava esperando tal reação e a intensidade da lesão produzida, uma vez que, conforme é sabido, a vítima ficou tetraplégica.

Por essas razões, entendo que deve ser reformado o **quantum** da pena-base, para fixá-lo, ainda acima do mínimo legal em 15 (quinze) anos de reclusão, permanecendo o aumento estabelecido na sentença, referente à segunda qualificadora, ou seja, 2 (dois) anos, passando a pena para 17 (dezesete) anos e, por fim, mantendo a diminuição de um terço referente à tentativa, passando-a para 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a qual torno definitiva.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença quanto à fixação da pena-base, fixando em definitivo a pena do réu em 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão” (fl. 205).

Conforme se observa, a exasperação da pena-base foi concretamente fundamentada, seguindo os critérios estatuídos no art. 59 do Código Penal, considerando as peculiaridades da causa, como a personalidade fria, conduta social desfavorável, conseqüências do crime, deixando a vítima tetraplégica etc.

Desta forma, reconhecida no r. **decisum** condenatório circunstância judicial desfavorável ao paciente, resta devidamente fundamentada a exarcebação da pena-base acima do mínimo. Nesse sentido:

“**Habeas corpus**. Penal. Individualização da pena. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Fundamentação suficiente. Art. 59, CP.

Não há falar em nulidade da sentença condenatória por ausência de fundamentação na fixação da reprimenda se o MM. Juiz sentenciante — atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal — justificou satisfatoriamente, embora de maneira sucinta, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Ordem denegada”

(HC n. 34.681/MT, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.06.2004).

“Criminal. **HC**. Peculato. Lavagem de dinheiro. Evasão de divisas. Nulidades. Funcionário público. Sociedade de economia mista. Equiparação. Entendimento anterior à Lei n. 9.983/2000. Dosimetria. Pena-base. Motivação suficiente. Circunstâncias judiciais negativamente valoradas. **Bis in idem**. Inocorrência. Majorante da ‘habitualidade’ aplicada ao delito de lavagem de

capitais. Reiteração de condutas configurada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

I - São considerados funcionários públicos para efeitos penais os empregados de sociedade de economia mista, entendimento esposado pela jurisprudência pretoriana mesmo antes do advento da Lei n. 9.983/2000, que inseriu no Código Penal a referida equiparação. Precedentes.

II - Não há ilegalidade na dosimetria da pena, no que se refere à majoração da pena-base, se esta se deu de maneira devidamente fundamentada e com base em relevantes circunstâncias judiciais negativamente valoradas.

III - É imprópria a alegação de deficiência na fixação da reprimenda, se a mesma foi correta e fundamentadamente dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena e da jurisprudência dominante.

IV - O posicionamento desta Corte é no sentido de que é descabida qualquer análise mais acurada da dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, assim como a verificação da sua justiça, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

V - Não há que se falar em **bis in idem** na aplicação da pena-base se, para a sua majoração, o julgador monocrático procedeu ao correto exame das circunstâncias judiciais, destacando as que foram reputadas favoráveis ao paciente, e considerando as peculiaridades concretas dos delitos pelos quais foi condenado em questão, tais como o objetivo de lucro fácil e enriquecimento ilícito, aspectos caracterizadores das referidas práticas criminosas e que não são inerentes ao tipo penal.

VI - Evidenciado que o paciente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e freqüente, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente do aumento da reprimenda em razão da majorante da habitualidade.

Ordem denegada”

(HC n. 19.902/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 10.03.2003).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Fixação da pena. Fundamentação. Participação. Cotejo de provas. *Writ* de ofício. Continuidade delitiva. Número de crimes.

I - A sentença condenatória, levando em conta os ditames do art. 59 do CP, apresentou concreta fundamentação quando da fixação da *pena-base* pouco acima do mínimo legal.

II - A inocorrência de participação no evento teria que ser verificada após amplo cotejo de provas, o que é vedado na via do **habeas corpus**.

III - A agravante prevista no art. 62, I, do CP não pode ser aplicada, **in casu**, pois evidenciado, **prima facie**, nos autos que o paciente não exercia sobre os demais qualquer liderança que justificasse a incidência dessa norma.

IV - O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, em razão do número de delitos praticados. Como foram dois os crimes, o aumento se deve dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto).

Writ concedido, de ofício, para adequação da pena”

(HC n. 10.444/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 13.12.1999).

Busca, ainda, o impetrante demonstrar nulidade quanto ao critério de fixação da pena, entretanto, não há, no presente caso, qualquer irregularidade.

Como pode-se observar no voto anteriormente transcrito, a pena-base foi fixada além do mínimo legal, em razão das fortes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Depois, exasperada em razão da segunda qualificadora.

No HC n. 11.337/MS, do qual fui Relator, a questão foi colocada a debate, constando assim do meu voto condutor do acórdão:

“Em nosso sistema jurídico-penal, os denominados tipos qualificados são derivados do básico (**caput**). Os dados acrescidos a este último e que originam aquele não são, e nem poderiam ser, *elementares* mas, isto sim, *circunstâncias qualificadoras*. Isto é relevante, também, no concurso de pessoas (art. 30 do CP). As qualificadoras de caráter pessoal, *por serem circunstâncias e não elementares*, não se comunicam (veja-se a diferença, **v.g.**, nos casos do art. 316 e do art. 150, § 2º, ambos do Código Penal). Nesta linha, tem-se as observações de **Damásio** (“Direito Penal”, vol. I), **H. C. Fragoso** (“Lições de Direito Penal”) e **J. F. Mirabete** (“Manual”, vol. I). Hodiernamente, existem autores, inclusive, da *teoria social* (**H. H. Jescheck**) e alguns da *teoria finalista* (**v.g. E. R. Zaffaroni**) que consideram certas qualificadoras (como as referentes às motivações mais censuráveis) como *elementos especiais da culpabilidade* e não como integrantes do tipo. Seriam dados alinhados na descrição legal que exterioriza o tipo, *mas que não o integram*, em situação similar às excepcionais condições objetivas de punibilidade (aqui, art. 164 do CP ‘...desde que do fato resulte prejuízo’). De qualquer modo, qualificadoras, tal como as majorantes e as minorantes, *são circunstâncias e nunca elementares*.

Pois bem, a *dogmática jurídico-penal*, por mais aberta que seja às ingerências das observações criminológicas (tal como preconizado por **Bustos**

Ramirez), não pode ser dispensada na busca da aplicação justa e equitativa da lei penal sob pena de se estimular a incontrolável e inaceitável improvisação, destituída de alicerces axiológicos ou jurídicos. Daí, ainda que se reconheça a existência de polêmica, não se pode igualar, **concessa venia**, na fixação da resposta penal, *quando tecnicamente possível o adequado tratamento diferenciado*, hipóteses com distintos graus de censurabilidade. Como, **in casu**, os Srs. Jurados reconheceram duas qualificadoras, não convence que pudesse o Juiz-Presidente do Tribunal Popular fixar a pena ignorando a vontade do Conselho de Sentença. *Uma qualificadora formou*, é certo, o tipo derivado. *A outra*, indicando, por igual, acentuado *desvalor de ação* — e não sendo, por óbvio, situação de alternatividade ou de fungibilidade, **v.g.**, inciso IV, ‘traição, emboscada, ...’ — uma vez acolhida, não poderia mesmo ser desprezada na dosimetria da sanção penal. *Em princípio*, é inconvincente, ensejando até perplexidade, dizer-se que um homicídio dupla ou triplamente qualificado possa ser o mesmo que um homicídio qualificado. *Conseqüentemente*, reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do CP, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **c** da **Lex Fundamentalis**), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como *circunstância negativa*, seja como agravante (se como tal prevista), seja, conforme o caso, como circunstância judicial (residualmente, art. 59 do CP). Vale dizer, a segunda qualificadora pode, **ex hypothesis**, ter a sua incidência total, ou parcialmente, neutralizada por atenuante (ou atenuantes) ou, se considerada circunstância judicial, neutralizada por outras circunstâncias (judiciais ou atenuantes). Entretanto, o puro e sistemático afastamento antecipado da segunda qualificadora é que, respeitando conclusões contrárias, carece de respaldo lógico, jurídico e axiológico.

O *Pretório excelso*, no julgamento do HC n. 71.293-2/RJ, Relator eminente Ministro Celso de Mello, já se manifestou sobre a matéria. O v. aresto foi assim ementado quando de sua publicação na RT 726/555:

‘Ementa da redação: Concorrendo várias as qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante — e mesmo assim — quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP.’

Do voto condutor do v. acórdão destaca-se:

‘(...) Bem por isso, assevera **Celso Delmanto** (‘Código Penal Comentado’, p. 111, 3ª ed., 1991, Renovar) que, ‘concorrendo várias qualificadoras em

um mesmo tipo penal, entendemos que só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante — e mesmo assim — quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP' (grifei).

De inteira procedência, pois, a pretensão dos impetrantes quanto à errônea fixação da pena reclusiva imposta ao ora paciente.

Assim sendo, defiro, em parte, o pedido, para, mantida a condenação invalidar o acórdão do Tribunal apontado com coator e a sentença proferida pelo magistrado de 1ª instância no ponto em que ambos, ultrapassando o limite máximo fixado pelo art. 157, § 2º, do Código Penal impuseram ao ora paciente sanção penal excessiva, estendendo os efeitos desta decisão aos demais co-réus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, que também é aplicável aos processos de **habeas corpus** (RTJ 141/864, Relator Ministro Celso de Mello). Em consequência, o juízo de 1ª grau deverá, em novo ato sentencial, limitar-se à definição do **quantum** penal a ser imposto ao paciente e aos demais co-réus (Processo Crime n. 46.144/1993, 20ª Vara Criminal), eis que a concessão deste *writ*, como já assinalado, não implicou invalidação da condenação judicial proferida.'

Esta Corte também se pronunciou sobre a questão:

'Penal. Pena. Fixação. Critérios.

A reforma penal de 1984, expressamente, estabeleceu o critério trifásico para a fixação da pena. De tal sorte, se a sentença estabeleceu a pena-base um pouco acima do mínimo considerando as circunstâncias judiciais, nada impedia que, concorrendo duas causas especiais de aumento, o Juiz considerasse apenas uma delas e transformasse a outra em circunstância agravante. Portanto, as três fases foram obedecidas, sendo valorada uma só das qualificadoras especiais do artigo 157, § 2º do Código Penal e na quantidade mínima, transformada que foi a outra em circunstância agravante.'

(RHC n. 3.549/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jesus da Costa Lima, DJ de 02.05.1994)

'Penal. Homicídio duplamente qualificado.

— Dosimetria da pena. Ocorrendo o reconhecimento de mais de uma qualificadora do delito, uma só deve forrar a fixação da pena-base, remetendo-se as demais ao campo das agravantes consideradas para encontro da pena definitiva.'

(REsp n. 139.908/DF, Quinta Turma, Relator Ministro José Dantas, DJ de 18.05.1998)

‘REsp — Homicídio duplamente qualificado — Pena reduzida ao patamar mínimo — Recurso que pretende restabelecer a decisão de primeiro grau considerando uma das circunstâncias como qualificadora e outra, como agravante genérica — Precedentes.

Incidindo sobre a ação delituosa, duas qualificadoras, uma servirá como tal e a outra como agravante genérica, se prevista na norma específica, como ocorre no caso presente (art. 61, II, **a** e **c**, do CP)

Recurso provido.’

(REsp n. 151.963/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Anselmo Santiago, DJ de 03.08.1998)

A jurisprudência pátria se mostra rica em decisões quanto à fixação da pena quando reconhecidas várias qualificadoras, destacando-se ainda os seguintes julgados: RT 564/377, RT 614/281, RT 624/290.’

Corroborando este entendimento destaco o seguinte precedente:

‘Criminal. Homicídio qualificado. Qualificadora considerada como agravante genérica. Possibilidade. Recurso desprovido.

I - A Quinta Turma desta Corte firmou o entendimento que diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes (se previstas como tal) ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. Precedentes do STJ e do STF

II - Recurso desprovido”

(REsp n. 613.796/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)

Por fim, quanto à perda do cargo público, inicialmente há que se destacar que tal decretação não acarreta em violência à liberdade de ir e vir do paciente, não sendo pois, em princípio, passível de conhecimento em sede de **habeas corpus**.

Neste sentido:

“Criminal. RHC. Extorsão qualificada. Pena acessória de perda da função pública. Pedido de reintegração ao quadro de servidores públicos. Impropriedade do *writ*. Recurso desprovido.

I - O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a pretendida reintegração em cargo público, pois tal questão não diz respeito à liberdade de ir e vir.

Recurso desprovido”

(RHC n. 12.170/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 22.04.2002).

Também o *excelso Pretório* comunga do mesmo entendimento:

“Ementa: **Habeas corpus**. Penal militar. Nulidades: Fundamentos do acórdão que agravou a pena e do que aplicou a pena acessória de perda da função pública.

PoliciaI militar condenado a 1 ano e 6 meses de detenção por excesso culposo nas excludentes de estrito cumprimento do dever legal e de legítima defesa nos crimes de homicídio e lesão corporal grave, em concurso material e de agentes. Sentença reformada para condenar o paciente à pena de 7 anos de reclusão pelos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal grave, art. 205, parágrafo 2º, e VI, 209, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal Militar, com desclassificação de homicídio qualificado para simples. Perda da graduação imposta após o trânsito em julgado do acórdão condenatório. O não-establishimento da pena-base, por inobservância do critério trifásico para aplicação da pena, arts. 59 e 68 do CP, não implica em nulidade quando a condenação e o aumento pelas qualificadoras são aplicados nos mínimos legais, porque não há prejuízo para o réu. Só há nulidade quando a pena-base ou as qualificadoras são aplicadas acima do mínimo legal sem fundamentação. A pena de exclusão da Polícia Militar, art. 102 do CPM, não é restritiva de liberdade nem afeta o direito de locomoção, ou a liberdade de ir e vir, não podendo ser revista em **habeas corpus**, que é instituto destinado a garantir o direito à liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder. Contra a pena acessória a lei prevê toda uma cadeia recursal, existindo ainda remédio constitucional célere para os casos de violação de direito líquido e certo. **Habeas corpus** conhecido em parte, e nesta parte indeferido”

(HC n. 70.884/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ de 23.09.1994).

Ainda que assim não fosse, a decisão encontra-se bem fundamentada, e com respaldo no art. 92, I, **b**, do Código Penal, **verbis**:

“Como efeito desta condenação e acatando o que estabelece o art. 92, inciso I, letra **b**, do Código Penal, tendo em vista que o réu praticou o crime com arma da Corporação da Polícia Militar e tendo em vista ainda estar sendo processado por vários outros crimes nessa comarca, sendo a sua conduta incompatível com a função da Polícia Militar, declaro a perda da sua função pública de policiaI militar, com a sua exclusão das fileiras da Polícia Militar” (fl. 133).

O v. acórdão reprochado, por sua vez, quanto a esse aspecto, assim se manifestou:

“Na hipótese presente não se trata de crime militar, mas sim de crime comum, devendo, portanto, ser aplicado o Código Penal que é expresso no art. 92, I, **b**, ao dispor que a perda do cargo ou função pública é efeito da condenação quando foi aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos” (fl. 206).

Com razão o culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, em seu bem lançado parecer, do qual se faz oportuno transcrever o seguinte trecho:

“É certo que são necessários, para a declaração da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: (I) condenação igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ou (II) condenação por tempo superior a quatro anos, nos demais casos, nos termos do artigo 92, inciso I, do Código Penal.

A esse respeito, a antiga redação do inciso I deste art. 92 previa a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com *abuso de poder ou violação de dever* para com a Administração Pública, quando a pena aplicada fosse superior a quatro anos.

A nova redação do inciso I, dada pela Lei n. 9.268, de 1^a.04.1996, passou a aplicar a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo para as condenações iguais ou superiores a um ano, aos mesmos crimes, ou seja, praticados com abuso de poder ou violação de dever (alínea **a**).

De outra parte, a antiga redação do inciso I não previa a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo para crimes praticados sem abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Já a nova redação passou a prever estes efeitos da condenação também para os crimes praticados sem tal abuso ou violação, ou seja, para os demais crimes do Código Penal, desde que a pena seja superior a quatro anos (alínea **b**).

Neste passo, tendo em vista que os fatos pelos quais foi condenado o Paciente ocorreram posteriormente à edição da Lei n. 9.268, de 1996, tenho que o v. acórdão hostilizado, neste específico ponto, não merecer reforma” (fls. 217/218).

Feitas essas considerações, denego o *writ*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.774 — SP (2004/0142161-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Waldir Gomes Magalhães

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Selma Baptista Barreto de Campos (presa)

EMENTA

Criminal. **HC**. Peculato. Apelação parcialmente provida. Expedição de mandado prisional antes do trânsito em julgado. Recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo. Art. 675 do CPP. Inaplicabilidade. Custódia do réu. Mero efeito da condenação. Ordem denegada.

I - Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não é hábil a impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado prisional contra o réu para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ e do STF

II - A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, hipótese não verificada **in casu**. Precedente da Suprema Corte.

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, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do

Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Selma Baptista Barreto de Campos, visando à transferência para estabelecimento prisional de regime semi-aberto ou aguardar o julgamento do recurso especial interposto pela defesa em liberdade.

A ementa do aresto possui o seguinte teor:

“Processo Penal — *Writ* impetrado para obter transferência de estabelecimento prisional ou garantir a liberdade da paciente até o julgamento do recurso especial — Súmula n. 267 do STJ — Aplicabilidade — Possibilidade de execução provisória do julgado em virtude de os recursos excepcionais (extraordinário e especial) não serem dotados de efeito suspensivo — Competência do juízo das execuções penais para apreciar, originariamente, pedido de transferência de estabelecimento prisional — Ordem denegada.

1. Em virtude de os recursos excepcionais não serem dotados de efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990), uma vez proferida — ou confirmada — decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, é imperativo que, desde aquele instante, o réu inicie o cumprimento da pena, ainda que em caráter provisório. Exceção é a possibilidade de os Tribunais Superiores, mediante provocação, outorgarem efeito suspensivo ao recurso, postergando o início da execução.

2. Ressalte-se que diversa é a situação do magistrado de primeiro grau que permite ao condenado apelar em liberdade, pois o próprio Código de Processo Penal, no art. 594, prevê tal possibilidade. Precedentes do STJ.

3. Efetuada a prisão, inicia-se a competência do Juízo das Execuções Penais, ao qual cabe apreciar a transferência para estabelecimento que comporte o regime determinado no **decisum** condenatório, conforme determina o art. 66, inciso VI, da LEP. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada.” (Fls. 134/135)

A paciente foi condenada à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto, pela prática do delito previsto no art. 312, § 1º, c.c. o art. 29, art. 30 e art. 71, todos do Código Penal, sendo-lhe permitido recorrer em liberdade.

Irresignados, apelaram a defesa e o Ministério Público, tendo o Tribunal **a quo** majorado a reprimenda para 07 anos e 06 meses de reclusão, pela prática do mesmo delito descrito na sentença condenatória, mantendo o regime prisional.

Posteriormente, foi decretada a prisão da paciente, tendo o mandato sido cumprido em 21.05.2004.

Irresignada, a defesa impetrou a ordem originária, a qual foi denegada, pois a prisão seria efeito da condenação, já teria terminado a fase ordinária e os recursos especial e extraordinário não possuiriam efeito suspensivo (fls. 127/133).

Daí a presente impetração, por meio da qual se aponta a ocorrência de constrangimento ilegal, decorrente da custódia da paciente antes do trânsito em julgado da condenação, o que configuraria ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Alega-se, ainda, a ausência dos requisitos para a prisão preventiva, bem como a existência de condições pessoais favoráveis à paciente.

A liminar foi indeferida à fl. 145.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 57).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Selma Baptista Barreto de Campos, visando à transferência para estabelecimento prisional de regime semi-aberto ou aguardar o julgamento do recurso especial interposto pela defesa em liberdade.

A paciente foi condenada à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto, pela prática do delito previsto no art. 312, § 1º, c.c. o art. 29, art. 30 e art. 71, todos do Código Penal.

Em razões, sustenta-se, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, em razão da insuficiência de fundamentos para a custódia do paciente antes do trânsito em julgado da condenação, pois pendente de julgamento recurso especial defensivo.

Não merece prosperar a irresignação.

A paciente foi condenada à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, sendo a decisão mantida pelo Tribunal **a quo**.

Posteriormente, foi decretada a prisão da paciente, tendo o mandato sido cumprido em 21.05.2004.

Considerando que o apelo defensivo restou parcialmente provido, por votação unânime, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o referido aresto foi impugnado por recurso especial.

Diante disso, o impetrante pretende a concessão da ordem a fim de que a paciente possa aguardar solta o trânsito em julgado da condenação.

Contudo, não vislumbro ilegalidade na imediata custódia do paciente.

É cediço que tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não é hábil a impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado prisional contra a ré para o início do cumprimento da pena.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do STF:

“Habeas corpus.

2. Paciente condenado em ambos os graus, a três anos de detenção, em regime aberto.

3. *Expedição de mandado de prisão determinada pela Corte a quo. É da jurisprudência do STF que não constitui constrangimento ilegal a determinação de expedição de mandado de prisão contra o réu condenado em segundo grau, pois os eventuais recursos interponíveis (especial ou extraordinário) não possuem efeito suspensivo.*

4. Regime aberto para o início do cumprimento da pena que deverá ser observado. Ao Juiz das Execuções Penais caberá, à evidência, adotar as providências para que o cumprimento da pena imposta, nesses termos, não se venha a fazer de forma mais gravosa ao réu.

5. Habeas corpus indeferido.”

(HC n. 74.832/SP, DJ de 22.09.2000, Relator Ministro Néri da Silveira)

No mesmo sentido, o precedente desta Corte:

“Criminal. HC. Entorpecentes. Acórdão que reformou sentença absolutória. Expedição de mandado prisional. Custódia do réu. Efeito da condenação. Embargos de declaração, recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo. Mero efeito da condenação. Improriedade do writ. Ordem denegada.

I - A prisão decorrente de mandado prisional expedido após a condenação proferida em 2ª grau, com a possibilidade de início de cumprimento da pena, constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando, entretanto, de qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

II - Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual sua eventual interposição não tem o condão

de impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado de prisão contra o réu para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ e do STF

III - Entendimento que se aplica aos embargos declaratórios.

IV - O **habeas corpus** não é a via adequada para se atribuir efeito suspensivo a recurso especial ou recurso extraordinário, pedido que normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e só é acolhido em casos excepcionalíssimos, o que é condicionado ao recebimento do recurso na origem.

V - Não obstante a impropriedade do meio, se os embargos declaratórios, bem como os apelos excepcionais, sequer foram interpostos e admitidos na origem, não há por que se impedir a execução do aresto impugnado.

VI - Ordem denegada.”

(HC n. 27.422/SP, DJ de 22.09.2003, de minha relatoria)

A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da condenação, aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC n. 69.039/PE, da relatoria do Ministro Carlos Velloso:

“Processual Penal. Penal. Réu condenado pelo júri. Apelação em liberdade. Condenação confirmada pelo Tribunal de Justiça em decisão unânime. Mandado de captura: expedição imediata.

I - A regra do art. 675, CPP, ao exigir o trânsito em julgado da sentença para o fim de ser expedido o mandado de captura, só tem cabimento no caso da existência de recurso com efeito suspensivo. Na hipótese, se fosse caso de embargos infringentes, o mandado de prisão não poderia ser expedido sem que transitasse o acórdão em julgado. Tendo sido unânime a decisão, nada impedia a expedição imediata do mandado de prisão, dado que os recursos cabíveis — especial e extraordinário — não têm efeito suspensivo.

II - HC indeferido.”

(HC n. 69.039/PE, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.04.1992)

Por outro lado, consta dos autos que o recurso especial interposto não foi admitido na origem (fls. 97/108), tendo a decisão sido impugnada através de agravo regimental a esta Corte (fls. 109/115).

Entretanto, cabe ressaltar que não prosperaram o agravo de instrumento e o conseqüente agravo regimental interpostos pela defesa, que visavam à subida do apelo extremo a esta Corte.

Assim, esgotada a instância ordinária, restam superados os fundamentos da impetração no tocante ao pleito de sustação da execução provisória, mais ainda quando evidenciada a impossibilidade de modificação do julgado, pois o apelo especial interposto não será apreciado em seu mérito, tendo em vista ter sido barrado no exame de sua admissibilidade.

Deste modo, a prisão ora atacada constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando, entretanto, de qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 538.232 — RS (2003/0092767-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogados: Siegfried Antônio Ghilardi Ritta e outros

Recorrido: Pedro Genuino Lazzaretti

Advogado: Ricardo Alexandre Sauer

EMENTA

Previdenciário. Tempo de serviço rural. Regime de economia familiar. Lei n. 8.213/1991. Contribuições. Dispensa. Período anterior. Abrangência. Início razoável de prova material. Documentos em nome dos pais. Validade.

1. A Lei n. 8.213/1991, ao conceder a isenção das contribuições previdenciárias, não fez qualquer referência ao conceito de segurado existente na legislação revogada, tampouco direcionou a dispensa aos antigos filiados ao Funrural. Sendo assim, é de se concluir que a intenção do legislador foi a de dispensar da indenização todos aqueles que se enquadravam na condição de segurado trabalhador rural conforme conceito inserto no próprio diploma legal nascente.

2. Segundo a vigente lei previdenciária, são segurados especiais os produtores rurais que “exerçam suas atividades em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 anos ou a ele equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.” (Art. 11, inciso VII)

3. A idade mínima de 14 (catorze) anos foi imposta em obediência à redação original do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Contudo, consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal, se as Cartas Magnas anteriores autorizavam o labor em idade inferior, não pode ser o trabalhador prejudicado.

4. Impossibilidade de antecipação do **dies a quo** da contagem do tempo de labor em observância à proibição de **reformatio in pejus**.

5. É sedimentado o entendimento das Turmas que integram a egrégia Terceira Seção no sentido de que “as atividades desenvolvidas em regime de economia familiar, podem ser comprovadas através de documentos em nome do pai de família, que conta com a colaboração efetiva da esposa e filhos no trabalho rural.” (REsp n. 386.538/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 07.04.2003)

6. Existência de documentos também em nome do Autor.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

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 recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do

permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado, **in verbis**:

“Previdenciário. Averbação de tempo de serviço rural. Desempenho de atividade urbana por um dos membros do grupo familiar. Não-ocorrência. Idade mínima. Sucumbência recíproca. AJG. Custas.

1. Constitui início de prova material para fins de averbação de tempo de serviço rural Certificado do Ministério do Exército, Certidão do Incra e diversas notas fiscais emitidas no período postulado.

2. O produtor rural também não perde a condição de segurado especial ainda que alguns membros do grupo exerçam atividade remunerada, ainda mais quando tal renda não dispensa a continuidade na exploração das lidas agrícolas pelos demais membros.

3. O trabalhador rural somente ostenta a condição de segurado especial a partir dos 14 anos.

4. Havendo sucumbência recíproca e litigando o autor com AJG, cada parte deve arcar com os honorários da outra. A exigibilidade quanto ao requerente deverá atender ao disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

5. Decaindo de parte do pedido na Justiça Estadual e havendo o rateio das custas judiciais, o INSS é responsável pela metade das custas a que foi condenado, ou seja, 1/4 do valor devido, nos termos da Súmula n. 2 do TARS.

6. Apelação do autor parcialmente provida.” (Fl. 92)

Sustenta o Recorrente violação ao art. 55, §§ 1ª, 2ª e 3ª, da Lei n. 8.213/1991, além de divergência jurisprudencial, argumentado que:

a) antes do advento da Lei n. 8.213/1991, apenas o chefe de família era considerado como segurado trabalhador rural, sendo que o referido diploma legal não garantiu filiação retroativa aos dependentes que laboraram em regime de economia familiar no período anterior à sua edição, razão pela qual o direito à contagem desse interregno, para fins previdenciários, está condicionado à indenização das respectivas contribuições;

b) os documentos existentes em nome de terceiros não podem ser considerados como início razoável de prova material.

Sem contra-razões, e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A Lei n. 8.213/1991, na redação original do art. 96, inciso V, dispôs que “o tempo de serviço do *segurado trabalhador rural*, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.”

Assevera o Recorrente que o aproveitamento do *tempo de serviço rural* sem o recolhimento das contribuições aproveita tão-somente aos *segurados* e que, sob a égide da legislação pretérita, em se tratando de regime de economia familiar, apenas o *arrimo de família* detinha essa qualidade. Nesse contexto, concluiu, os dependentes que com ele laboraram estariam sujeitos à indenização do período, para fim de obtenção de benefício previdenciário.

A tese sustentada pela autarquia, contudo, não deve prevalecer.

A Lei n. 8.213/1991, ao conceder a isenção das contribuições previdenciárias, não fez qualquer referência ao conceito de *segurado* existente na legislação revogada, tampouco direcionou a dispensa aos antigos filiados ao Funrural. Sendo assim, é de se concluir que a intenção do legislador foi a de dispensar da indenização todos aqueles que se enquadravam na condição de *segurado trabalhador rural* conforme conceito inserto no próprio diploma legal nascente.

Segundo a vigente lei previdenciária, são *segurados especiais* os produtores rurais que “exerçam suas atividades em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 anos ou a ele equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.” (Art. 11, inciso VII)

É de se ressaltar que a idade mínima de 14 (catorze) anos foi imposta em obediência à redação original do art. 7^o, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Contudo, consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal, se as Cartas Magnas anteriores autorizavam o labor em idade inferior, não pode ser o trabalhador prejudicado.

No caso, o Tribunal de origem concluiu pelo perfeito atendimento dos requisitos para caracterização do regime de economia familiar, fazendo jus a parte recorrida, portanto, ao aproveitamento do tempo de serviço para obtenção do benefício previdenciário.

Ressalte-se, apenas, que o acórdão recorrido equivocadamente fixou como termo **a quo** da contagem a idade de 14 (catorze) anos. Deixo, todavia, de modificá-lo nesse particular em observância à proibição de **reformatio in pejus**.

De outra parte, observa-se que é sedimentado o entendimento das Turmas que integram a egrégia Terceira Seção no sentido de que “as atividades desenvolvidas em regime de economia familiar, podem ser comprovadas através de documentos em nome do pai de família, que conta com a colaboração efetiva da esposa e filhos no trabalho rural.” (REsp n. 386.538/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 07.04.2003)

A propósito:

“Recurso especial. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Valoração de prova. Início de prova material. Existência.

1. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.’ (Artigo 55, parágrafo 3º, da Lei n. 8.213/1991).

2. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

3. Os documentos em nome do pai da recorrida, que exercia atividade rural em regime familiar, contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.

4. Recurso conhecido e improvido.” (REsp n. 439.647/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002)

No caso, a despeito do exposto, mister ressaltar a existência de documentos também em nome do Autor.

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

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 622.397 — MG (2003/0229185-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Wilson Roosevelt Gaia

Advogados: Eduardo Diamantino Bonfim e Silva e outros

Recorrente: Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM — Assistente

Advogados: José Humberto da Silva Ramos e outros

Recorridos: Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e outro

Representados por: Advocacia Geral da União

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Ausência de prequestionamento. Matéria constitucional. Exame em recurso especial. Impossibilidade. Servidor público. Portaria n. 174/1995, do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro. Reajuste de 28,86%. Ilegalidade verificada nas instâncias ordinárias. Segurança concedida. Extensão dos efeitos da sentença a terceiros. Impossibilidade. Acórdão que extrapola os limites objetivos da lide. Art. 128 do CPC. Recursos especiais parcialmente conhecidos e providos.

1. Compete ao recorrente provar o dissídio jurisprudencial alegado por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciada, em que tiver sido publicada a decisão divergente.

2. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, não cabe a análise de eventual contrariedade ao texto constitucional, mas uniformizar a interpretação em torno do direito federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Lei Fundamental.

3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional abordada pela parte recorrente. A exigência tem como desiderato impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem.

4. A tutela específica concedida no mandado de segurança beneficia tão-somente o impetrante. A análise de violação a direito líquido e certo é efetuada no caso concreto, individualmente. Terceiros não podem

ser atingidos pela segurança, como se fosse uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

5. O acórdão recorrido, ao determinar fosse compensado o reajuste de 28,86% com o decorrente do reposicionamento previsto na Lei n. 8.627/1993, extrapolou os limites objetivos da lide, contrariando a regra do art. 128 do CPC, porquanto o impetrante postulou tão-somente a cassação da Portaria n. 174/1995, do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que revogou o ato administrativo que determinara o reajuste e incorporação do mencionado percentual aos seus vencimentos.

6. Recursos especiais conhecidos em parte e parcialmente providos.

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, conhecer parcialmente dos recursos e, nessa parte, dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recursos especiais interpostos por Wilson Roosevelt Gaia e pela Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM, esta última na qualidade de assistente processual, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que deu provimento parcial às apelações da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e da União, para limitar os efeitos da segurança concedida tão-somente ao impetrante e determinar a compensação do reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) com os decorrentes do reposicionamento de que tratam os arts. 1º e 3º da Lei n. 8.627/1993, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (fls. 458/462).

A Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM, após a prolação do acórdão, protocolizou pedido de assistência proces-

sual litisconsorcial (fls. 466/472) e opôs embargos de declaração, sob alegação de negativa de vigência ao disposto nos arts. 2º, 127, 128, 458, II, 459, 1ª parte, 460, 1ª parte, 472, 1ª parte, do Código de Processo Civil, e de contrariedade a dispositivos constitucionais.

Wilson Roosevelt Gaia também opôs embargos de declaração. Defendeu, em síntese, que o mandado de segurança teve por objeto a cassação da Portaria n. 174/1995, e não-discussão a respeito da extensão do aumento de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) aos servidores civis. Alegou, ainda, que, quanto à compensação, houve “desvio do julgado”.

O Tribunal **a quo** deferiu o pedido de assistência e rejeitou os embargos de declaração. Assentou que a matéria em debate não restou adstrita à questão da nulidade da Portaria n. 174/1995 e concluiu: “discutiu-se a razão da Portaria, o seu mérito. Todos que participaram da relação processual discutiram essa questão” (fls. 622).

O ora recorrente Wilson Rossevelt Gaia opôs novos embargos de declaração, sob alegação de omissão, os quais restaram rejeitados pelo órgão julgador (fls. 677/680).

Sustenta a AMFMTM, no presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, negativa de vigência aos seguintes dispositivos: arts. 2º, 127, 128, 458, inciso II, 459, 460, 472, do Código de Processo Civil e art. 5º, incisos XXXV, XXXVI, XIV e IX, da Constituição Federal. Alega que o acórdão recorrido foi omissivo em relação a vários pontos atacados nos autos e apreciados na sentença de primeiro grau.

Defende que a alegada negativa de vigência reside no fato de que não foi pleiteado, pelo assistido, o reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento). Discutiu-se tão-somente a legalidade da Portaria n. 174/1995, da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que revogou “a EM n. 01/93-DRH, pela qual foi incorporado à sua remuneração o percentual de 28,86%, relativo ao aumento concedido aos militares através das Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993”.

Segue afirmando que o órgão julgador proferiu julgamento **extra petita**, ao conceder ao impetrante o reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), que não fora objeto do seu pedido original. Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso especial para que seja mantida “a decisão de primeiro grau na sua íntegra” (fls. 651/660).

Wilson Roosevelt Gaia interpõe recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional. Aduz que houve violação aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil e à Lei n. 1.533/1951. Sustenta que o acórdão recorrido extrapolou os limites

da lide, porquanto não objetivou “qualquer declaração acerca da legalidade ou da revisão remuneratória e, muito menos, o Judiciário foi demandado quanto à possibilidade de compensação com outros aumentos”. Esclarece que buscou apenas a “declaração da ilegalidade do ato administrativo — a Portaria n. 174/1995 —, por força da verificação de vícios formais de constituição — a ausência de motivação — e o conseqüente impedimento do direito de defesa”. Ao final, requer seja declarado nulo o acórdão recorrido e restabelecida a sentença (fls. 686/698).

A parte recorrida apresentou contra-razões a ambos os recursos especiais, que foram admitidos no Tribunal de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): *Do recurso especial da Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro (AMFMTM)* — No tocante à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a recorrente não observou os requisitos legais e regimentais exigidos para sua demonstração.

Cabe ao recorrente provar o dissenso jurisprudencial por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, a parte recorrente transcreveu excertos dos acórdãos apontados como paradigmas, buscando proceder ao cotejo analítico com o acórdão recorrido. No entanto, esse procedimento não basta. A teor dos dispositivos acima transcritos, é necessária a prova da divergência, que se faz por meio de certidão ou cópia integral do julgado tido como paradigma (REsp n. 105.454/MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 05.10.1998 e REsp n. 225.651/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 15.04.2002).

Desse modo, não conheço do recurso especial pela divergência jurisprudencial.

Quanto à suscitada negativa de vigência a dispositivos constitucionais, vale destacar que não compete ao Superior Tribunal de Justiça a análise de eventual contrariedade ao texto constitucional em recurso especial, mas tão-somente uniformizar a interpretação em torno do direito federal, nos termos do art. 105 da Lei Fundamental. Assim sendo, não conheço da suposta violação dos arts. 5º, **caput**, e incisos XXXV, XXXVI, LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

O órgão julgador, em sede de embargos de declaração, não se recusou a apreciar a matéria posta em debate. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: REsp n. 325.992/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 1^a.12.2003. Assim, não verifico a alegada contrariedade ao disposto no art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil.

Verifico que, à exceção das matérias tratadas nos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil, todas as demais não foram apreciadas no acórdão recorrido, pelo que se ressentem do indispensável prequestionamento, atraindo o óbice das Súmulas ns. 282 e 356/STF.

A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional abordada pela parte recorrente. A exigência tem como desiderato impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 570.461/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 14.06.2004.

Assim, conheço do recurso especial pela letra **a** do permissivo constitucional tão-somente quanto à alegada contrariedade ao disposto nos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil. Esclareço que essa matéria será apreciada a seguir, em conjunto com a análise do recurso especial interposto por Wilson Roosevelt Gaia.

Do recurso especial de Wilson Roosevelt Gaia — Cabe ressaltar, desde logo, que o recorrente se limitou a sustentar contrariedade à Lei n. 1.533/1951. No entanto, este Superior Tribunal de Justiça tem iterativamente ressaltado a impossibilidade de se conhecer do recurso especial quando a alegação de ofensa à legislação infraconstitucional se mostrar genérica. Impõe-se que a parte recorrente aponte o dispositivo que teria sido violado e demonstre em que reside essa violação. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

Recurso especial. Mudança de regime. Celetista para estatutário. Multa 40% do saldo do FGTS. Fundamento deficiente. Súmula n. 284.

Impossibilidade de se conhecer do recurso, em face da deficiência na sua fundamentação, se a parte aponta violação genérica de lei, sem indicar os dispositivos que entende violados. (Súmula n. 284/STF).

Recurso não conhecido. (REsp n. 544.496/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 17.11.2003)

Vale ressaltar que a matéria de que trata o art. 460 do Código de Processo Civil, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não foi abordada no

acórdão impugnado, que se limitou a discorrer a respeito da alegação de que houve decisão sobre questões não suscitadas, pelo que se ressentiu do indispensável prequestionamento.

Desse modo, não conheço da alegada contrariedade à Lei n. 1.533/1951 e ao art. 460 do Código de Processo Civil.

Da contrariedade à lei federal — Passo a proceder à análise da contrariedade aos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil, destacando que o primeiro dispositivo foi abordado por ambos os recorrentes e o segundo apenas pela Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM.

Ao compulсар os autos, constato que Wilson Roosevelt Gaia impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que, por meio da Portaria n. 174, de 1^o.08.1995, revogou rubricas de remuneração de vários servidores correspondentes à parcela de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), incorporadas aos vencimentos por força de anterior ato administrativo, qual seja, a EM n. 01/1993.

Requeru liminar e a segurança para “o efeito de cassar a decisão administrativa ilegal, arbitrária e abusiva do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — Uberaba — MG, determinando que a Portaria n. 174 seja totalmente inaplicável à questão” (grifos do original — cf. fls. 19/20).

O juiz sentenciante, ao fundamento de que houvera violação a direito líquido e certo do impetrante, concedeu a segurança em definitivo “a fim de tornar sem efeito a Portaria n. 174, de 1^o.08.1995, de lavra do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro” (fl. 203).

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1^a Região, ao apreciar a apelação interposta pela Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e a remessa oficial, resolveu dar-lhes parcial provimento para limitar os efeitos da sentença tão-somente ao impetrante e para determinar a compensação do percentual de reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) com o reposicionamento funcional concedido pelos arts. 1^o e 3^o da Lei n. 8.627/1993, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (fls. 458/462).

Após a prolação do mencionado acórdão, a Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM protocolizou pedido de assistência processual litisconsorcial (fls. 466/472) e opôs embargos de declaração, recurso este que também foi manifestado por Wilson Roosevelt Gaia. Alegaram, em síntese, que o acórdão embargado extrapolara os limites da lide ao determinar a compensação do reajuste e ao limitar os efeitos da segurança tão-somente ao impetrante.

O órgão julgador, muito embora tenha rejeitado os embargos de declaração, enfrentou o tema abordado, ao assentar que “a matéria em debate não ficou restrita à questão da nulidade da Portaria n. 174, de 1ª de agosto de 1995, da lavra do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — FMTM. Discutiu-se a razão da Portaria, o seu mérito. Todos que participaram da relação processual discutiram essa questão” (fl. 622).

Assim, entendo que as matérias tratadas nos arts. 128 e 472 do Código de Processo Civil foram devidamente prequestionadas no acórdão recorrido.

Compete a este Superior Tribunal de Justiça, por conseguinte, apreciar se houve violação dos referidos dispositivos da norma processual por parte do acórdão impugnado, ao limitar os efeitos da segurança tão-somente ao impetrante e determinar a compensação.

O mandado de segurança é ação constitucional de rito especial, que tem por finalidade, desde sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, ocorrido com o advento da Constituição de 1934 (art. 113, n. 33), a proteção de direito líquido e certo violado, ou ameaçado de violação, por ato ilegal ou abusivo cometido por autoridade. Visa à defesa da pessoa em face de possível arbitrariedade cometida pelo Poder Público.

Ainda que seja impetrado o mandado de segurança coletivo, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, ele terá sempre como interesse a ser protegido aquele individual de seus membros ou associados, nos termos do art. 5ª, inciso LXX, letra b, da Constituição Federal. A ação é coletiva. O interesse a ser tutelado é individual.

Essa ressalva mostra-se relevante porque a Associação dos Médicos da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro — AMFMTM, ora recorrente, pretende conferir ao mandado de segurança uma finalidade que ele não tem, qual seja, a de extensão dos efeitos da tutela concedida.

A análise de violação a direito líquido e certo é efetuada no caso concreto, individualmente, ainda que se tratasse de mandado de segurança coletivo. Isso porque, nessa hipótese, o direito violado é dos membros e associados. O juiz, ao proferir a sentença, concede ou denega a segurança. Será concedida se for constatada a violação, ou ameaça de violação, a direito líquido e certo do impetrante, e não de terceiros.

Nesse cenário, não pode pretender que a segurança concedida ao impetrante se estenda aos demais que, em tese, encontram-se em situação jurídica semelhante. Na lição de **José Antônio Remédio** (“Mandado de segurança individual e coletivo”, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 403): “A sentença, em mandado de segurança,

não possui caráter normativo, extensivo a casos futuros, eventuais e indeterminados, mas resolve apenas o caso concreto, posição essa sufragada tanto pela doutrina como pela jurisprudência”.

A prestação jurisdicional, no remédio constitucional em análise, consiste na obtenção do que é postulado. Uma tutela específica concedida ao impetrante que, em regra, consiste numa obrigação de fazer ou não fazer, conforme ensina **Montavanni Colares Cavalcante** (“Mandado de segurança”, São Paulo, Dialética, 2002, p. 209).

Outro não é o ensinamento de **Celso Agrícola Barbi** (“Do mandado de segurança”, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 221/222), que, de forma brilhante, leciona:

Limites do efeito da sentença — Não é demais, todavia, insistir em que o elemento fundamental para determinação dos efeitos da sentença sobre o ato administrativo é o pedido do impetrante, o qual fixa também desses efeitos. Assim, se se tratar de ato geral ou ato especial por natureza, mas que afete a mais de uma pessoa, e o mandado for requerido apenas por um dos interessados, a sentença deverá limitar-se ao reconhecimento do direito do autor, deixando íntegro o ato em relação aos que não foram partes na demanda.

Essa posição do ilustre doutrinador mostra-se em perfeita harmonia com o disposto no art. 472, primeira parte, do Código de Processo Civil, que dispõe: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Vale ressaltar que esta norma cogente não se modifica em se tratando de mandado de segurança. Pelo contrário, é plenamente aplicável. Destarte, terceiros não podem ser atingidos pela segurança concedida ao impetrante, como se tratasse de uma espécie de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse cenário, correto se mostra o acórdão recorrido, na interpretação do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, ao limitar os efeitos da segurança tão-somente ao impetrante.

No entanto, o órgão julgador — ao determinar a compensação do reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) com os decorrentes do reposicionamento de que tratam os arts. 1º e 3º da Lei n. 8.627/1993 — deixou de aplicar o disposto no art. 128 do Código de Processo Civil, de acordo com a melhor interpretação que lhe deve ser conferida.

Com efeito, conforme acima relatado, Wilson Roosevelt Gaia impetrou mandado de segurança visando impugnar tão-somente a Portaria n. 174/1995, do Diretor da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro, que revogou a EM n. 01/1993,

que, por sua vez, determinara a incorporação do reajuste de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) aos servidores que menciona. Não discutiui propriamente o reajuste, mas a legalidade do ato administrativo.

Assim, não poderia o órgão julgador, em sede de reexame necessário, determinar a compensação do reajuste de acordo com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Ao agir dessa forma, extrapolou os limites objetivos da lide e, por conseguinte, contrariou o disposto no art. 128 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço parcialmente dos recursos especiais tão-somente pela letra **a** do permissivo constitucional e, nessa parte, dou-lhes parcial provimento para restabelecer a sentença de fls. 185/203, que terá seus efeitos limitados, tão-somente, ao impetrante.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 673.249 — RS (2004/0080860-9)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Alexsander Araújo Farias (Preso)

Advogada: Nara Helena Oliveira Giannakos

EMENTA

Criminal. REsp. Roubo qualificado. Violação à Lei Federal. Dissídio jurisprudencial. Dosimetria. Duas qualificadoras. Majoração da pena em 1/3. Aumento. Fundamentação. Necessidade. Atenuantes da menoridade. Fixação da reprimenda intermediária abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula n. 231/STJ. Recurso parcialmente provido.

I - Admite-se a majoração da pena em 1/3 em decorrência de duas qualificadoras no crime de roubo, devendo aumento ser precedido de fundamentação, em observância ao art. 68 do Código Penal, não bastando a simples alusão à quantidade de causas. Precedentes do STJ e do STF.

II - Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula n. 231/STJ.

III - Deve ser parcialmente reformado o acórdão recorrido, na parte em que manteve a sentença condenatória, quanto ao ponto em que reduziu a pena imposta ao réu aquém do mínimo legal, determinando-se a reformulação da dosimetria da reprimenda corporal, mantidos os demais termos da condenação.

IV - Recurso especial conhecido e parcialmente 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, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ de 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento ao apelo interposto pela acusação, admitindo a redução da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal e o aumento apenas em 1/3 da reprimenda, apesar da incidência de duas qualificadoras.

O acórdão recorrido restou assim ementado.

“Roubo duplamente qualificado. Prova. Condenação. Manutenção. Circunstâncias judiciais favoráveis. Pena-base. Mínimo legal. Atenuante. Redução. Possibilidade. Duas qualificadoras. Aumento de apenas um terço.

Comprovadas a materialidade e a autoria do delito, impõe-se a condenação, mormente se não logrou o acusado comprovar o alibi sustentado.

Inexistindo circunstância judicial desfavorável ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo.

Possível a redução da sanção carcerária em patamar aquém do mínimo legal, à vista de atenuante.

Consoante posição da Câmara, não deve ultrapassar a fração de 1/3 a majoração estabelecida pelo reconhecimento de duas qualificadoras nos delitos de roubo.

Apelo ministerial improvido, à unanimidade.” (Fl. 229)

Em razões, o recorrente alega negativa de vigência ao art. 68 do Código Penal e a existência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outras desta Corte, no sentido de que a incidência de duas qualificadoras deveria resultar num aumento superior ao mínimo legal, além de dissídio jurisprudencial quanto à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, ainda que em decorrência de circunstâncias atenuantes.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 259).

Admitido o recurso (fls. 261/267), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu parcial conhecimento e provimento (fls. 269/274).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual.

Consta dos autos que Alexander Araújo Farias foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 04 anos, 04 meses de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, além do pagamento de 10 dias-multa (fls. 183/190).

Fixada a pena-base em 04 anos de reclusão, o Juiz sentenciante, reconhecendo a atenuante da menoridade, reduziu-a em 09 meses, aumentando-a em 1/3, na última fase, em decorrência das qualificadoras.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação insurgindo-se contra a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, abaixo do mínimo legal e contra o aumento mínimo pela incidência das duas qualificadoras.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, negou provimento ao apelo (fls. 229/237).

Em razões, o recorrente alega negativa de vigência ao art. 68 do Código Penal e a existência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e outras

desta Corte, no sentido de que a incidência de duas qualificadoras deveria resultar num aumento superior ao mínimo legal, além de dissídio jurisprudencial quanto à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, ainda que em decorrência de circunstâncias atenuantes.

O recurso foi admitido às fls. 261/267.

Conheço do recurso, porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade, merecendo prosperar, em parte, a irrisignação.

Inicialmente, no que se refere à exasperação da pena imposta ao recorrido pela incidência das circunstâncias agravantes, o apelo extremo há de ser desprovido.

Com efeito, o Tribunal **a quo**, acolhendo o entendimento do Magistrado sentenciante, entendeu que a simples existência de duas qualificadoras não teria o condão de elevar a reprimenda acima de 1/3.

Correta a posição da Corte Estadual, pois, conforme entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça, a majoração da pena em decorrência da caracterização de qualificadoras do crime de roubo deve ser precedida de fundamentação, em observância ao art. 68 do Código Penal, não bastando a simples alusão à quantidade de causas de aumento, como pretendido pelo recorrente, não se extraindo, do édito condenatório, razão hábil à majoração pretendida.

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte e também do STF:

“Habeas corpus. Roubo qualificado. Fixação da pena com o aumento de 3/8 em razão do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes. Fundamentação insuficiente quanto à necessidade de sua imposição. Constrangimento ilegal configurado. Regime inicial fechado. Imposição. Ilegalidade. Circunstâncias judiciais favoráveis e ausência de fundamentação.

1. *A presença de duas qualificadoras no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie. Precedentes desta Corte e do STF.*

2. 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, em face da consideração, no momento da fixação da pena-base imposta ao réu, das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

3. Ordem concedida para que o acréscimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal, seja estabelecido em 1/3 da pena-base, à minguia de fundamen-

tação com base em dados concretos para elevá-lo acima deste mínimo legal, bem como para garantir ao Paciente o direito de iniciar o cumprimento da pena no regime prisional semi-aberto.

(HC n. 34.577/SP, DJ de 19.08.2004, Relatora Ministra Laurita Vaz)

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis a um dos pacientes. Regime prisional. Aumento da pena acima do mínimo legal em virtude de duas majorantes específicas. Fundamentação.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c.c. o art. 59 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 paciente Luiz Cláudio Duarte cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semi-aberto. (Precedentes).

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 (Precedentes).

III - *Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso.* (Precedentes).

Writ concedido.”

(HC n. 30.370/RJ, DJ de 19.12.2003, Relator Ministro Felix Fischer)

“**Habeas corpus**. Roubo com emprego de arma e concurso de pessoas. Dosimetria. Pena-base no mínimo. Exasperação de causas de aumento de pena. Falta de fundamentação. Regime fechado. Gravidade abstrata do crime. Ordem concedida.

1. *Ao estabelecer o aumento de pena no roubo, deve o juiz considerar, não, a gravidade abstrata do delito, como sói acontecer quando se faz caso apenas quantitativamente das causas especiais, mas, sim, a sua gravidade concreta para, desse modo, fixar o **quantum** de pena, na extensão do aumento, que vai de um mínimo a um máximo (Código Penal, artigo 157, parágrafo 2º).*

2. *A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de*

*pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, **ad exemplum**, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o **quantum** de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie.*

3. *Tais espécies de aumento de pena são próprias da última fase do cálculo da pena, à luz do disposto no artigo 68, **caput**, do Código Penal, nada impedindo, como o exige a espécie, a despeito de serem duas as causas de aumento, que se o estabeleça no seu limite mínimo, à falta de razão autorizante do seu desrespeito.*

4. *Preceituando o Código Penal, 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, requisitando a imposição de regime mais rigoroso, necessariamente, fundamentação específica.*

5. *Fazendo-se manifesto que a recusa do regime inicial semi-aberto ao condenado decorre da pura e simples consideração da natureza abstrata do crime, é de se o deferir como inicial de cumprimento da pena prisional.*

6. *Ordem concedida.”*

(HC n. 24.589/RJ, DJ de 17.03.2003, Relator Ministro Hamilton Carvalhido).

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado (art. 157, parágrafo 2º, I e II, do CP). Aumento da pena no limite máximo previsto em face da existência de duas circunstâncias qualificadoras do crime. Fundamentação deficiente.

1. *O aumento da pena em face de circunstância qualificadora do crime, ou agravante específica, quando aplicado acima do mínimo legal, deve ser fundamentado.*

2. *A simples constatação da existência de duas qualificadoras não é bastante para fundamentar o agravamento da pena no limite máximo previsto; cada uma das três fases da aplicação da pena (art. 68 do CP) deve ter fundamentação tópica e suficiente.*

3. **Habeas corpus** conhecido e indeferido quanto ao pedido de redução da agravante para o mínimo de 1/3 e deferido quanto ao pedido formulado em ordem sucessiva, para determinar que o Tribunal **a quo** prossiga no

juízo de julgamento da apelação e complementa a fundamentação do aumento da pena aplicado no máximo previsto no parágrafo 2º do art. 157 do CP”

(HC n. 71.741/RJ, DJ de 26.05.1995, Relator Ministro Maurício Corrêa)

Por outro lado, no que concerne à redução da pena, na segunda fase da dosimetria, abaixo do mínimo legal, assiste razão ao recorrente.

Verifica-se que o Tribunal **a quo**, valendo-se de interpretação anterior, firmou entendimento no sentido de que a consideração de circunstâncias atenuantes pode promover a redução da reprimenda para abaixo do mínimo legalmente previsto.

Entretanto, o entendimento deste Tribunal e da Suprema Corte está consolidado no sentido de que a incidência das referidas circunstâncias, inclusive a da menoridade, não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, nem mesmo de forma provisória.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus.

2. Alegação de menoridade de vinte e um anos do paciente não considerada na fixação da pena.

3. Pena estabelecida no mínimo legal.

4. Irrelevante o fato de não ter sido referida a atenuante da menoridade, porque, não caberia fixar, a esse fundamento, a pena abaixo do mínimo legal.

5. Precedentes do STF.

6. **Habeas corpus** indeferido.”

(HC n. 73.838/SP, DJ de 28.05.1996, Relator Ministro Néri da Silveira)

No âmbito desta Corte, os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Penal. Dosimetria da pena. Fixação no mínimo legal. Atenuante. Impossibilidade. Súmula n. 231 do STJ. Reincidência. Não-configuração de **bis in idem**.

*Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena **in concreto** a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, **a contrario sensu**, que as agravantes (“que sempre agravam a pena”) possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo.*

Aplicação da Súmula n. 231/STJ: ‘A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.’

Não há falar-se em **bis in idem** se, em obediência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, foi mantida a pena sob o fundamento de ser o réu reincidente.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 551.775/RS, DJ de 28.06.2004, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca).

“Penal. REsp. Furto qualificado. Admissibilidade do recurso especial. Fundamentos e partes autônomas. Pena aquém do mínimo. Furto qualificado-privilegiado. Prescrição superveniente.

I - Aplica-se ao recurso especial as Súmulas ns. 292 e 528 do Pretório excelso.

*II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada aquém do mínimo legal com supedâneo em atenuantes, criando daí, **contra legem**, um sistema de total indeterminação (v. Súmula n. 231/STJ).*

III - Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor de ação na figura típica do furto qualificado. (Precedentes das duas Turmas da Terceira Seção — STJ, e do Pretório excelso). O valor da **res furtiva** deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno ou nenhum prejuízo dali resultante.

IV - É de se reconhecer a prescrição superveniente se o reclamo da acusação, acolhido, não altera o prazo prescricional.

Recurso provido, extinta a punibilidade.”

(REsp n. 509.581/RS, DJ de 28.06.2004, Relator Ministro Felix Fischer)

Ademais, a matéria já se encontra sumulada neste Tribunal, conforme o Enunciado n. 231, deste teor:

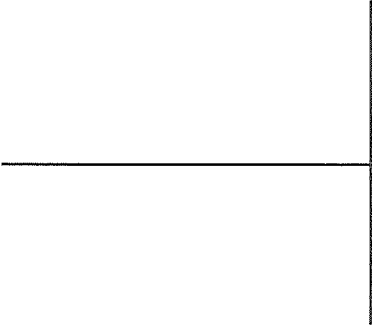
“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Portanto, o entendimento esposado no acórdão impugnado, acolhendo os termos da sentença condenatória, está em desacordo com o desta Corte.

Destarte, deve ser parcialmente reformado o acórdão recorrido, na parte em que manteve a sentença condenatória, quanto ao ponto em que reduziu a pena imposta ao réu aquém do mínimo legal, determinando-se a reformulação da dosimetria da reprimenda corporal, mantidos os demais termos da condenação.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR
N. 8.982 — CE (2004/0136803-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: José Sérgio Teixeira Benevides

Advogados: Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outros

Agravado: Heitor Correia Férrer

Advogado: José Júlio da Ponte Neto

Agravados: Luizianne de Oliveira Lins, Ivo Ferreira Gomes, Artur José Vieira Bruno, Francisco Lopes da Silva, Maria Íris Tavares Farias e José Nelson Martins de Souza

EMENTA

Agravo regimental em medida cautelar. Pretensão de revogar liminar concedida. Exaurimento dos efeitos da liminar. Agravo regimental prejudicado.

1. O requerente da cautelar pleiteou medida liminar para aditar efeito suspensivo a recurso especial e para suspender a sessão de cassação designada para o dia 28 de setembro de 2004, até o julgamento definitivo do recurso ou enquanto perdurar o período eleitoral.

2. A liminar foi deferida e referendada tão-somente para determinar a não realização da sessão de cassação do dia 28 de setembro de 2004, não tendo sido acolhido o pedido na extensão pleiteada pelo requerente da cautelar.

3. Diante disso, verifica-se que o presente agravo regimental resta prejudicado, pois a liminar que pretende revogar, nos termos em que concedida, já exauriu seus efeitos com a ultrapassagem da data referida, não estando impedida, ademais, a designação de nova sessão, desde logo.

4. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamil-

ton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental interposto por Heitor Correia Férrer e outros em face de decisão que referendou o deferimento parcial de liminar em medida cautelar.

Alegam os agravantes, em suma, a) a inépcia da petição inicial da medida cautelar, uma vez que esta não indica a lide e seu fundamento, nos termos do artigo 801, III, do Código de Processo Civil, e b) a ausência dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. De início, impende salientar que o presente agravo regimental está prejudicado.

Exsurge dos autos que o Deputado Estadual José Sérgio Teixeira Benevides requereu medida cautelar, com pedido de liminar, para a) atribuir efeito suspensivo a recurso especial e b) suspender sessão de cassação na Assembléia Legislativa do Estado do Ceará designada para o dia 28.09.2004, “até o julgamento definitivo do recurso ou, alternativamente, enquanto perdurar o período eleitoral” (fl. 13).

O ilustre Ministro Nilson Naves houve por bem deferir o pedido de liminar somente para “suspender a realização da sessão designada para amanhã, dia 28” (fl. 94).

Os autos vieram conclusos a este subscritor, ocasião em que a decisão que deferiu a liminar foi referendada “nos seus estritos limites” (fl. 99), isto é, com vista à “não-realização da sessão anteriormente designada” (idem). Registre-se, por oportuno, que a liminar não foi deferida no que concerne à adição de efeito suspensivo ao recurso especial, nem para impedir a realização de nova sessão, limitando-se apenas a obstar a realização da sessão do dia 28 de setembro de 2004.

Logo, o presente agravo regimental está prejudicado, quando pretende a revogação de liminar, cujos efeitos já se exauriram com a ultrapassagem da data referi-

da, nada impedindo a designação de nova sessão desde logo, uma vez que a liminar não foi concedida na extensão pleiteada pelo requerente da cautelar.

2. Diante do exposto, com fundamento no artigo 34, XI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, julgo prejudicado o agravo regimental, ante o exaurimento dos efeitos da liminar que se visa revogar.

HABEAS CORPUS N. 30.967 — MG (2003/0180018-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Antônio Carlos da Silva

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Marcos Ventura de Barros (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Calúnia e difamação. Confissão espontânea. Ordem não conhecida.

1. Não sendo possível extrair dos autos elementos que permitam verificar a incidência, na hipótese, da atenuante da confissão espontânea, não deve o *writ* ser conhecido, recomendando as peculiaridades do caso que a referida postulação se faça em revisão criminal, com melhores elementos de avaliação do alegado direito.

2. **Habeas corpus** não conhecido.

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, não conhecer do **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marcos Ventura de Barros contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais que, dando parcial provimento a recurso de apelação manejado pela defesa, condenou o paciente à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de detenção, no regime inicial semi-aberto, pela prática dos delitos descritos nos artigos 138 e 139, combinados com o artigo 141, inciso II, todos do Código Penal.

Afirma o impetrante que “na reestruturação das penas não foi aplicado o sistema trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal Brasileiro, desconsiderada a atenuante obrigatória da confissão espontânea, inquinando de vício insanável não só a decisão da autoridade coatora, externada no aresto em anexo, como também a própria sentença”.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, o impetrante requer, novamente, às fls. 104/105, concessão de liminar para que o paciente seja colocado em liberdade.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem ou por sua concessão parcial, para que se proceda a nova fixação de pena, mantendo-se, contudo, a condenação do paciente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O *writ* não deve ser conhecido.

Consta do processado que o paciente foi condenado, no Juízo de primeiro grau, à pena de 2 anos e 8 meses de detenção, no regime semi-aberto, pela prática dos delitos de calúnia, difamação e injúria contra funcionário público em razão de suas funções, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso de apelação da defesa para absolvê-lo do crime de injúria e, reconhecendo o concurso formal dos demais delitos, estabelecer a reprimenda em 1 ano, 11 meses e 10 dias de detenção.

Alega-se, na impetração, que o acórdão deixou de levar em consideração na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea.

Na verdade, não pode esta Corte examinar o pedido, já que não é possível extrair dos autos elementos que permitam verificar ser o caso de aplicação da referida atenuante.

Com efeito, as peculiaridades da hipótese estão a recomendar que a postulação se faça em revisão criminal, com melhores elementos de avaliação do alegado direito.

Diante do exposto, não conheço do **habeas corpus**, considerando prejudicado o pedido de fls. 104/105.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 37.479 — SP (2004/0110695-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Renato de Luiz Júnior e outro

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Felício Sadalla

EMENTA

Suspensão condicional do processo (pretensão). Lei nova (não-alteração). Apropriação indébita previdenciária (forma continuada).

1. Já é de pacífica jurisprudência que a Lei n. 10.259/2001 alterou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

2. Nem por isso, entretanto, a lei nova provocou alteração no instituto da suspensão do processo, cuja aplicação acha-se limitada aos casos de pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano.

3. Dispondo especificamente sobre juizados especiais, a lei nova não poderia, como não pôde e não pode, alterar norma de caráter geral, de aplicação a todo ordenamento penal.

4. “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano” (Súmula n. 243).

5. 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 e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A denunciado pelo tipo legal do art. 168-A do Código Penal (“reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”) foi negado o pedido da suspensão condicional do processo, conforme estes excertos da decisão do Juiz Federal Casem Mazloum:

“A suspensão condicional do processo, prevista na Lei n. 9.099/1995 (art. 89), é um instituto de despenalização, cuja finalidade é, além de outras, evitar que o acusado seja submetido a todo o procedimento e conseqüências da ação penal, bem como desburocratizar e descongestionar a justiça criminal, na medida em que inúmeros atos, onerosos para as partes e para a própria Administração, deixarão de ser realizados. Contudo, embora esteja prevista e inserida na Lei n. 9.099/1995, seu conceito, processamento e aplicação não se confundem com o dos Juizados Especiais, em que são previstos e classificados os crimes de menor potencial ofensivo. A natureza jurídica de ambos é diversa e não há como admitir-se que o legislador, ao prever a pena mínima que possibilitaria a concessão de **sursis** processual, teria se baseado no conceito que conferiu aos crimes de menor potencial lesivo.

O acórdão mencionado pela defesa (fl. 243), pelo que consta da consulta realizada nesta data, no *site* do C. STJ, www.stj.gov.br, restou modificado após julgamento de embargos opostos, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

‘Penal. Processual penal. Embargos de declaração. Recurso ordinário. Infração de menor potencial lesivo. **Sursis** processual penal. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 9.099/1995. Efeitos infringentes.

I - A Lei n. 10.259/2001, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

II - Entretanto, tal alteração não afetou o patamar para o **sursis** processual (Aplicação da Súmula n. 243/STJ). Contradição reconhecida

com efeito infringente. Embargos acolhidos, ensejando o desprovimento do recurso ordinário. (EDcl no RHC n. 12.033, Relator Ministro Felix Fischer, j. em 03.12.2002, DJ de 10.03.2003, p. 243, **v.u.**).

Em recente julgado verifica-se que esse mesmo entendimento vem sendo adotado pela Quinta Turma do colendo STJ: ...

(...)

Conforme se vê, apesar de pacífica a jurisprudência do colendo STJ no sentido de que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001, de fato derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/1995, o mesmo não se aplica ao instituto da suspensão condicional do processo, que permanece inalterado.

Diante do exposto, indefiro o pedido e determino o prosseguimento do feito.”

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região denegou ordem de **habeas corpus** ao denunciado nos termos da seguinte ementa:

“O benefício da suspensão condicional do processo não pode ser concedido a acusado de infringir o disposto no art. 168-A do Código Penal, que prevê pena mínima de dois anos de reclusão, superior ao limite previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

2. A Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, em nada alterou a regra do art. 89 da Lei n. 9.099/1995; o benefício da suspensão condicional da pena continua viável somente quando a pena mínima cominada para o delito for igual ou inferior a um ano de privação da liberdade.”

Na petição encaminhada ao Superior Tribunal, em substituição ao recurso ordinário, alega o impetrante, resumidamente, que:

“... considerando que a suspensão condicional do processo é um direito público subjetivo, desde que presentes os requisitos para a sua concessão, não pode ser retirado do Paciente o direito de se valer de tal benefício, ao contrário do entendimento da egrégia Turma Julgadora.

(...)

... a simples existência de outros processos-crime (aliás, da mesma natureza do caso presente), não pode ser empecilho à concessão do benefício...

(...)

E mais, o acréscimo resultante da suposta continuidade delitiva não pode ser computado para fins da concessão do benefício da suspensão condicional do processo...

(...)

Nesse passo, e conforme reconhecido pelo v. acórdão alvejado, tal dispositivo legal revogou a definição de crimes de menor potencial ofensivo descrito no artigo 61 da Lei n. 9.099/1995, ampliando o prazo da pena para 2 (dois) anos.

E em relação ao disposto no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, que prevê a possibilidade de suspensão condicional do processo, é certo que o legislador tomou por base o conceito de crime de menor potencial ofensivo.

Isso porque a previsão de que os crimes apenados com pena igual ou inferior a um ano podem ser sujeitos ao benefício da suspensão condicional do processo, tal como dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, tomou por base justamente a definição objetiva de crimes de menor potencial ofensivo, analisado sob o ponto de vista do artigo 61 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, inclusive, já se pronunciou a jurisprudência do próprio egrégio Superior Tribunal de Justiça:

‘A suspensão condicional do processo prevista na Lei n. 9.099/1995 se circunscreve no princípio da discricionariedade regulada, na vontade consciente do acusado e seu defensor, e da desnecessidade da aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, tendo em vista o menor potencial ofensivo da infração’ (STJ — HC n. 5.027 — Relator Flaquer Scartezini — DJ de 28.04.1997).

Portanto, verifica-se que de acordo com o entendimento da própria jurisprudência, a possibilidade de aplicação do benefício da suspensão condicional do processo é indissociável do conceito de crimes de menor potencial ofensivo, recentemente modificado pela Lei n. 10.259/2001.”

O Ministério Público Federal emitiu parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A Lei n. 9.099, de 1995, que dispõe sobre juizados especiais, diz o seguinte em seus arts. 61 e 89, respectivamente:

— “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

— “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a

denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

Em 2001, sobreveio a Lei n. 10.259, que dispõe em seu art. 2º, desta forma:

— “Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

A resposta à pergunta se a lei nova alterou a anterior relativamente ao conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” foi afirmativa, e o foi depois de longas e proveitosas discussões. Não cheguei, eu mesmo, a me manifestar expressamente. Ao vir para a Sexta Turma, já encontrei pacificado o tema. Tendo eu participado dos trabalhos de elaboração dos documentos que deram origem à Lei n. 10.259, tenho lá minhas dúvidas sobre a alteração do aludido conceito. Se, oportunamente, perguntado fosse, teria respondido pela negativa.

Todavia a atual pergunta é se a lei nova não teria também alterado o que reza o indicado art. 89, porquanto nele se fala em pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, enquanto a lei nova, como se viu, fala em 2 (dois) anos.

A resposta há de ser negativa, porque a lei nova, dedicando-se especificamente a juizados especiais, não poderia, como não pôde e não pode, bulir com norma anterior de cunho geral, a saber, com norma que, embora inserida em diploma também dedicado a juizados especiais, possui amplo caráter jurídico por se tratar de norma que se aplica a todo o ordenamento jurídico. Veja-se a orientação do Superior Tribunal, entre tantos outros, no seguinte julgado (HC n. 19.445, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 1ª.03.2004): “Tal redefinição das infrações de menor potencial ofensivo em nada repercute na suspensão condicional do processo, relativa que é a todo e qualquer delito...”

De mais a mais, é preciso notar, vindo a pêlo, o que está estatuído na Súmula n. 243: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

Denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 37.803 — SE (2004/0118783-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Renilson Cruz Silva e outro

Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Paciente: Cléber de Arimatéia Santos (Preso)

EMENTA

Prisão (temporária e preventiva). Instrução criminal (fases). Interrogatório do réu (audiência). Prazo (excesso).

1. A instrução é uma seqüência de atos destinada a colher elementos de convicção. Certamente que há prazos para a realização desses atos.

2. A lei processual penal admite se excedam prazos, desde que por motivo justo. Inexiste, nos autos, justificativa para um excesso significativo.

3. Caso em que há evidente excesso de prazo, porquanto marcada audiência para o interrogatório do réu, o primeiro dos atos da instrução processual, mais de 6 (seis) meses após a designação.

4. Ordem de **habeas corpus** concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo em que se questiona a necessidade da prisão preventiva e em que se alega excesso de prazo.

Para a sua instrução, foram prestadas informações pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, **in verbis**:

“O Paciente teve sua prisão decretada, para fins de garantia da ordem pública, em 06 de abril deste ano, uma vez que o crime fora perpetrado com violência.

O interrogatório do réu foi designado para o dia 29 de outubro de 2004, após o recebimento da denúncia do Ministério Público.

Foi, em 14 de junho do ano em curso, indeferida uma liminar **Habeas Corpus** n. 227/2004.

Instada a se manifestar sobre o **habeas corpus** impetrado perante este Tribunal de Justiça, a Douta Procuradora de Justiça emitiu Parecer no sentido de se denegar a ordem.

Através do Acórdão n. 2.623/2004 o **mandamus** foi denegado assentando-se, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe, na necessidade da segregação para manutenção da ordem pública e, uma vez que com a instrução criminal em curso não há se falar na existência de constrangimento ilegal.”

O acórdão que originalmente negou a ordem tem esta ementa:

“Elementos dos autos comprovam a necessidade da manutenção do paciente em ergástulo, não preenchendo os requisitos à concessão de liberdade.

Denúncia recebida, interrogatório já designado e instrução criminal a ser iniciada, ou seja, feito sob regular tramitação, afastando o argumento de excesso prazal. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Writ* denegado. Decisão unânime.”

O parecer da Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira, em nome do Ministério Público Federal, foi pela denegação da ordem, conforme esta ementa:

— O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada (precedentes do STJ).

— Justifica-se eventual dilação do prazo para conclusão da instrução criminal na hipótese de feito complexo, por aplicação do princípio da razoabilidade.

— Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal que a segregação cautelar do réu se justifica para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

— A primariedade e os bons antecedentes do réu, tomados isoladamente, não têm o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado.

— Pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Data a denúncia contra o paciente, oferecida somente contra ele, de 11.02.2004; a prisão preventiva, de 06.04.2004; e a designação de dia e hora para o interrogatório, de 13.04.2004, de designação, vejamos, para o dia 29.10.2004. Isto é, em 13.04.2004, foi designada a audiência do interrogatório para 29.10.2004: 6 (seis) meses e tanto após a designação, portanto.

Ao interrogatório seguiram-se os atos alusivos à defesa prévia e à inquirição das testemunhas, “devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar”. Quanto a elas, reza o art. 401 do Código de Processo Penal: “As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, quando o réu estiver preso, e de 40 (quarenta) dias, quando solto.”

A mim se me afigura, pela indicação das datas que acabei de fazer, que salta à vista o indicado excesso de prazo. Evidentemente que o caso é daqueles em que se considera ilegal a coação “quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei” (Código de Processo Penal, art. 648, II). Em ocasião bem próxima, escrevi a seguinte ementa para o HC n. 36.869:

“Prisão (temporária e preventiva). Instrução criminal (fases). Testemunha de acusação (audiência). Prazo (excesso). Necessidade da prisão (razões).

1. A instrução é uma seqüência de atos destinada a colher elementos de convicção. Certamente que há prazos para a realização desses atos.

2. Quando o réu estiver preso, diz a lei, as testemunhas de acusação não de ser ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, salvo, diz a jurisprudência, a existência de razões que a contento justifiquem seja o prazo dilargado.

3. Caso em que há evidente excesso de prazo, sobretudo em decorrência da expedição de cartas precatórias.

4. Sendo a prisão preventiva cautelar constrictiva da liberdade, certamente que a decisão que a impõe e a decisão que a mantém pressupõem razões de sua necessidade.

5. Caso em que a prisão também perdeu as razões de sua necessidade à vista também do fato de os demais réus já se encontrarem em liberdade.

6. Ordem de **habeas corpus** concedida.”

Segundo a parecerista, “o eventual excesso de prazo encontra-se justificado, uma vez não provocado arbitrariamente pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas, sim, resultante de diligências usualmente demoradas.” Em lugar algum e em momento nenhum encontrei a justificativa para excesso tão significativo e tão intrigante, tão em prejuízo de princípios que cumpre sejam preservados em nome do Estado Democrático de Direito, em nome do melhor dos direitos e em prol da liberdade de todos nós, de todos, sem distinção, isso porque podemos detestar o pecado, jamais o pecador.

Em mais de uma passagem, a lei processual penal admite se excedam prazos. É certo que, aqui, ali e acolá, fale em motivo justo. Isso sói acontecer com todos que lidamos — a lide é de todo o Judiciário brasileiro — com pilhas e pilhas de processos. Mais de uma vez, evoquei, em situações assemelhadas, o castigo imposto por Zeus a Sísifo, porque de tal castigo é que padecemos. Qual a solução? Pois bem, o momento não é azado para pormos em mesa o assunto, aliás, o certo é que ele nunca saiu mesmo da mesa de debate.

No caso presente, não vejo escapatória para a alegação da existência do excesso de prazo, de que alguém está preso por mais tempo do que determina a lei, daí o motivo que me leva a conceder, como concedo, a ordem de **habeas corpus** a fim de que o paciente acompanhe o processo em liberdade, salvo, evidentemente, se estiver preso por outro motivo.

RECURSO ESPECIAL N. 279.429 — SP (2000/0097650-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Iuri Carlos de Lima

Advogados: José Roberto Navarro e outros

Recorrente: Ricardo José da Assunção

Advogada: Dorina Maria Rodrigues Alcântara — Defensora Pública

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Lei n. 4.898/1965. Abuso de autoridade. Prescrição.

1. A pena de detenção, porque privativa de liberdade, é a sanção de natureza penal mais grave cominada aos crimes de abuso de autoridade.

2. A prescrição da pretensão punitiva, para os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965, ocorre, **in abstracto**, em 2 anos, à luz do que determina o artigo 109, inciso VI, da lei material penal.

3. A pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública, prevista no artigo 6º, parágrafo 3º, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965, é de natureza principal, assim como as penas de multa e detenção, previstas, respectivamente, nas alíneas **a** e **b** do mesmo dispositivo, em nada se confundindo com a perda do cargo ou função pública, prevista no artigo 92, inciso I, do Código Penal, como efeito da condenação.

4. Recursos especiais prejudicados, em face da declaração da extinção da punibilidade do crime.

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, declarar extinta a punibilidade do crime, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o exame dos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recursos especiais interpostos por Iuri Carlos de Lima e Ricardo José de Assunção contra acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, negando provimento aos apelos, manteve integralmente o **decisum** de primeiro grau que condenou os réus à pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por três anos, como incurso no artigo 6º, parágrafo 3º, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965.

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 92, inciso I, do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Recursos tempestivos (fls. 1.969 e 2.068), respondidos (fls. 2.034/2.037 e 2.081/2.083) e admitidos na origem (fl. 2.085).

O parecer do Ministério Público Federal é no sentido de que se julgue prejudicado o presente recurso, em face da prescrição da pretensão punitiva, **verbis**:

“Recurso especial fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da Lei Magna. Abuso de autoridade. Prescrição da pretensão punitiva (subseqüente) consumada. Parecer no sentido de ser declarada extinta a punibilidade. Julgando-se prejudicado o recurso.” (Fl. 2.096)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recursos especiais interpostos por Iuri Carlos de Lima e Ricardo José de Assunção contra acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, negando provimento aos apelos, manteve integralmente o **decisum** de primeiro grau que condenara os réus à pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por três anos, como incursos no artigo 6º, parágrafo 3º, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965.

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 92, inciso I, do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Estes, os fundamentos da sentença condenatória, no particular:

“(…)

16 - Ante o exposto, julgo procedente a presente ação penal para, com fundamento no art. 3º, letra **i**, c.c. artigo 4º, letra **b**, art. 6º, § 3º, letra **c**, todos da Lei n. 4.898/1964, condenar os réus Iuri Carlos de Lima, RG/SP n. 15.897.506, Ricardo de Freitas Guimarães, RG/SP n. 23.599.870-9, Valter Aparecido de Carvalho Silva, RG/SP n. 21.707.771-7, João Jorge Lopes, RG/SP n. 4.305.717 e Ricardo José de Assunção, RG n. 11.759.120-8, à pena correspondente à perda do cargo que exercem e à inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de 03 (três) anos. Transitada esta em julgado, remetam-se cópias aos órgãos administrativos aos quais os acusados pertencem, para fins da efetiva aplicação da pena que lhes foi imposta.” (Fl. 1.804).

E estas, as razões do acórdão impugnado:

“(…)

4. O crime de abuso de autoridade descrito na Lei n. 4.898/1965 sujeita seu autor a sanção administrativa, civil e penal, determinada esta em multa, detenção ou perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até 3 (três) anos, de acordo com a regra do art. 6º, § 3º, do diploma mencionado, e esse sistema punitivo continua em pleno vigor: sanções administrativa, civil e penal, dividida esta em multa, detenção e perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função por três anos.

5. Na oportunidade da reforma da Parte Geral de 1984, não ocorreu a absorção desse último tipo de sanção pelo dispositivo do art. 92 do CP, que trata dos efeitos da condenação, permanecendo a perda da função pública como pena autônoma da Lei n. 4.898/1965 e, também, como efeito da condenação para os crimes mencionados no inciso I do art. 92 do CP

(…)

15. A r. sentença optou de forma motivada pela fixação da pena de perda da função pública e inabilitação para o exercício de função pública por três anos como necessário à reprovação do ilícito, afastando corretamente, a multa e a detenção cuja imposição ‘equivalaria à mais absoluta impunidade’ (fl. 1.803). Fixou, portanto, a pena justa para o crime, considerando o desvalor da ação e o desvalor do resultado e a culpabilidade intensa dos apelantes.

16. Ante o exposto, rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos.” (Fls. 1.952/1.957)

Está o recorrente Iuri Carlos de Lima em que “(...) A sentença condenatória que atribui ao réu somente a pena acessória de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por 3 anos, dissociada de uma pena principal, atenta contra o disposto no art. 92, inciso I do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.268/1996.” (Fl. 1.977) Pugna, assim, no sentido de que “(...) porquanto os arestos trazidos à colação, mormente os do próprio Superior Tribunal de Justiça, adotam pacífico entendimento de sua aplicabilidade em casos assemelhados ao em comento, aguarda-se um pronunciamento favorável desta egrégia Turma, para cassar o acórdão recorrido, bem como anular a sentença de 1ª grau por ele confirmada, estendendo os efeitos da decisão aos demais co-réus.” (Fl. 1.977)

O segundo recorrente, Ricardo José de Assunção, por sua vez, sustenta que “(...) em face da contrariedade ao disposto no art. 92, I, do Código Penal Brasileiro,

com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.268/1996, bem como diante do dissídio jurisprudencial em torno da interpretação que emerge da aplicação do art. 92, I, do Código Penal, em se tratando de pena acessória de perda do cargo cominada pelo art. 6º, § 3º, letra **c** da Lei n. 4.898/1965, ante aos arestos trazidos a colação, requer pronunciamento favorável desta egrégia Turma, para cassar o acórdão recorrido, bem como anular a sentença de primeiro grau, por ele confirmada, estendendo os efeitos aos demais co-réus.” (Fl. 2.074)

Ocorre, todavia, que, a obstar o exame da pretensão recursal, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.898/1965:

“Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal.

(...)

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos arts. 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

- a) multa de cem cruzeiros a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até 3 (três) anos.”

Da análise do citado dispositivo, vê-se que a pena de detenção, porque privativa de liberdade, é a sanção de natureza penal mais grave cominada aos crimes de abuso de autoridade.

Tem-se, assim, que a prescrição da pretensão punitiva, para os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965, ocorre, **in abstracto**, em 2 anos, à luz do que determina o artigo 109, inciso VI, da lei material penal, **verbis**:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”

A propósito, o magistério de **Damásio E. de Jesus**:

“Como a lei especial não faz referência ao tema da prescrição, de aplicar-se os princípios do CP (art. 12). Assim, no tocante à prescrição da pretensão punitiva, o prazo é regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade. Como é inferior a um ano e (seis meses) decorre em dois anos (CP, art. 109, VI). (...)

Se imposta detenção na sentença, de incidir o disposto no art. 110 do CP variando o prazo prescricional da pretensão executória de acordo com a quantidade da pena aplicada. Como a pena detentiva é inferior a um ano, o prazo prescricional da pretensão executória é de dois anos (CP arts. 110 e 109, VI). Se imposta pena funcional (perda do cargo e inabilitação funcional), ocorre também a prescrição da pretensão executória. O prazo prescricional é de dois anos. Como as disposições especiais não cuidam da prescrição, de incidir o menor prazo do art. 109 do CP (n. VI).” (In “Prescrição Penal”, Ed. Saraiva, 1999, p. 110).

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

“Penal. Recurso especial. Abuso de autoridade. Prescrição.

I - As regras gerais acerca da prescrição se aplicam aos delitos previstos na Lei n. 4.898/1965.

II - A prescrição da pretensão punitiva se regula, aí, pela pena privativa de liberdade, ocorrendo em dois anos **ex vi** art. 109, inciso VI, do CP. Recurso prejudicado, extinta a punibilidade pela prescrição.” (REsp n. 479.858/SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ de 28.04.2003)

“Recurso especial. Lei n. 4.898/1965. Abuso de autoridade. Prescrição.

1. Realizado o tempo da prescrição da pretensão punitiva, declara-se extinta a punibilidade do delito.

2. Sendo certo que a prescrição da pena de multa ocorre no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando cumulativamente cominadas (art. 114, inciso II, do Código Penal), e, ainda, que as penas mais leves prescrevem com as mais graves (art. 118 do Código Penal), tem-se que a prescrição da pretensão punitiva, para os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965, ocorre, **in abstracto**, em 2 anos, à luz do que determina o art. 109, inciso VI, da lei material penal.

3. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um isoladamente (art. 119 do Código Penal).

4. Recurso julgado prejudicado em face da declaração da extinção da punibilidade dos crimes.” (REsp n. 176.647/DF, da minha Relatoria, in DJ de 27.08.2001)

“Penal. Abuso de autoridade. Absolvição. Recurso.

— Extinção da punibilidade. Declaração de ofício, com prejuízo do recurso acusatório, quando se verifique a prescrição, pela pena de multa desejada restabelecer, e até mais, pelo máximo da pena corporal cominada.” (REsp n. 139.261/DF, Relator Ministro José Dantas, in DJ de 13.04.1998)

Gize-se, em remate, que a pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública, prevista no art. 6^o, § 3^o, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965, é de natureza principal, assim como as penas de multa e detenção, previstas, respectivamente, nas alíneas **a** e **b** do mesmo dispositivo, em nada se confundindo com a perda do cargo ou função pública, prevista no art. 92, inciso I, do Código Penal, como efeito da condenação.

In casu, foram os recorrentes condenados à pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por três anos, cujo decreto condenatório, com trânsito em julgado para a acusação (fl. 1.811v), restou publicado em 30 de dezembro de 1998 (fl. 1.805).

Pelo exposto, declaro extinta a punibilidade do crime, pela prescrição da pretensão punitiva, e julgo, por consequência, prejudicados os presentes recursos por desconstituído o seu objeto.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 303.210 — SP (2001/0015146-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrentes: Caio Monteiro da Silva Neto e cônjuge

Advogados: Paulo Augusto de Campos Teixeira da Silva e outros

Recorrido: Arrigo Antônio Raia

Advogados: Vítor Vicentini e outros

EMENTA

Locação. Fiança que não se extingue após a alienação da empresa. Sucumbência demonstrada. Uma vez trocada a titularidade da empresa, o propósito do fiador em aceitar ser o garantidor da avença deixaria de existir, como sustenta o recurso, o que faz oportuno o pedido de reforma do acórdão guerreado. Interesse recursal presente. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na confor-

midade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial fulcrado no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, o qual teria negado vigência ao art. 499 do Diploma Processual Civil.

A Corte de origem não conheceu do recurso de apelação interposto pelos recorrentes, tendo em vista a falta de interesse dos réus apelantes, que decorreria de não haver a sentença apreciado o pedido de cobrança dos alugueres devidos pela empresa Geringonça Bar e Restaurante Ltda, ausente a imposição aos fiadores, ora recorrentes, das verbas pleiteadas e, por conseguinte, sucumbência dos mesmos.

Foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de origem sob o fundamento de que os recorrentes não se enquadram nas hipóteses do art. 499 do Código de Processo Civil, o qual só propicia à parte vencida, ao terceiro interessado e ao Ministério Público. Por tal razão, foi interposto o presente recurso (fls.150/155)

Contra-razões às fls.158/160, vindo os autos a esta Corte Superior.

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): *1.* A irrisignação merece acolhida.

O presente recurso retrata a irrisignação dos recorrentes, que figuraram como fiadores da empresa locatária, na presente ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança, tendo em vista alegada negativa de vigência ao art. 499 do Código de Processo Civil, recusa que estaria a impedir sua exclusão do pólo passivo da demanda.

O ponto nodal dos presentes autos consiste em saber se os recorrentes foram ou não, de alguma forma, sucumbentes em razão da sentença proferida em primeiro grau e confirmada pelo egrégio Segundo TAC.

Interessante transcrever a parte dispositiva daquele mencionado **decisum**:

“...Isto posto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação para declarar rescindida a locação em foco, por culpa da inquilina, a qual terá o prazo de quinze dias para desocupação voluntária do imóvel locado sob pena de despejo. Custas e despesas processuais, também pela locatária além de honorários advocatícios que estabeleço em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação. Uma vez que o débito locatício baseado em contrato é título executivo extrajudicial, conforme estabelece o art. 585, IV do Código de Processo Civil (v. RT 714/179 e 732/287, oportunamente o locador poderá promover, nestes mesmos autos, a execução direta do seu crédito.”

A título de conferência, analisando o contrato de locação celebrado entre as partes (fls.07/09 dos autos), percebe-se que a locação foi celebrada entre a empresa Geringonça Bar e Restaurante Ltda e Arrigo Antonio Raia, tendo os recorrentes figurado na relação contratual como fiadores da pessoa jurídica.

De outra banda, o juízo monocrático, ao analisar a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada pelos réus, ora recorrentes, deixou consignado, em seu decisório, que a fiança fora prestada em favor da empresa, não se extinguindo com a alienação da pessoa jurídica a outrem, com subsistência da responsabilidade dos fiadores até a entrega das chaves do imóvel.

Neste ponto, resta evidenciada a sucumbência dos recorrentes, na medida em que haverão de figurar no pólo passivo de execução a ser promovida pelo locador.

Seguindo tal raciocínio, fácil perceber que relativamente aos recorrentes completam-se os pressupostos do artigo 499 do Código de Processo Civil, visto que possuem: 1) *legitimidade para recorrer*, na medida em que se a r. sentença monocrática, decidiu que a fiança prestada prevalece até a entrega das chaves do imóvel, subsistindo a responsabilidade dos fiadores pelo débito locatício e 2) *interesse (necessidade + utilidade)*, evidenciado no constante gravame da insegurança e do desconforto dos recorrentes em figurar no pólo passivo de eventual execução a ser ajuizada pelo locador, razão que os habilita para pleitear o provimento jurisdicional.

Interessante trazer à colação ementas tiradas de julgados desta Corte, as quais têm pontos de identidade com o caso em tela:

“Locação. Fiança. Exoneração dos fiadores. Garantia prestada em razão da amizade ou parentesco com os sócios. Retirada dos sócios. Notificação extrajudicial da vontade de exoneração da fiança. *Fiança* é contrato de natureza **intuitu personae** e se interpreta estritamente. Malgrado distinga-se a *pessoa* dos sócios da *pessoa jurídica*, é possível a exoneração da garantia prestada à sociedade após a retirada dos sócios em função dos quais se deu essa garantia substituídos por estranhos à fidúcia original. Recurso conhecido e provido”. (REsp n. 299.036/MG; Relator p/ o acórdão Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.10.2001, p. 242)

“Recurso especial. Civil. Locação. Contrato por prazo determinado. Retirada de sócia da pessoa jurídica. Exoneração da fiança. **Intuitu personae**. 1. É cabível a exoneração da garantia fidejussória prestada à sociedade após a retirada da sócia fiadora, em face da quebra da **affectio societatis**. 2. Tendo a sócia fiadora e seu cônjuge notificado o locador de sua pretensão de exoneração do pacto fidejussório, em razão da sua retirada da sociedade que afiançaram, direito lhes assiste de se verem exonerados da obrigação, uma vez que o contrato fidejussório é **intuitu personae**, sendo irrelevante, no caso, que o contrato locatício tenha sido estipulado por prazo determinado e ainda esteja em vigor. 3. Em se cuidando de contrato de natureza complexa em que a *fiança* pactuada o é enquanto preservado o contrato societário, faz-se evidente que a resolução de qualquer dos contratos implica a resolução do remanescente, mormente se a essência complexa do contrato foi aceita pelo locador, na exata medida em que locou o imóvel à *pessoa jurídica*, sendo fiadora uma de suas sócias. 4. Recurso provido”. (REsp n. 285.821/SP; Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 05.05.2003, p. 325)

Os julgados acima, em especial o primeiro, deixam transparecer a possibilidade, ao menos, de exoneração da fiança, nos casos em que a garantia fora prestada em razão da amizade cultivada entre fiador e sócios da pessoa jurídica, não obstante esta não se confundir com aqueles; uma vez trocada a titularidade da empresa, como no caso em testilha, o desígnio do fiador em aceitar ser o garantidor da avença deixaria de existir, o que ampara, em princípio, o requerimento de exclusão.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para que o apelo interposto tenha apreciados os pontos remanescentes.

3. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 401.057 — RO (2001/0128105-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Abimael Araújo dos Santos

Advogados: Irineu de Oliveira e outros

Recorridos: Ministério Público do Estado de Rondônia e Estado de Rondônia

Procuradores: Evanir Antônio de Borba e outros

EMENTA

Administrativo. Policial militar. Gratificação. Incorporação. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão. Não-ocorrência. Ministério Público. Legitimidade. Acórdão, no ponto, com fundamento exclusivamente constitucional. Ação civil pública. Inconstitucionalidade. Declaração incidental. Possibilidade. Recurso especial. Análise de lei local. Súmula n. 280/STF.

1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

2. Se o acórdão recorrido decide a legitimidade do Ministério Público para defesa do patrimônio público sob o enfoque exclusivamente constitucional, a matéria não pode ser examinada em recurso especial.

3. Em ação civil pública, é possível declaração incidental de inconstitucionalidade de lei.

4. Na instância especial, descabe apreciar ofensa ou questão que envolva interpretação de lei local (Súmula n. 280/STF).

5. Recurso conhecido em parte, mas desprovido.

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, conhecer parcialmente do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do Julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 17.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia assim ementado:

“Administrativo. Servidor. Policial militar. Transferência para a reserva remunerada. Decreto-Lei Estadual. Vantagens e tempo de serviço. Inconstitucionalidade.” (Fl. 552)

Opostos declaratórios, restaram rejeitados. (Fl. 574)

Aponta o recorrente violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil e 7ª da Lei n. 8.237/1991, bem como dos arts. 1º e 16 da Lei n. 7.347/1985.

Contra-razões às fls 618/629.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opina pelo não-conhecimento do apelo. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Registre-se, inicialmente, que a petição juntada às fls. 658/661, dando conta de que a situação funcional do recorrente teria sido modificada com o advento da Emenda Constitucional n. 38/2002, veicula tema não apreciado nas instâncias ordinárias, não sendo possível seu exame nesta sede.

O exame de fato superveniente é tema que, na linha da compreensão firmada por esta Corte, não prescinde da exigência do prévio debate pelo acórdão recorrido.

A propósito:

“Recurso especial. Processual Civil. Administrativo. Juros de mora. Percentual. Medida Provisória n. 2.180/2001. Inaplicabilidade.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça já está pacificada no sentido de que, nas diferenças decorrentes do pagamento de reajuste nos vencimentos de servidores públicos, devem incidir juros moratórios na taxa de 1% ao mês, em face da sua natureza eminentemente alimentar.

2. Qualquer que seja a natureza jurídica que se atribua à norma dos juro **ex officio iudicis**, não há pretender que se reconheça à Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, eficácia retroativa, de modo a alcançar provimentos jurisdicionais aperfeiçoados sob a regência de norma jurídica diversa e anterior.

3. 'No julgamento do especial, em face do princípio do prequestionamento, que decorre de texto constitucional, não tem cabimento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, em razão da impossibilidade de se considerar fato jurígeno superveniente (...)' (EDcl no REsp n. 97.869/SP Relator Ministro Demócrito Reinaldo, **in** DJ de 30.03.1998). Precedentes do STF"

(REsp n. 530.810/PR, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.2003)

Passo ao exame do especial.

Percebe-se claramente que a pretensão deduzida nos autos foi enfrentada e decidida, tendo o Tribunal de origem apreciado as questões postas ao seu crivo, apresentando-se devidamente fundamentado o julgado. Daí porque não é aceitável a alegação de violação do art. 535 do CPC, não se demonstrando a existência dos pressupostos que autorizariam a oposição de embargos declaratórios, instrumento processual que não se destina ao exame de matérias já devidamente analisadas.

De outro lado, não há confundir entre decisão contrária ao interesse da parte e falta de prestação jurisdicional.

Confira-se:

"Recurso especial. Processo Civil. Liquidação. Modificação do critério de cálculo fixado pela sentença liquidanda. Violação à coisa julgada. Ocorrência. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, longe de ser omisso, deu aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, melhor se coaduna com a espécie. O fato de não ser satisfatória ao recorrente não tem o condão de macular o julgado atacado, a ponto de determinar provimento jurisdicional desta Corte, no sentido de volverem os autos à instância de origem para que lá seja suprida a falta inexistente.

2. É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, em sede de liquidação de sentença, é cabível a retificação dos cálculos tão-somente quando constatada a ocorrência de erro material, referente à aritmética e não aos critérios do cálculo, que ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada. O **quantum debeatur** a ser apurado deve limitar-se

ao comando inserto na sentença exequenda, sendo indevida a incidência de novos critérios, sob pena de ofensa à coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido.

(REsp n. 252.757/SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 24.02.2003)

Ademais, o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a controvérsia sob outros fundamentos.

Veja-se:

“Embargos de declaração. Pressupostos do art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Excepcionalidade da concessão de efeitos infringentes.

I - Os embargos de declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535).

II - É inviável a concessão do excepcional efeito infringente, quando a oposição dos declaratórios cinge-se a repisar os fundamentos do recurso anterior.

III - A jurisprudência dominante neste Tribunal Superior proclama a incorrência de violação ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, se o acórdão recorrido, ainda que sucinto, tiver bem delineado as questões a ele submetidas, não se encontrando o magistrado obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tiver encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um todos os seus argumentos.

IV - Embargos rejeitados.”

(EDcl no REsp n. 202.056/SP, Relator o Ministro Castro Filho, DJ de 21.10.2001)

No que se refere à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa do patrimônio público, colhe-se do voto condutor do aresto hostilizado:

“Como tenho dito reiteradas vezes, o Ministério Público sempre tem interesse de agir quando a pretensão for devolver aos cofres públicos remuneração recebida a mais, causando dano ao Erário.

A Constituição da República ampliou a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ações dessa natureza, pois visam a defender interesses

coletivos, intrínsecos no zelo pela integridade do patrimônio público. Assim, rejeito a preliminar” (fl. 554)

Assim, tendo o Tribunal de origem abordado o tema sob o enfoque exclusivamente constitucional, a matéria não pode ser examinada em recurso especial, mas, sim, pela via do extraordinário, simultaneamente interposto e igualmente admitido (fl. 640).

Ainda que superado o óbice, a decisão está em sintonia com julgados desta Corte.

A propósito:

A) “Processual Civil. Embargos de divergência (arts. 496, VIII, e 546, I, CPC). Dano ao Erário público. Ação civil pública. Legitimação ativa do Ministério Público Federal. Leis ns. 7.347/1985 e 8.078/1990 (art. 1º).

1. Dano ao Erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público a promover ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. A legislação ordinária de regência filiou-se a essa ordem constitucional.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Embargos acolhidos.”

(Embargos de Divergência no REsp n. 77.064/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 11.03.2002)

B) “Recurso especial. Processual Civil. Remuneração de prefeito. Apelação interposta pelo Ministério Público Estadual. Legitimidade.

Após a vigência da nova ordem constitucional, o campo de atuação do Ministério Público foi devidamente ampliado, tanto que esta Corte fez editar a Súmula n. 99.

A questão emoldurada na ação declaratória tem a característica de interesse da comunidade do respectivo Município, devendo o Tribunal **a quo** examinar o mérito da apelação interposta pelo Ministério Público.

Recurso provido.”

(REsp n. 235.360/PR, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.04.2002)

C) “Processual Civil. Ação civil. Ministério Público. Legitimidade.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para promover ação civil pública com a pretensão de exigir a devolução de remuneração a maior recebida por vice-prefeito, conforme decisão do Tribunal de Contas.

2. Após vigência da CF/1988 foi ampliada a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública, especialmente, na defesa dos interesses coletivos, presentes em tal concepção, de modo inequívoco, o de se zelar pela integridade do patrimônio estatal.

3. Inteligência do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, fazendo-se aplicação do comando posto no art. 129, III, da CF/1988.

4. Precedentes: REsp n. 67.148/SP (Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 04.12.1995, p. 42.148) e AI n. 97.838/GO (Relator Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 28.03.1996, p. 9.234).

5. Recurso provido para se afastar a extinção do processo.”

(REsp n. 190.886/MG, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 30.08.1999)

A apontada impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei em ação civil pública não tem consistência, pois, ao contrário do alegado, o acórdão hostilizado decidiu a causa com estrita observância do regramento legal aplicável à espécie, como se vê:

“É consabido que o nosso ordenamento jurídico conjuga duas espécies de controle da constitucionalidade das leis: o difuso e o concentrado, sendo este último de competência da Corte Suprema, em caso de confronto com a Carta da República.

Assim, cabível o exercício por via de exceção ou incidental (**incidenter tantum**) do controle de constitucionalidade, cujos efeitos fazem somente coisa julgada formal, e cuja sentença declara a existência ou não do vício alegado. Por isso, afasto a preliminar argüida” (fl. 554)

Nesse sentido, julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

A) “Processual Civil. Ação civil pública. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Possibilidade. Efeitos.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

3. O efeito **erga omnes** da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material **erga omnes** no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.

4. Embargos de divergência providos.”

(Embargos de Divergência no REsp n. 439.539/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.10.2003)

B) “Processual Civil. Ação civil pública. Ministério público. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Lei municipal. Possibilidade. Precedentes do STJ e STF.

— Tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, é cabível a ação civil pública com fundamento na inconstitucionalidade, **incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local.

— Recurso especial conhecido e provido para determinar o prosseguimento da ação no Juízo **a quo**.

(REsp n. 202.281/MG, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 29.09.2003)

C) “1. Recurso extraordinário. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que ‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, **incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local.’ 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.”

(Recurso Extraordinário n. 227.159/GO, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 17.05.2002)

Quanto à incorporação da gratificação, a par do artigo 7^a da Lei n. 8.237/1991 ter sido invocado somente em sede de embargos de declaração, veja-se o que disse o Tribunal de origem:

“No que concerne à gratificação equivalente à de Secretário de Estado, constante dos proventos do recorrente, em tese, respaldada pelo art. 1^o da LC n. 118/1994, que alterou a LC n. 58/1992, entendo não ter fundamento.

(...)

A toda evidência, o servidor público ao passar para inatividade deve conservar a remuneração da atividade. Entretanto, o princípio refere-se estritamente às vantagens de natureza permanente e, repise-se, as gratificações por cargos de confiança têm caráter transitório.

A permanência da gratificação nos proventos do recorrente constitui-se em absoluta afronta aos princípios da igualdade, proporcionalidade e moralidade administrativa, e por isso não deve subsistir. (Fl. 556)

(...)

É bom frisar que o art. 42 da Constituição da República, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 18/1998, que autorizou o Estado a legislar sobre sua polícia militar, não lhe permite contrapor-se às regras da União, tampouco permite que o Estado federado conceda benefício que nem mesmo a União oferece a seus servidores, quer civis, quer militares.

Disso tudo, só posso concluir que o inativo não tem direito à gratificação de Secretário de Estado, porque a lei em que fundamenta seu direito não autorizou, já que a gratificação é de natureza transitória. (Fl. 557)

(...)

É certo que a Lei Complementar Estadual n. 58/1992 determina que é facultada ao policial militar ao assumir cargo em comissão a opção pela remuneração do seu cargo efetivo, sem prejuízos das gratificações daquele cargo ou função, passando estas a comporem a estrutura remuneratória.

Todavia, esta não lhe dá o direito de incorporar aos proventos da aposentadoria ou mesmo a sua remuneração permanente. (Fl. 559)”

Decorre daí que o acórdão recorrido decidiu o mérito da controvérsia com base em fundamentos de natureza constitucional e em dispositivos de lei estadual, temas que desbordam do recurso especial, instrumento processual que se destina a garantir a autoridade e aplicação uniforme da legislação federal.

A propósito, confirmam-se:

A) “Processual Civil. Recurso especial. Exame reflexo de direito local. Inadmissibilidade.

1. Não se conhece do recurso especial que, a despeito da invocação de dispositivo infraconstitucional violado, exige uma análise reflexa sobre direito local. Incidência da Súmula n. 280/STF.

2. Recurso não conhecido”

(REsp n. 222.197/PE, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 19.06.2000)

B) “Agravo regimental em agravo de instrumento. Falta de demonstração analítica da divergência. Deficiência de fundamentação do recurso especial. Ofensa ao art. 6º da LICC. Direito local. Impossibilidade. Exame dos critérios de fixação dos honorários advocatícios. Incidência da Súmula n. 07 do STJ.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (art. 255, § 2º, do RISTJ).

2. É inadmissível o recurso especial quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

3. Não se conhece do recurso especial que, a despeito da invocação de dispositivo infraconstitucional violado, exige uma análise reflexa sobre direito local. Incidência da Súmula n. 280/STF.

4. É vedado, em sede de recurso especial, o exame dos critérios de fixação dos honorários advocatícios, porque enseja reexame de matéria fático-probatória, cuja apreciação está entregue, exclusivamente, às instâncias ordinárias. Incidência do Enunciado n. 07 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag n. 289.349/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 29.10.2001)

Por fim, mencione-se precedente desta Sexta Turma ao apreciar hipótese idêntica à dos autos:

“Recurso especial. Direito Processual Civil. Omissão. Inexistência. Pre-

questionamento. Questão constitucional. Ação civil pública. Declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum**.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento segundo o qual deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio **tantum devolutum quantum appellatum** ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição argüidas como existentes no **decisum**.

2. Em havendo o Tribunal **a quo** se manifestado sobre toda a matéria deduzida em sede de apelação, não há falar em violação do art. 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se prestam ao prequestionamento explícito.

3. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF Enunciado n. 282).

4. Tendo a questão da legitimidade do *Parquet* para ajuizar ação civil pública em defesa do patrimônio público e social sido decidida pelo Tribunal **a quo** sob enfoque constitucional — artigo 129, inciso III, da Constituição Federal —, seu exame escapa ao âmbito de cabimento do recurso especial, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

5. O Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há usurpação de sua competência por consequência da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública. (RE n. 227.159/GO, Relator Ministro Néri da Silveira, **in** DJ de 17.05.2002).

6. Recurso parcialmente conhecido e improvido.”

(REsp n. 373.960/RO, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 22.09.2003)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 432.029 — MG (2002/0050284-2)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Sebastião Alves de Freitas

Advogado: Wiliam Riccaldone Abreu — Defensor Público

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Penal. Crime de falsa identidade. Autodefesa. Recurso provido.

1. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a conduta do réu, de se atribuir falsa identidade perante à autoridade policial, não se subsume ao delito tipificado no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa, amparado, em última instância, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, consagrado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso interposto por Sebastião Alves de Freitas, com fundamento no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais, que, negando provimento ao apelo da defesa, manteve a condenação nos exatos termos da sentença.

Inconformada, alega a defesa dissídio jurisprudencial no sentido de que não comete crime previsto no art. 307 do Código Penal, aquele que se atribui falsa identidade perante à autoridade policial, como recurso de autodefesa (fls. 220/226).

Admitido o recurso (fl. 247), a Subprocuradoria Geral da República é pelo seu improvimento (fls. 254/258).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nos arts. 157, § 2º, I e II, e 307, ambos do Código Penal, sendo-lhe imposta a reprimenda de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 4 meses de detenção, em regime semi-aberto, respectivamente.

O Tribunal **a quo**, negando provimento ao apelo defensivo, manteve integralmente a sentença condenatória.

Inconformado com o **decisum**, alega o recorrente dissídio jurisprudencial, pretendendo a absolvição, em relação ao delito de falsa identidade.

2. O recurso merece provimento.

3. Com efeito, esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a conduta do réu, de se atribuir falsa identidade perante à autoridade policial, não se subsume ao delito tipificado no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa, amparado, em última instância, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, consagrado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, julgados de ambas as Turmas Criminais desta Corte Superior:

“Penal. Pessoa autora de outro delito. Falsa identidade perante a autoridade policial. Mecanismo de autodefesa. Atipicidade da conduta.

1. Não configura a conduta típica do art. 307 do Código Penal, o fato de a pessoa, indiciada, se atribuir falsa identidade, perante a autoridade policial, porquanto trata-se, na verdade, de mecanismo de autodefesa, amparado, em última análise, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio.

2. Recurso conhecido mas improvido.” (REsp n. 337.684/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 24.02.2003)

“Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação.

(...)

III - Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade (Precedentes).

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 615.588/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 16.08.2004).

Dessarte, dou *provimento* ao recurso para, afastando a incidência do art. 307 do Código Penal, absolver o recorrente do crime de falsa identidade.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 14.261 — PR (2003/0050719-0)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Ricardo Alberto Escher
Advogado: Ricardo Alberto Escher
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: João Max Bonfim (Preso)

EMENTA

Recurso em **habeas corpus**. Homicídio qualificado. Prisão em flagrante. Excesso de prazo. Encerramento. Instrução criminal. Ocorrência. Nulidade. Oitiva de testemunhas. Ausência do réu que se encontrava sob custódia do Estado. Nulidade relativa. Prejuízo indemonstrado.

1. A edição de pronúncia, a um só tempo, faz superado o eventual excesso de prazo havido na instrução criminal e remete o deslinde da questão de nulidade anterior ao **decisum**, enquanto relativa, a reclamar efetiva ocorrência e demonstração de prejuízo à defesa, se ainda for o caso e em sede de **habeas corpus** originário, para tempo posterior ao seu trânsito em julgado, impugnável que é perante a Corte Estadual.

2. Recurso prejudicado.

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 unani-

midade, julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 02 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: Recurso ordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, denegando *writ* impetrado em favor de João Max Bonfim, preservou-lhe a custódia cautelar, decorrente de flagrante delito, nos autos do processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV e 121, parágrafo 2º, inciso IV, combinado com os artigos 14, inciso II, e 29, todos do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus**. Excesso de prazo. Instrução encerrada. Fase do art. 406 do CPP. Aplicação da Súmula n. 52 do STJ. Ordem denegada.

Com a informação da autoridade apontada como coatora de que o processo se encontra na fase de alegações do art. 406 do CPP, ou seja, estando encerrada a instrução, aplica-se o enunciado da Súmula n. 52/STJ, não mais havendo que se cogitar de excesso de prazo.” (Fl. 333).

Alega o impetrante nulidade da audiência de instrução que colheu a oitiva de testemunha exclusiva de defesa, “(...) que se realizou sem a presença do paciente (...)” (fl. 381), sustentando, que “(...) A presença do réu à audiência é tão importante para sua defesa, que a Constituição lhe garantiu tal direito (...)” (fl. 384).

Aduz, também, excesso de prazo para o término da instrução criminal, afirmando que, independentemente da causa da demora para o encerramento da instrução, gera-se constrangimento ilegal a ser sanado.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, com reforma do acórdão, sanando, assim, o constrangimento ilegal.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

“Recurso em **habeas corpus**. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal. Fase do art. 406 do CPP. Inexistência. Audiência de inquirição de testemunhas. Ausência do réu. Nulidade.

— Encontrando-se o processo na fase do art. 406 do CPP, fica superada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa.

— Aplicação do enunciado da Súmula n. 52/STJ: ‘Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo’.

— Ordem denegada.” (Fl. 395)

O presente feito foi-me redistribuído em 09 de janeiro de 2004, por força da aposentadoria do Ilustre Ministro Fontes de Alencar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, duas são as questões. A primeira é a da nulidade da audiência de instrução em que se produziu o depoimento de uma das testemunhas arroladas pela defesa, o que teve lugar sem a presença do paciente, e a segunda, a do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

Ocorre que o paciente foi já pronunciado, como informou o Juízo à Relatoria do Gabinete, o que prejudica o conhecimento do presente recurso.

Primeiro, por força da incidência do Enunciado n. 21 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

E segundo, porque, em sendo de natureza relativa a nulidade argüida, a reclamar a efetiva demonstração do prejuízo à defesa, impõe-se que se reserve o deslinde da questão, em sede de **habeas corpus** originário, se for o caso, para após o aperfeiçoamento da pronúncia no trânsito em julgado.

Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 15.316 — SP (2003/0207405-7)

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Marcelo Pereira Pinto

Advogado: Khaled Ali Fares

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Marcelo Pereira Pinto (Preso)

EMENTA

Recurso de **habeas corpus**. Processo Penal. Prisão temporária. Gravidade do crime. Coação disfarçada para fornecer material biológico. Existência de elementos concretos. Imprescindibilidade. Inexistência. Prisão preventiva. Gravidade do delito. Submissão a exame de ADN. Inexistência de motivos autorizantes. Falta de fundamentação. Constrangimento ilegal caracterizado. Liberdade provisória. Inadmissibilidade em crimes hediondos. Inconstitucionalidade. Denegação. Obrigatoriedade de fundamentação. Recurso provido.

1. Para a decretação da prisão temporária, quando investigados quaisquer dos delitos constantes do inciso III do art. 1º da Lei n. 9.760/1989, deve haver a imprescindibilidade da medida e obrigatoriedade de fundamentação da decisão;

2. A prisão preventiva deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida;

3. É inconstitucional qualquer decisão judicial contrária ao princípio **nemo tenetur se detegere**. Inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica;

4. Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

5. Ainda que o delito apurado em processo criminal seja catalogado como hediondo ou equiparado, o magistrado está obrigado a fundamentar a decisão que denega a liberdade provisória a partir dos motivos que autorizam a prisão preventiva, dada a natureza cautelar da prisão em flagrante.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalho e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso de **habeas corpus** interposto contra decisão denegatória de restituição de liberdade do Recorrente prolatada pela Terceira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Recorrente alega que é réu em processo que se apura prática do delito descrito no art. 213 c.c. arts. 224, a, 225, § 1º, I e 226, II, todos do Código Penal e teve a prisão temporária decretada no dia 27 de março de 2003 pelo juízo primevo.

Segundo ele, o decreto de prisão temporária não encontrava bases fáticas e jurídicas capazes de sustentá-lo, pois sempre colaborou com a Justiça, vez que ofereceu documentos, prestou depoimentos em sede de inquérito policial e nunca se ausentou do distrito da culpa. Possui, ainda, bons antecedentes, atividade laboral lícita e residência fixa, onde mora com os filhos.

Alega que a decretação da prisão cautelar (temporária e, posteriormente, preventiva) tinha como única finalidade constrangê-lo a realizar exame biológico para confrontação de ADN, haja vista que na representação do Delegado de Polícia não foram apontadas as diligências e/ou investigações imprescindíveis ao esclarecimento do caso.

Sustenta que passado o trintídio da prisão temporária, foi decretada a prisão preventiva, após representação da Autoridade Policial e da representante do *Parquet*, ao argumento de que o fato apurado caracteriza-se como crime hediondo e que o Recorrente negou a fornecer material para o exame de ADN.

Impetrou, então, **habeas corpus** no Tribunal **a quo**, que foi denegado através de decisão fundamentada na hediondez do crime e na possibilidade de coação por parte do recorrente sobre a vítima, caso lhe concedida a liberdade.

Afirmou que a vítima não mais reside com a mãe e que fornecerá — conforme dito na oportunidade do interrogatório — material biológico para o exame pericial, de modo a afastar qualquer argumento tendente a fundamentar a prisão provisória.

Ainda, assim, conforme por ele salientado, não se revogou o encarceramento cautelar.

Pugna, por fim, pela concessão do *writ* para que aguarde o julgamento em liberdade, pois ausentes os motivos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em suas contra-razões, requer que o recurso seja improvido, pois se trata de crime hediondo, incompatível com a concessão de liberdade provisória.

Alega, por outro lado, que a primariedade e bons antecedentes não impedem a decretação da prisão preventiva.

Ao final, salienta que estão presentes os requisitos exigidos, pois há indícios suficientes de autoria e necessidade para realização das investigações.

O *Parquet* Federal, em seu parecer, opina pelo não-provimento do recurso, conforme ementa:

“Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos.

1. Estando presentes os requisitos, correta a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.
2. Pelo conhecimento e não-provimento do recurso. É o parecer”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Presentes os pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A legislação processual penal brasileira contempla seis hipóteses legais de prisão, que se dividem em 3 categorias:

1. prisões cautelares — prisão em flagrante (arts. 301 e 302, CPP), prisão preventiva (art. 312, CPP), prisão temporária (Lei n. 7.960/1989);
2. prisões processuais — prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (art. 393, I, CPP), prisão em razão de decisão de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º, CPP);
3. prisão em consequência de decisão condenatória transitada em julgado (arts. 674 e 675 e §§, CPP).

As duas primeiras categorias constituem espécies do gênero *prisão provisória*. A diferença entre ambas reside no fato de que as prisões cautelares

“têm por finalidade a asseguuração do resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório; as outras duas (prisões processuais), por terem como pressuposto o proferimento de ato decisório de pronúncia ou de condenação, assumem caráter marcadamente processual. Enquanto as tipicamente cautelares firmam-se a fatos extra e meta-processuais, as de caráter processual ocorrem no âmbito de processo em curso, necessariamente vinculadas a ato processual, de que derivam”. (Sanguiné, Odone. “Prisão Provisória e Princípios Constitucionais”. In “Fascículos de Ciências Penais”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 5, n. 2, abr/mai/jun, 1992, p. 107).

Apesar da multiplicidade de possibilidades de encarceramento, a liberdade de ir e vir não pode ser suprimida ao talante dos agentes públicos. A Constituição da República elencou, em seu art. 5º, diversos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, entre os quais, a liberdade. É um bem jurídico tão importante que, apesar da inexistência de um escalonamento hierárquico entre eles, veio previsto no **caput** do artigo, logo após a menção ao direito fundamental *vida*.

A liberdade, assim, só será restringida quando alguém estiver em

“flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (...)”. (art. 5º, LXI, CR).

Após a promulgação da Magna Carta, discussões surgiram em torno da obrigatoriedade da imposição das prisões processuais, determinadas pelo Código de Processo Penal, pelo fato de constituírem verdadeiras antecipações de pena, o que afrontaria os princípios constitucionais da Liberdade Pessoal (art. 5º, CR), do Estado de Inocência (art. 5º, LVII, CR), do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CR), da Liberdade Provisória (art. 5º, LXVI, CR) e a garantia de fundamentação das decisões judiciais (arts 5º, LXI e 93, IX, CR). Porém, não é o que cuida estes autos.

Outrossim, há intenso debate entre a **communis opinio doctorum** e a jurisprudência sobre a constitucionalidade da Lei n. 8.072/1990, que prevê os crimes hediondos e seu tratamento, que, na **quaestio**, caracteriza-se na impossibilidade de se conceder a liberdade provisória (art. 2º, II).

Em brevíssimas palavras, demonstro que estou diante de um tema de grande interesse e longe de pacificar-se.

O caso que ora se me apresenta trata da chamada prisão temporária (Lei n. 7.960/1989) e prisão preventiva (art. 312, CPP), respectivamente decretadas pelo juízo monocrático e confirmada, a última, pelo Tribunal recorrido.

Segundo prescreve a Lei Maior, o julgador, para determinar o encarceramento, além de estar vinculado às hipóteses legais, deve, obrigatoriamente, fundamen-

tar sobre a necessidade do decreto prisional, sob pena de nulidade e relaxamento da prisão, conforme mandamento constitucional (arts 5º, LXI e 93, IX, CR).

Com efeito, tendo em vista o princípio constitucional do Estado de Inocência (art. 5º, LVII, CR) e a garantia de fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, LXI e 93, IX, CR), a obrigatoriedade da prisão cautelar não pode provir de um automatismo da lei ou da mera repetição judiciária dos vocábulos componentes do dispositivo legal, e sim do *efetivo periculum libertatis*, consignado em um dos motivos da *prisão preventiva*, quais sejam, a *garantia da ordem pública ou econômica*, a *conveniência da instrução criminal* ou para *assegurar a aplicação da lei penal* (art. 312, CPP) e, quanto à *prisão provisória*, na *imprescindibilidade* (art. 1º, I, Lei n. 7.960/1989) da custódia para apuração dos fatos em sede de inquérito policial, *concretamente demonstrados pelo magistrado*.

Como o primeiro inconformismo do Recorrente combate a prisão temporária contra ele decretada, insta adentrar no tema, ainda que de forma perfunctória.

Após acirradas discussões, estabeleceu-se que a custódia provisória não é automática como pode parecer à primeira leitura do artigo 1º da norma em comento, mas, e somente, quando presentes, concomitantemente, as situações fáticas descritas nos incisos I e III ou I, II e III. Tanto é verdade que no art. 2º, § 2º, é determinada a obrigação de se fundamentar o decreto prisional.

Dessa forma, em todas as hipóteses, a natureza cautelar da prisão deve emergir a partir da realidade objetiva, de forma a evidenciar a *imprescindibilidade* (art. 1º, I) da medida extrema, conforme entendimento esposado por este Tribunal:

“Penal. Processual. Tentativa de roubo. Prisão provisória. Ausência de fundamentação.

1. Para a decretação da prisão provisória, sob o argumento de imprescindibilidade para as investigações do inquérito, impõe-se a efetiva demonstração do **periculum libertatis**, mediante a exposição de motivos concretos, sendo insuficiente para tanto meras conjecturas.

2. Recurso ordinário provido, para revogar o decreto de prisão provisória contra o paciente, por ausência de fundamentação. (RHC n. 11.992/RJ; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 2001/0137270-4. Relator Ministro Edson Vidigal)

Não obstante, não é o que ocorre **in casu**. A r. decisão primeva determina:

“De fato, além das fundadas razões de autoria do crime de estupro, não há dúvida de que a prisão cautelar do averiguado ensejará o prosseguimento eficaz das investigações, mediante a colheita de provas imprescindíveis para o ajuizamento da ação penal.

A par disso, vislumbro que a liberdade do indiciado no curso das investigações, além de sinalizar risco à integridade física e moral da vítima, também poderá redundar em novos abusos aos membros da família.

Posto isso, bem como diante do parecer do Ministério Público, decreto a prisão temporária de Marcelo Pereira Pinto (...).”

Não há apontamento judicial da realidade objetiva ensejadora da prisão provisória, vale dizer, os atos ou fatos envolvendo o Recorrente, supedâneos a amparar o decreto prisional, foram negligenciados pelo juiz **a quo**, o que redundou na inexistência de fundamentação da decisão e contrariedade ao mandamento legal.

Os acontecimentos caso proporcionados pelo indiciado devem ser *realçados* — e não *conjecturados* — pelo magistrado como forma de demonstrar o caráter de imprescindibilidade da prisão temporária, legitimando-a. Porém, não há informações a esse respeito na decisão prolatada em 1ª Instância.

Sob outro aspecto, surpreendentemente, o magistrado acena antecipado juízo de mérito — quando deveria limitar-se aos aspectos processuais — ao afirmar que a liberdade do recorrente “poderá redundar em *novos* abusos aos membros da família” (grifei).

O juiz poderia ter-se utilizado do próprio parecer do *Parquet* para embasar a decisão, mas compulsando os autos, deparei-me com argumentações ministeriais de pobreza franciscana, **verbis**:

“(...) Aduz a douta Autoridade ser necessária a decretação da prisão para o prosseguimento das investigações.

2. Concordo com o pedido formulado.

Inicialmente, cumpre observar que se encontram presentes os requisitos da Lei n. 7.960/1989.

Com efeito, há nos autos fundadas razões de autoria do delito de estupro. Alega a douta Autoridade Policial ser a prisão imprescindível para as investigações do inquérito (inciso I do mesmo dispositivo).

Estando presentes os requisitos legais e, ainda, na esteira do que estabelece a Lei n. 8.072/1990, concordo com a decretação da prisão temporária (...).”

Na mesma esteira, a Autoridade Policial, em sua representação (fl. 53/STJ) para decretação da prisão temporária, sustenta a requisição com simples expressões de efeito como “atos gravíssimos” e “garantindo a aplicação da justiça e a conclusão da investigação policial”, sem referir-se a qualquer acontecimento real protagonizado pelo Recorrente que justificasse a prisão.

Por todo o exposto, não vislumbro a legalidade da prisão temporária por absoluta falta de justificação, não logrando — os agentes públicos intervenientes nesta persecução penal e, principalmente, o juiz — demonstrar os motivos indicadores da imprescindibilidade do decreto prisional.

Com respeito à prisão preventiva, deve-se atentar para o fato de sua decretação depender, necessariamente, da existência de *elementos concretos de probabilidade* — sem os quais torna-se incabível a custódia excepcional — do réu empreender fuga ou colocar em risco a ordem pública ou instrução processual ou aplicação da lei penal (art. 312, CPP), e não ser calcada apenas em juízos subjetivos, premonição ou pressentimentos.

No caso em tela, a Autoridade Policial quando da apresentação do relatório, representou pela decretação da prisão preventiva ao argumento de que

“a versão apresentada pela vítima tornou-se concreta, quando da recusa do mesmo em fornecer material para confronto de DNA, tentando impedir a aplicação da justiça e o retardamento das investigações necessárias ao esclarecimento definitivo dos fatos”.

A representante do Ministério Público pugnou pela decretação da medida preventiva sob a fundamentação de que

“Primeiramente, a menor somente resolveu apontar o seu real agressor depois que foi abrigada em instituição deste Município e se viu protegida e dele afastada. O segundo e ainda mais relevante é que, uma vez que o feto foi preservado, o confronto de DNA da vítima e do denunciado seria prova absoluta a inocular o réu (caso sua alegação se confirmasse), mas *inexplicavelmente* ele se recusou a submeter-se ao exame para colheita de seu material. Há que se preservar a integridade da vítima e assegurar a instrução criminal. Presentes estão, assim, os requisitos da custódia cautelar, razão pela qual requereu *decrete-se a prisão preventiva de Marcelo Pereira Pinto (...)*”.

O magistrado, acolhendo a pretensão ministerial, decretou a custódia preventiva, **verbis**:

“Decreto a prisão preventiva do acusado Marcelo Pereira Pinto, atendendo ao requerimento formulado pela representante do Ministério Público, porquanto presentes os requisitos legais.

De fato, além das fundadas razões de autoria do crime de estupro, não há dúvida de que a prisão preventiva do averiguado ensejará o prosseguimento eficaz das investigações, mediante a colheita de provas imprescindíveis para a instrução criminal.

Além do mais, a liberdade do averiguado antes da instrução criminal, sinaliza risco à integridade física e moral da vítima, podendo influenciar no depoimento desta e das demais testemunhas arroladas.

O delito praticado é de extrema gravidade, porquanto a vítima à época dos fatos tinha apenas doze anos de idade e, ao que consta dos autos, portadora de distúrbios psicológicos, o que a torna ainda mais frágil.

Ressalto que ao averiguado foi dada a oportunidade de provar sua inocência, bastando apenas que realizasse o exame de DNA, porém, recusou-se a fazê-lo, injustificadamente.

Fundamenta-se, pois, a prisão preventiva nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal”.

Os motivos ensejadores da custódia preventiva são aqueles enumerados taxativamente no art. 312, CPP. Mas, além disso, os *pressupostos* para sua decretação devem, por óbvio, se fazerem presentes.

Não basta, contudo, ao juiz, para atender à determinação constitucional de fundamentação dos atos decisórios, simplesmente fazer uma indicação genérica do motivo ou repetir o texto legal. É forçoso que se baseie em fatos concretos e aponte a necessidade da medida cautelar extrema.

O decreto judicial menciona o pressuposto *indício de autoria* e, apesar de olvidar a menção à *materialidade* do crime, é suficiente para demonstrá-la, por ora, a mera apuração de fatos indicativos de existência de delito.

Os motivos apontados pelo juiz monocrático para sustentar a decisão são: (1) eficácia das investigações, mediante a colheita de provas imprescindíveis para a instrução criminal, ressaltando “que ao averiguado foi dada a oportunidade de provar sua inocência, bastando apenas que realizasse o exame de DNA, porém, recusou-se a fazê-lo, injustificadamente”; (2) manutenção da integridade física e moral da vítima; (3) evitar qualquer influência no depoimento da potencial vítima e das demais testemunhas arroladas; e (4) que “o delito praticado é de extrema gravidade”.

O Tribunal recorrido, ao denegar a ordem, de forma singela confirmou os mesmos motivos do juízo primevo, sem atentar para várias informações constantes dos autos:

“No que diz respeito à necessidade da prisão cautelar, em razão do crime, considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990, inafastável que pela sua extrema gravidade e pela hipótese do ilícito já ter acontecido inúmeras vezes, como também de se tratar de vítima, que na época detinha doze anos de

idade, somado ao fato de trazer problemas de ordem psicológica, o que a fragiliza ainda mais, como também de se cuidar de acusado com forte inge-
rência sobre ela, pois é seu padrasto, inevitavelmente sobressai que a prisão
preventiva decretada, não está desmotivada, sendo necessária para que a or-
dem pública seja resguardada, assim como a regularidade da instrução crimi-
nal e aplicação da lei penal.

É fato que cuida-se de delito que tem causado comoção pública (...)

Ora, o despacho do Magistrado, embora sucinto, ao dimensionar a gra-
vidade da infração, que causa repugnância à opinião da sociedade, sinalizou
que evidentemente se fazia mister a prisão preventiva para resguardar a or-
dem pública e assegurar a aplicação da lei penal, além de prevenir a incolumi-
dade física e moral da vítima, que já salientado no corpo desta decisão,
padece de problemas de distúrbios psicológicos. (...)

Outro fato que causa espécie é não querer submeter-se ao exame de
DNA, pois, embora garantia constitucional para eximir-se deste propósito,
esta diligência de vez afastaria ou não a sua responsabilização.

Evidentemente, se nega a autoria com tanta veemência, mais uma razão
para submeter-se ao exame”.

Discorrendo sobre o conteúdo mínimo da garantia de fundamentação das de-
cisões, **Antonio Scarance Fernandes**, através das lições de **Tarruffo**, leciona
que este conteúdo mínimo deve compreender:

“1. O enunciado das escolhas do juiz, com relação: a) à individualização
das normas aplicáveis; b) à *análise dos fatos*; c) à sua qualificação jurídica; d)
às conseqüências jurídicas desta decorrentes; 2. Nexos de implicação e coerên-
cia entre os referidos enunciados”. (**Fernandes, Antonio Scarance**. “Pro-
cesso Penal Constitucional”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 120).
Grifei.

Assim,

“Não há dúvida que a exigência de motivação abrange todas as decisões
relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, *principalmente quando
estas afetem direitos individuais*. Mantém-se, contudo, entre nós, a decisão
sem motivação dos jurados, tendo em conta que a própria Constituição garan-
te o sigilo da votação (art. 5º, XXXVIII, **b**)”. (idem *ibidem*). Grifei.

Nesse sentido, **Valdir Sznick** asseverou que o princípio do Estado de Inocência

“serve de norteador no sentido de que as prisões cautelares — *preventiva*,
em flagrante, por pronúncia, e prisão temporária — deverão obedecer a esse

princípio — só decretadas *se necessárias* e para a conveniência da instrução processual”. (Sznick, Valdir. “Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária”. São Paulo: Leud, 1994, p. 340). Grifei.

O magistrado e o Tribunal **a quo** não analisaram os fatos acaso acontecidos tendentes a demonstrar os motivos consistentes na garantia da ordem pública e eficácia da instrução criminal. Pelo que se depreende dos autos, as observações do juiz não passam de ilações subjetivas desprovidas de sustentáculos fáticos, o que é corroborado ainda, pela simples indicação genérica das normas legais aplicáveis à espécie.

Caso o decreto prisional atentasse para o fato de que a virtual vítima alterou o teor do seu depoimento, em sede policial, a partir do momento em que foi afastada da convivência do Recorrente, poder-se-ia indagar sobre a possibilidade da prisão cautelar. Contudo, ainda assim, não há como subsistir, haja vista que, pelo manifestação do *Parquet*, a simples remoção da pretensa vítima da residência do Recorrente surtiu efeito durante as investigações.

Independentemente do local em que estiver o Recorrente, a menor com ele não manteria contato, pois abrigada em instituição própria e, posteriormente, sob guarda de sua tia, portanto, afastada da residência da mãe e, conseqüentemente, do convívio com o Recorrente, pelo que se torna desnecessária a medida extrema.

Caso, porém, os acontecimentos, **a posteriori** verificados, indicarem a presença desse motivo, nada obsta ao magistrado decretar a prisão preventiva:

Processual Penal. Prisão preventiva. Revogação. Restabelecimento. Fato novo.

I - A prisão preventiva poderá ser revogada pelo juiz, no curso do processo, se se verificar a falta de motivos para que subsista, só podendo ser restabelecida se ocorrer fato novo que a justifique (CPP, art. 316).

II - Recurso provido”. (RHC n. 1.667/PB ; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 1991/0022186-4, DJ de 25.05.1992, p. 7.404. Relator Ministro Carlos Thibau).

Outra sorte não socorre a decisão monocrática ou colegiada quando analisada sob o prisma da alegação de gravidade do delito, pois, ainda sim, é imprescindível, a demonstração, como cediço na jurisprudência, da necessidade da prisão cautelar:

“RHC — Processual Penal — Sentença condenatória — Prisão — Na legislação brasileira, não mais existe prisão preventiva pela natureza da infração penal. Nem mesmo, considerando os crimes hediondos. Impõe-se ob-

servar o princípio da necessidade. Se a restrição ao exercício do direito de defesa decorre exclusivamente da sentença condenatória, materialmente, seria cumprimento antecipado de sanção penal”. (RHC n. 7.886/SP; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 1998/0064593-4, DJ de 17.05.1999, p. 239. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Relator p/ o acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro).

“(…) II - Prisão preventiva: falta de fundamentação concreta de sua necessidade cautelar, não suprida pelo apelo à gravidade objetiva do fato criminoso imputado: nulidade. A fundamentação da prisão preventiva — além da prova da existência do crime e dos indícios da autoria —, há de indicar a adequação dos fatos concretos à norma abstrata que a autoriza como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, arts. 312 e 315). A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei n. 8.072/1990), não basta a justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII)”. (RHC n. 68.631/DF — Distrito Federal. Recurso em **Habeas Corpus**. Relator: Ministro Sepulveda Pertence. Julgamento: 25.06.1991. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 23.08.1991).

Causa espécie, ainda, a decretação da prisão preventiva tendo por base a alegação de que o Recorrente negou-se a fornecer material probatório para análise de ADN, pois teria colocado em risco a instrução criminal. Além de decretada sem supedâneo legal, contraria, de forma escancarada, o direito a não-auto-incriminação, insculpido no art. 5º, LXIII, da Carta Magna.

O brocardo latino **nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam** é aplicado desde a Idade Média, vale dizer, a regra segundo a qual “ninguém pode ser compelido a depor contra si mesmo, pois ninguém é obrigado a auto-incriminar-se” era reconhecida desde os tempos em que os homens eram considerados súditos, categoria muito inferior a *cidadão*, à qual pertence, por determinação constitucional, todos os brasileiros, inclusive o Recorrente.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e, por isso, com envergadura de norma constitucional (art. 5º, § 2º, CR), dispõe em seu art. 8º, § 2º, **g, verbis**:

“Toda pessoa acusada de delito (...) (tem) o direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpada”.

No Brasil, o texto constitucional prevê determinação semelhante ao consignar no art. 5º, LXIII, que

“O preso será informado de seus direitos, entre os quais permanecer calado (...)”

O dispositivo erige como direito fundamental o direito ao silêncio ao consignar a expressão “permanecer calado”.

Hodiernamente, a interpretação constitucional assume uma posição de suma importância, principalmente nas questões que envolvem lesão a direitos e garantias fundamentais.

“O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do País foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus instintos à luz da Constituição”. (**Barroso, Luís Roberto**. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In *Revista de Direito Administrativo*. v. 225, jul/set 2001. Rio de Janeiro: Renovar, p. 36).

Destarte, os métodos interpretativos tradicionais, apesar de não proscritos da técnica exegética, não possuem a potencialidade necessária a concretizar os ditames constitucionais.

Assim, utilizando-se da hermenêutica constitucional adequada ao contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, aplicando-se os princípios da *máxima efetividade* e da *força normativa da Constituição* para justificar uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, o texto do citado dispositivo constitucional desdobra-se em conceitos muitos mais amplos, chegando a determinar que *ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja em âmbito processual, administrativo ou qualquer outro, que tenha a possibilidade de trazer-lhe prejuízo na seara criminal*.

Dessa forma,

“A interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inciso LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre direitos humanos, art. 8º, § 2º) *a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação*. Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado ou mesmo qualquer pessoa (inclusive testemunha a uma auto-incriminação”. (**Gomes Filho, Antônio Magalhães**. “Direito à Prova no Processo Penal”. São Paulo: RT, 1999, p. 113). Grifei.

Ou seja,

“O princípio **nemo tenetur se detegere** abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a incriminação de alguém. A recusa em submeter-se a intervenções corporais — colheita de sangue para exame de DNA — e a participar da reconstituição do crime; a negativa em sujeitar-se ao exame de dosagem etílica em delitos de trânsito; a oposição à entrega de documentos que possam comprometer seu possuidor. Todos esses comportamentos, por trazerem potencial lesão ao direito de defesa do acusado, estão encobertos pela máxima”. (**Haddad, Carlos Henrique Borli-do**. “O interrogatório no Processo Penal”. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 136). Grifei.

Portanto, torna-se evidente que o princípio constitucional da não-auto-incriminação

“constitui uma barreira intransponível ao direito à prova da acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis de repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção do exercício da função jurisdicional”. (**Gomes Filho, Antônio Magalhães**. “Direito à Prova no Processo Penal”. São Paulo: RT, 1999, p. 114). Grifei.

O juiz de 1ª instância, ao decretar a custódia preventiva, e a denegação da ordem pelo Tribunal recorrido lesou, indubitavelmente, direito fundamental do Recorrente, pois, disfarçadamente, teve o intuito de constrangê-lo a submeter-se ao exame pericial. A afirmação é corroborada pela manifestação ministerial transcrita e, principalmente, com a posterior concordância do Recorrente, na oportunidade do interrogatório (fls. 173/STJ), em fornecer material biológico para confrontação de ADN.

Por fim, com fulcro no art. 2º, II, Lei n. 8.072/1990, a liberdade deixou de ser restituída, ao argumento de que o mencionado dispositivo, expressamente, proíbe a

liberdade provisória quando praticado crime hediondo ou assemelhado (fls. 177 e 189/STJ).

Estou a enveredar-me por tema axiologicamente diverso daquele a que deveria estar afeito este caso, mas obrigado a isso por força das decisões monocrática e colegiada atacadas.

Jamais poder-se-ia invocar, **in casu**, o art. 2º, II, Lei n. 8.072/1990 para inadmitir a liberdade do Paciente. Liberdade provisória e prisão preventiva estão em posições de tal forma antagônicas, de modo que, reunidas as condições de um dos institutos, o outro jamais não poderá existir.

Assim, cabe falar em liberdade provisória, tão-somente, quando houver prisão em flagrante. Por outro lado, presentes os pressupostos e motivos da prisão preventiva, deve ser decretada, sendo inadmissível, portanto, liberdade provisória. Caso desapareçam os motivos da custódia cautelar, o encarceramento deve ser relaxado.

O Paciente foi preso preventivamente, ou seja, segundo entenderam os Magistrados que atuaram neste processo, havia motivos para a decretação da medida e, por isso, deveriam negar a liberdade e nunca recorrer ao mencionado dispositivo ordinário.

Posicionei-me no sentido de não admitir a liberdade provisória quando imputada a prática de crimes hediondos e assemelhados quando do julgamento dos processos HC n. 26.755, HC n. 27.780, HC n. 28.967 e RHC 13.060.

Contudo, ao refletir sobre o tema, não poderia coadunar com a perpetuação de situações, a meu ver, contrárias ao ordenamento jurídico e resolvi, por isso, modificar meu convencimento.

Dispõe o art. 5, XLIII, CR:

“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Como percebe-se, a Constituição remeteu à lei ordinária a regulação das suas prescrições, vale dizer, caberia ao legislador a tarefa de elencar os delitos hediondos e seu tratamento jurídico, conforme determinado pelo texto do dispositivo em comento.

As regulações ordinárias das restrições à liberdade, como direito fundamental que é — fazendo-se a conjugação do **caput** e incisos XLIII e LXI, art. 5º, CR —, devem encontrar permissivo no próprio dispositivo que o menciona, ou seja, os limites ao direito de liberdade devem vir determinados no próprio artigo 5º da Lei

Maior e a sua regulação, na infraconstitucionalidade, deve obedecer as suas prescrições.

Assim, as exceções ao direito de liberdade resumem-se aos casos dos mencionados incisos, que, obrigatoriamente, devem ser fundamentadas pelo juiz e, em relação aos crimes hediondos, só não seriam suscetíveis de fiança, graça ou anistia, não estabelecendo a CR a prisão cautelar obrigatória quando a alguém for imputado um daqueles delitos.

A Doutrina Processual Penal posicionou-se no sentido de que o texto da referida lei fere

“A Constituição Federal com a total vedação de liberdade provisória com ou sem fiança. Argumentou-se, em síntese, que o art. 5º, inciso XLIII, só afirmou a inafiançabilidade dos crimes hediondos, não possibilitando ao legislador ordinário que impedisse, de maneira integral, a liberação provisória da pessoa presa em flagrante, como sucedeu com o art. 2º da Lei n. 8.072/1990”. (**Fernandes, Antonio Scarance**. “Processo Penal Constitucional”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 319).

Contudo, a Lei n. 8.072/1990 foi além e determinou a impossibilidade de conceder a liberdade provisória, indo de encontro aos princípios fundamentais da Liberdade (art. 5º, **caput**, e inciso LXI, CR), do Estado de Inocência (art. 5º, LVII, CR) e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, LXI, e 93, IX, CR), reduzindo o juiz a um mero proclamador e aplicador da vontade do legislador ordinário, que atuou de forma ilegítima e inconstitucional.

A lei infraconstitucional só vigora quando em perfeita consonância com o conjunto principiológico da Lei Maior, caso contrário, resta revogada ou é inconstitucional, classificação que se dá dependendo da data da entrada em vigor da lei.

A Lei dos Crimes Hediondos, pelo exposto, é em vários aspectos, manifestamente inconstitucional, não obstante reiteradas decisões do STF em sentido contrário.

Ora, não se pode prescindir da contemplação da lei à luz dos ditames constitucionais, fugindo ao mister precípua do julgador de hermeneuta e aplicador do ordenamento jurídico.

Sequer questiona-se nos Tribunais a nomenclatura equivocada e espoliadora das leis penais e processuais penais. É flagrantemente incongruente a expressão liberdade provisória e Estado democrático de direito.

A prisão é sempre provisória, seja proveniente de medida cautelar ou sentença condenatória irrecorrível, haja vista que não há pena de caráter perpétuo no Brasil (art. 5º, XLVII, **b**, CR). É patente que

“A vedação da liberdade provisória, de forma abstrata e absoluta, a presos em flagrância referentes a determinados delitos fere frontalmente a fórmula fundamental do devido processo legal, na medida que constitui verdadeira antecipação de pena imposta sem processo e sem julgamento, ferindo, assim e conseqüentemente, a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado (a chamada ‘presunção de inocência’)”. (**Karam, Maria Lúcia**. “Prisão e Liberdades Processuais”. **In**: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abr./jun., 1993, p. 87).

A liberdade é incessante, contínua, tanto que só pode ser restringida nas remotas permissões legais, por autoridade judiciária, que seja competente para expedir o mandado e que a ordem seja fundamentada.

Ou seja, a liberdade, no ordenamento, é regra e perpétua, enquanto a prisão é exceção e provisória. Sempre.

Por isso,

“Não há possibilidade de vedação absoluta da liberdade provisória pelo legislador ordinário para uma determinada tipologia de crimes, por exemplo, os denominados crimes hediondos (tal como ocorreu com a Lei n. 8.072/1990), pois tal disposição incide no vício de inconstitucionalidade. Precisando melhor essa idéia: a lei poderá admitir ou não a liberdade provisória, conforme circunstâncias concretas, mas não vedá-la em caráter genérico e absoluto, pois infringiria os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal. *O legislador, mesmo quando autorizado constitucionalmente a editar normas restritivas, permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido* (**Canotilho**). Será esta lei inconstitucional, mesmo adequada e necessária, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantia desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos. Também vale recordar que essa garantia é aplicável a todas as espécies de prisões provisórias”. (**Sanguinê, Odone**. “Prisão Provisória e Princípios Constitucionais”. **In** Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 5, n. 2, abr./mai./jun., 1992, p. 98). Grifei

Ora, não estamos mais a viver sob os auspícios do Estado liberal, em que o julgador era a “boca” da lei, não lhe sendo permitido qualquer atividade hermenêutica. O Estado democrático de direito exige do magistrado a interpretação e o obriga a apontar os fatos, indícios e preceitos legais em que se baseou para prolatar sua decisão.

Na matéria constante do caso **sub judice**, apesar das lições nos manuais de processo penal e nas universidades oferecerem solução simples e satisfatória, certo é que, no cotidiano forense, os operadores do Direito e, principalmente, os nobres julgadores, vêm ombreando com a moderna teoria jurídica, fato que acarreta profundo abismo entre a epistemologia/dogmática e a prática do Direito.

Olvidam-se que o Direito

“Não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana. Aliás, toda a ordem jurídica não teria sentido se não tivesse por fim ou conteúdo a realização desses valores.” (**Greco Filho, Vicente**. “Tutela Constitucional das Liberdades”. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8).

Não obstante, um sem número de

“Decisões repetem o argumento de que o julgador não pode julgar em desacordo com a lei em vigor, muito embora reconheçam, em sua maioria, o absurdo da mesma. Explicam que ao Poder Legislativo caberia modificação da restrição acima citada, não ao Poder Judiciário, que age limitado pelas leis.

Ocorre que todos que sustentam essa hipótese não percebem que na realidade tal permissão existe, e pasme, numa norma hierarquicamente superior, ou seja, na Constituição Federal do Brasil.

O constituinte, ao incluir o inciso XLIII no Título II da Lei Maior, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, impôs que esse dispositivo é, antes de mais nada, uma verdadeira garantia fundamental do indivíduo — tem natureza de garantia constitucional. (...)

O que o constituinte fez foi garantir a todos os cidadãos brasileiros que, caso respondam pelos delitos definidos como hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tortura e terrorismo, somente lhas será negado o direito à (1) fiança, à (2) graça e à (3) anistia.

Não se discute aqui a razoabilidade de tais limitações, mas tão-somente que não reconhecer essa garantia expressa na Constituição vigente é um verdadeiro atentado ao conceito de garantia constitucional.

Quem julga admitindo o aumento dessa restrição constitucional está decidindo em total desacordo com o ordenamento jurídico vigente, ou seja, a Magna Carta.

Não se pode admitir que o legislador ordinário estabeleça restrição aos direitos e garantias previstos pela Lei Maior, uma vez que nem mesmo a emen-

da constitucional é capaz de tal absurdo (art. 60, § 4º, IV, da CF), sendo tal precedente perigosíssimo!

Imagine-se que o legislador decida restringir o direito à propriedade, à sucessão, à inviolabilidade do domicílio, promulgando uma lei que trata do assunto. Deverão os juízes julgar de acordo com essa lei, ou respeitar sobretudo a norma constitucional? (...)

Assim, para que não se permita ao legislador ordinário mutilar os direitos e garantias fundamentais do homem, não se pode mais admitir a impossibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança àqueles que respondem pelos crimes hediondos e equiparados, sob o fundamento de que há um impedimento legal vigente.

O citado benefício até poderá ser negado ao réu que não faça jus ao mesmo por estarem presentes circunstâncias que autorizariam decreto de prisão preventiva; mas jamais pela restrição imposta pela Lei de Crimes Hediondos”. (**Bandeira, Fernando Thompson**. “Atenção! Os Tribunais estão admitindo um Perigoso Precedente para a Mutilação dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem”. In Boletim do IBCCRIM, ano 11, n. 124, março de 2003, p. 5).

Por isso, **Tourinho Filho** leciona que

“Em face desses diplomas que vão surgindo sem maiores reflexões, deva o Judiciário, às vezes, decidir **contra legem**, corrigindo desse modo, os clamorosos desalentos do legislador (...)”. (**Tourinho Filho, Fernando da Costa**. “Processo Penal”. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 457).

Diante disso, tendo em vista os argumentos esposados e o disposto no art. 5º, LVII e LXI, CR, entendo inconstitucional o art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

Por outro lado, a existência da *cautelaridade* se faz absolutamente necessária. A liberdade provisória deve ser concedida sempre que inexistentes os fundamentos da prisão preventiva, ainda que se trate de crimes hediondos e semelhantes, como vem se assentando na jurisprudência desta Corte:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Indeferimento de exame toxicológico. Liberdade provisória. Fundamentação.

I - Não tendo as teses de nulidade do feito em razão do indeferimento do pedido de exame toxicológico e de desclassificação do delito constante do art. 12 para o do art. 16 da Lei n. 6.368/1976, sido enfrentadas pelo v. acórdão reprochado, fica esta Corte impedida de analisá-las, sob pena de supressão de instância. (Precedentes.)

II - O indeferimento do pedido de liberdade feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado. A qualificação do crime como hediondo não dispensa a exigência de fundamentação concreta para a denegação da liberdade provisória. (Precedentes.)

III - Nos chamados crimes hediondos, a decisão que nega ao réu benefício de apelar em liberdade deve ser concretamente fundamentada. (Precedentes.)

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (RHC n. 15.350/SP; 2003/0211763-6. DJ de 29.03.2004, p. 255. Relator Ministro Felix Fischer)

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Tráfico de entorpecente. Exame de provas. Prisão em flagrante. Liberdade provisória indeferida, com fundamento unicamente na hediondez do delito. Falta de requisitos autorizadores da medida extrema. Constrangimento ilegal.

Não basta para a decretação da custódia cautelar a simples qualificação do delito como hediondo, devendo ser atendidos os requisitos do art. 312 do CPP, fundamentando a necessidade da prisão.

Quanto à alegação de que não há elementos que caracterizem o tráfico imputado ao paciente, vale lembrar que o **habeas corpus**, enquanto instrumento processual, não propicia a veiculação de questões, cujo entendimento demanda o exame aprofundado de fatos e provas.

Recurso parcialmente provido para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante a condição de comparecer a todos os atos, ressalvada a possibilidade de decretação de nova custódia por motivo superveniente. (RHC n. 15.234/MG; 2003/0196970-0, DJ de 15.03.2004, p. 286. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

“Criminal. **HC**. Posse de entorpecentes. Porte ilegal de arma. Indeferimento de liberdade provisória. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não demonstrada. Motivação restrita à presunção de prejuízo à colheita de prova. Presença de condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

I - Exige-se concreta motivação ao óbice à liberdade provisória de paciente primário e sem maus antecedentes, não bastando a simples alusão à gravidade do delito.

II - Não resta demonstrada a necessidade da medida constritiva excepcional, se evidenciado que a manutenção da custódia processual foi embasada

exclusivamente na presunção de que o paciente, se solto, possa vir a prejudicar a produção da prova, sem ter havido, contudo, o exame de qualquer fato concreto a justificar a segregação.

III - A presença de condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

IV - Deve ser concedida a liberdade provisória em favor de Adilson Souza de Andrade, mediante condições a serem estabelecidas em 1ª grau de jurisdição, sem prejuízo de que o Julgador, com base em fundamentação concreta, venha a decretar nova custódia.

V - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 30.060/RJ; 2003/0153250-3, DJ de 02.02.2004, p. 343. Relator Ministro Gilson Dipp)

“Processual Penal — Tráfico de entorpecentes — Inocência — Exame de provas — Aplicação do rito previsto na Lei n. 10.409/2002 — Matéria não examinada pelo Tribunal **a quo** — Prisão em flagrante — Pedido de liberdade provisória — Ausência de motivação concreta.

— A alegação genérica de inocência é inviável de ser examinada pela via estreita do *writ*, em razão da necessidade do amplo exame de provas.

— No que tange ao argumento de que não foi observado o rito previsto na Lei n. 10.409/2002, que trata da defesa preliminar, verifico que tal matéria não foi objeto de análise pela Corte **a quo**, o que impede seu exame nesta oportunidade, sob pena de suprimir-se instância.

— Por fim, consoante entendimento desta Corte, mesmo em se tratando de tráfico de entorpecentes, a negativa de concessão de liberdade provisória deve ser fundamentada, não sendo suficiente a mera alegação de que se trata de crime equiparado a hediondo.

— Ordem concedida em parte apenas para que seja deferida à paciente a liberdade provisória, ressalvada a sua constrição por motivo superveniente. (HC n. 28.012/RS; 2003/0060587-2, DJ de 15.12.2003, p. 334. Relator Ministro Jorge Scartezzini)

Poderia, ainda, discorrer sobre a inadmissibilidade da prisão temporária ou da inaplicabilidade da Lei n. 8.072/1990 à espécie, por entender que não constitui crime hediondo o estupro e o atentado violento ao pudor concretizados a partir da violência presumida.

Não o farei por acreditar que a argumentação expendida é suficientemente bastante a sanar a ilegalidade perpetrada com a manutenção do encarceramento provisório.

Registro, portanto, que:

1. inexistem motivos, concretamente fundamentados, suficientes para firmar o **periculum libertatis**;

2. há manifesta inconstitucionalidade a macular as decisões atacadas, pois ferem, ainda que de forma tácita, o princípio constitucional da não-auto-incriminação;

3. é inaplicável o art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990 à espécie, porquanto trata de tema diverso do versado nestes autos.

4. não se reveste a prisão provisória de sua natureza de necessidade e cautelaridade; e

5. tendo em conta a prevalência das normas constitucionais pertinentes à concretização dos direitos fundamentais sobre os dispositivos infraconstitucionais que os limitam, entendo o dispositivo inconstitucional ao inadmitir a liberdade provisória.

Posto isso, julgo *procedente* o recurso.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 16.115 — PA (2004/0071572-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrentes: Mauro de Jesus Souza Rocha e outro

Advogada: Arlete Eugenia dos Santos Oliveira

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Pacientes: Mauro de Jesus Souza Rocha e Lucimauro Silva Carneiro

EMENTA

Denúncia (requisitos). Defeitos (inépcia). Inobservância de lei, regulamento ou instrução (norma penal em branco).

1. O art. 324 do Código Penal Militar pressupõe a prática de ato prejudicial à administração militar.

2. Pressupõe também, porque se trata de tipo penal incompleto (de descrição incompleta da conduta incriminada), que a conduta descrita tenha precipuamente inobservado lei, regulamento ou instrução.

3. Faltando à denúncia tais informações, faltam-lhe requisitos imprescindíveis para abrir a ação penal — inépcia formal da denúncia (Código de Processo Penal Militar, art. 77, e; Código de Processo Penal, art. 41).

4. Recurso ordinário provido; ordem concedida para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de denúncia fundada no art. 324 do Código Penal Militar, datada de 12.03.2002 e recebida em 04.12.2002. Aos militares denunciados o Tribunal de Justiça do Pará, em 16.02.2004, negou a ordem de **habeas corpus** que lá fora impetrada. Fê-lo nestes termos:

“Analisando-se os elementos trazidos aos autos, verifica-se que os argumentos apresentados pela impetrante não são suficientes para que se conceda a ordem.

Primeiramente, não restou comprovada a ausência de conduta típica por parte dos pacientes, estando, tanto o representante do Ministério Público, quanto o Juízo processante convencidos da infração militar do art. 324 do Código Penal Militar.

Desse modo, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, havendo elementos suficientes e existindo, ao menos em tese, uma infração a ser apurada, o meio adequado para que isso ocorra é no curso do competente processo penal, onde os acusados podem melhor se defender e provar suas alegadas inocências.

Quanto ao fato de os pacientes figurarem no rol de testemunhas, como bem ressalta a douta Procuradora de Justiça em seu parecer, trata-se de mera irregularidade que não tem a capacidade de anular a referida ação penal.

Posto isto, não estando configurado o alegado constrangimento ilegal, denego a presente ordem.”

Nas razões encaminhadas ao Superior Tribunal, os recorrentes alegam e pedem o seguinte em resumo:

“Da exegese do artigo vê-se, de plano, que além da ação dolosa é necessário que esta dê causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar. Pois somente assim, a tipicidade estará esgotada.

Em que pese o esforço do ilustre representante do Ministério Público Militar, não consta nos autos qualquer referência a prejuízo material causado à administração militar.

A noção de prejuízo está intimamente ligada a de dano, conforme ensina **Aurélio Buarque de Holanda**. Logo, não constando na denúncia que prejuízo material causado pelos acusados, o fato torna-se atípico.

(...)

A norma do art. 324 é uma norma penal em branco e assim sendo deve ser completada por outra, que também deverá descrever uma conduta que integrará a ação delituosa.

Não consta nos autos qualquer referência de que os acusados tivessem conhecimento de que o graduado estivesse impedido de deixar o quartel, já que circulava livremente pelas dependências do quartel, não ficava em xadrez, não era vigiado pelo CB da guarda, pelo Comandante da Guarda, não se encontrava no cárcere, estava cumprindo punição disciplinar ‘fazendo serviço’.

Vê-se que a norma se refere à ‘inobservância de lei, regulamento ou instrução’, ou seja, de uma norma penal, em branco, aquela que para sua existência, necessita de outra lei, de outra norma (regulamentar), se não houver a indicação da lei ou regulamento, não há o crime. Em a lei penal em branco, o preceito é indeterminado, mas a sanção é precisa.

(...)

Posto isso, os Recorrentes requerem que essa colenda Corte, apreciando o presente recurso ordinário, tome dele conhecimento e lhe dê provimento para o efeito de reformar o acórdão recorrido, deferindo o pedido de trancamento da ação penal, diante dos elementos constantes nos autos.”

O Ministério Público Federal é de parecer pelo não-provimento do recurso ordinário.

Requisitei informações atualizadas, as quais me foram prestadas pelo Juiz Auditor em 02.09.2004. Vejamo-las:

“O feito em epígrafe, encontra-se, atualmente, em fase inicial de sumário, já tendo sido designado o dia 26 de novembro do ano fluente, às 11h, para a audiência de qualificação e interrogatório dos denunciados, bem como para a inquirição de todas as testemunhas arroladas pelo Representante do *Parquet*, no vestíbulo.

Por oportuno, ratifico todas as demais informações prestadas ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, há quando da apreciação do **HC**, em primeira instância, e que integram, também, o presente.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Entre as alegações que nos foram apresentadas pelos recorrentes inclui-se a de inépcia da denúncia oferecida pela Promotoria de Justiça Militar nestes termos:

“I - Noticiam os presentes autos que por volta de 00:10h do dia 26.11.2000, o 2º SGT BM Márcio André Vasconcelos de Souza que estava cumprindo punição disciplinar de detenção, conseguiu evadir-se do Quartel do 1º GBM e ter reingressado clandestinamente 40 minutos após, sem ter sido percebido por nenhum dos sentinelas da hora, motivo pelo qual foi autuado em flagrante pelo Oficial de Dia, 2º Ten BM Rabelo.

II - Que os denunciados acima estavam de sentinela de hora no dia e no local acima mencionados, sem que tomassem as devidas cautelas legais no sentido de evitar a intenção do graduado em ausentar-se do Quartel do Corpo de Bombeiros.

Com a conduta acima descrita, estão os denunciados incursos nas sanções punitivas do art. 324 do Código Penal Militar, requerendo o Representante do Ministério Público Militar.”

Dou-lhes razão. Com efeito, o tipo legal em causa pressupõe a prática de ato prejudicial à administração militar, observemo-lo: “Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato

prejudicial à administração militar” (Código Penal Militar, art. 324). Todavia, na denúncia acima, não há a indicação da prática de tal ato pelos denunciados. É falha, portanto, a inicial da ação penal, visto que o fato eventualmente criminoso não foi, conquanto devesse sê-lo, exposto com todas as circunstâncias (Código de Processo Penal Militar, art. 77, e; Código de Processo Penal, art. 41).

Além disso, o denunciante, sem dúvida, falhou noutro ponto, pois, tratando-se, como aqui se trata, de norma penal em branco, consoante facilmente se percebe de sua rubrica (vejamo-la: “inobservância de lei, regulamento ou instrução”), deixou o denunciante, na exposição por si feita, de apontar em que teria consistido a inobservância, a saber, inobservância de qual lei, ou de qual regulamento, ou de qual instrução.

Ora, sabido e ressabido é que em branco são as proposições ou os preceitos incompletos, aqueles “corpos errantes”, segundo a expressão, se não estou enganado, de **Binding**, “à procura de alma”. “Chamam-se normas penais em branco”, escreveu **Fragoso**, “aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura”. Em suma, são proposições genericamente formuladas, dependendo, para que se tornem um conjunto único, que as lacunas sejam integradas, isto é, completadas com as disposições de outra lei, decreto, regulamento ou instrução. Em casos dessa espécie, impõe-se seja sempre indicado o texto integrativo acaso contrariado. Escrevendo sobre a lei penal no tempo, observou ainda **Fragoso** quanto às leis penais em branco (e a lição vem bem a propósito): “A doutrina prevalente pronuncia-se em contrário, entendendo que a alteração das disposições que integram a lei penal em branco modificam o estado jurídico total em que o réu se acha, não podendo deixar de ser consideradas caso venham a beneficiar o acusado.”

No caso em comento, repitamos, não há, na denúncia, referência a nenhum ato integrativo da aludida norma penal militar em branco: lei, regulamento ou instrução.

Dou provimento ao recurso ordinário, concedendo a ordem de **habeas corpus** a fim de trancar a ação penal devido à inépcia formal da denúncia.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 12.520 — GO (2000/0112859-0)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Relator p/ o acórdão: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Andréa Maria Peixoto e outros

Advogados: Élcio Berquo Curado Brom e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Impetrados: Secretário de Administração do Estado de Goiás e Diretor-Presidente do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás

Recorrido: Estado de Goiás

Procuradores: Weiler Jorge Cintra e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Remuneração. Vantagens de caráter pessoal. Base de cálculo. Julgamento **extra petita**. Artigo 460 do Código de Processo Civil

1. “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (artigo 460 do Código de Processo Civil).

2. Julgamento **extra petita** caracterizado, dada a dissonância entre o pedido deduzido na inicial do *writ* e os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido.

3. Recurso provido, determinando-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Vicente Leal. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Fontes de Alencar. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Vicente Leal. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator p/ o acórdão.

DJ de 29.03.2004

EMENTA

Recurso ordinário. Processual Civil. Julgamento **extra petita**. Inocorrência. Servidor público. Ipasgo. Gratificação de exercício. Incorporação ao vencimento básico para fins de cálculo de outras vantagens. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo.

1. Ajustando-se a prestação jurisdicional ao pedido, não há falar em ocorrência de julgamento **extra petita**.

2. “O fato de o acórdão impugnado invocar outros fundamentos, diferentes daqueles suscitados pelas partes, não implica em julgamento fora do pedido. Como se sabe, não está o juiz adstrito às razões da parte para acolher determinada questão, podendo fazê-lo por outros fundamentos.” (REsp n. 278.180/CE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **in** DJ de 11.12.2000).

3. A Gratificação de Exercício, como se denominou a Gratificação de Produtividade, instituída pelo artigo 3º do Decreto n. 181/1974, é vantagem pecuniária que integra a remuneração dos Fiscais de Previdência III do Ipasgo, e, não, verba de natureza vencimental, não podendo, assim, servir de base para o cálculo das demais vantagens pecuniárias do servidor.

4. Em inexistindo determinação legal expressa no sentido de que a Gratificação de Exercício, estendida aos Fiscais de Previdência III do Ipasgo, por força da Lei n. 13.402/1998, se incorporaria ao vencimento básico desses servidores, é de se reconhecer a inexistência do alegado direito líquido e certo amparável pela via mandamental.

5. “Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;” (artigo 37, inciso XIV, da Constituição da República).

6. Recurso improvido.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Andréa Maria Peixoto e outros 41 autores, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servido-

res do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, impetraram mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Administração e o Diretor-Presidente do Ipasgo, objetivando lhes seja assegurado o direito de ver suas vantagens pessoais calculadas sobre a remuneração do cargo de Fiscal de Previdência III, assim considerada a soma do vencimento-base com a Gratificação de Exercício e a Gratificação de Representação Especial.

Para tanto, alegou o seguinte:

“(…)

Por força da Lei n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, foi estendida aos impetrantes e demais titulares dos cargos de Fiscal de Previdência III, a parcela vencimental denominada ‘Gratificação de Exercício’, paga em razão do exercício do cargo, em retribuição às atividades desenvolvidas de cálculo, fiscalização e controle de contribuições obrigatórias e facultativas, devidas pelos contribuintes do Ipasgo, dentre outras atribuições, nos termos das declarações anexas.

Tal gratificação já vem sendo paga aos servidores titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV desde o advento do Decreto n. 181, de 28.06.1974 (DOU de 30.06.1974), e foi devidamente implementada na folha de pagamento dos impetrantes a partir do mês de dezembro próximo passado.

Quando do implemento da ‘Gratificação de Exercício’, a parcela, que tem natureza essencialmente vencimental — não se tratando, pois, de vantagem pessoal, foi paga em seus contracheques como vencimento do cargo, e como tal repercutia, somado ao vencimento básico, para fim de cálculo das vantagens pessoais dos impetrantes.

Ocorre, porém, que no pagamento dos vencimentos/proventos do mês de junho, pagos em julho, entenderam por bem as autoridades coatoras em determinar que a parcela vencimental ‘Gratificação de Exercício’ não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para o cálculo das vantagens pessoais que os impetrantes fazem jus em razão de condições individuais, recebidas em virtude de condições especiais, a saber: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; gratificação de produtividade — em razão da alta produtividade, devido desde 1982; dentre outras vantagens também de natureza individual.

Estes atos causam aos impetrantes prejuízos mensais de grande monta, lhes fere o direito adquirido e constitui redução vencimental, o que no ordenamento jurídico legal e constitucional vigente é defeso, segundo se demonstrará.

(…)” (fls. 5/6).

A Segunda Turma da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, extinguiu o processo, por carência do direito de ação, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Sob o prisma da Lei n. 1.460/1988 e a sua interpretação jurisprudencial a incorporação de função aos proventos do servidor público está condicionada à efetiva percepção do benefício por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

A não-comprovação do referido lapso temporal configura ausência do direito líquido e certo hábil a amparar a pretensão mandamental.

Segurança extinta por carência do direito à ação mandamental.” (Fl. 424)

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados, em decisão sumariada da seguinte forma:

“Embargos declaratórios. Contradição e omissão incorrentes.

A contradição justificadora da interposição dos embargos declaratórios há de ser aquela revelada entre as premissas que compõem o raciocínio ou entre estas e a conclusão do **decisum**, e não aquela decorrente da divergência entre a pretensão e o posicionamento adotado pelo julgador. Inexistentes alegadas contradição e omissão, devem ser rejeitados os embargos declaratórios.

Embargos de declaração rejeitados.” (Fl. 445)

Do acórdão foi interposto recurso ordinário, com fundamento no artigo 105, inciso II, alínea **b**, do permissivo constitucional, em que se alega que o acórdão recorrido decidiu questão diversa da que lhe foi submetida, violando o artigo 460 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“(…)

O que se pretende é ver utilizadas as parcelas que compõem a remuneração do cargo, para fins de cálculo das vantagens pessoais.

Ao julgar o pedido, concluiu o julgador que ‘Assim, embora preliminarmente não possa falar em decadência, no mérito há que se reconhecer a ausência do direito líquido e certo dos impetrantes. Assim, a retirada de tal benefício do vencimento dos servidores em questão não pode ser tida como ofensiva a seu direito adquirido, já que não provaram ter usufruído de tal benefício por tempo suficiente à sua incorporação. A solução há de ser busca-

da em procedimento outro e não através dos limites estreitos do mandado de segurança.’

Ora, não houve supressão das parcelas principais (gratificação de exercício e gratificação de representação especial). O que houve e é o que se ataca no *writ* é a não-utilização de ambas, junto com o vencimento, para fins de recálculo das parcelas de natureza individual.

Desta feita, o julgamento se deu em âmbito diferente do que proposto, devendo ser cassada (...)” (fl. 452).

Sustentam, ainda, os recorrentes que:

“(…)

A gratificação de exercício e gratificação de representação especial são parcelas vencimentais que visam remunerar as funções desempenhadas pelos titulares dos cargos e carreira, e desta feita, devem ser somadas ao vencimento básico para fins de cálculo de suas vantagens pessoais, o que deixou de ser feito, por determinação do primeiro impetrado e executado pelo segundo.

(…)

Em se tratando de parcela vencimental e não de vantagem pessoal, devem as parcelas ser somadas para fins de cálculo das vantagens pessoais, sob pena de se calcular as vantagens pessoais com valores e percentuais diferentes do que assegura a lei estatutária vigente.

A doutrina faz a distinção das parcelas vencimentais e de vantagens pessoais para fins do disposto no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal, com redação que lhe deu a Emenda Constituição n. 19/1998 (...).

Neste sentido, a jurisprudência distingue as parcelas que integram o vencimento do servidor público, para fins de cálculo de vantagens pecuniárias. (...)

(…)

*Com base nestas disposições doutrinárias e constitucionais, verifica-se que os atos dos impetrados de excluírem da base de cálculo das vantagens pessoais as vantagens inerentes ao cargo dos impetrantes são ilegais e abusivos, merecendo correção por meio de **mandamus***

Por tal motivo, o v. acórdão, ao denegar a segurança malferiu direito líquido e certo dos impetrantes, de perceberem suas parcelas de natureza pessoal calculadas sobre o total de seus vencimentos, causando injusta redução salarial.

(...)” (fls. 453/456).

Requerem, ao final, “(...) seja cassado o acórdão recorrido, eis que proferido **extra petita**, determinando a baixa dos autos para que nova decisão profira; ou, concluindo-se que não é o caso de anulação, mas sim de apreciação meritória, requer seja o mesmo reformado, garantindo aos impetrantes os seus direitos líquidos e certos de ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, em razão do direito adquirido, o ato jurídico perfeito, irredutibilidade vencimental, além de dar correta interpretação do direito frente à nova redação do art. 37, XIV, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998.” (Fl. 457)

Recurso tempestivo (fl. 450), respondido (fls. 463/465) e recebido (fls. 473/474).

O Ministério Público Federal se manifestou pelo improvimento do recurso, em parecer sumariado da seguinte forma:

“Servidor público. Gratificações de natureza remuneratória, não pessoal. Impossibilidade, inobstante, de sua soma ao vencimento, visando à composição da base de cálculo das gratificações de caráter pessoal (efeito cascata). Precedentes. Parecer pelo desprovimento do recurso.” (Fl. 480)

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, Andréa Maria Peixoto e outros 41 impetrantes, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, pretendem que a “Gratificação de Exercício”, que lhes foi estendida pela Lei Estadual n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, e a Gratificação de Representação Especial, instituída pelo Decreto n. 4.142, de 06 de janeiro de 1994, integrem os seus vencimentos básicos, para fins de cálculo de outras vantagens pessoais, tais como: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; e gratificação de produtividade — em razão de alta produtividade, dentre outras vantagens de natureza individual.

Para tanto, alegaram que a “Gratificação de Exercício” tem *natureza essencialmente vencimental*, não se tratando, pois, de vantagem pessoal, daí por que deve ser paga como vencimento do cargo, para fins de cálculo de suas vantagens pessoais.

Sustentaram, ainda, os impetrantes, ora recorrentes, que os atos das autoridades apontadas como coatoras, que determinaram, a partir de julho de 1999, que a

“Gratificação de Exercício” não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para a concessão de vantagens pessoais, ofenderam direito líquido e certo em ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, violando, ainda, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o princípio da irredutibilidade vencimental, além da má interpretação da nova redação do art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19/1998.

A Corte Estadual, a despeito de ter extinguido o processo, por carência de ação, julgou-lhe o mérito, decidindo que os impetrantes não tinham direito adquirido à incorporação da “Gratificação de Exercício” aos seus padrões de vencimentos, por não terem demonstrado que perceberam a aludida vantagem por cinco anos ininterruptos, na forma exigida pelo art. 267 da Lei Estadual n. 1.460/1988 e art. 98 da Constituição do Estado, na sua redação original.

Vejam-se, a propósito, os fundamentos do acórdão recorrido:

“(…)

Relativamente ao mérito, convém lembrar que o art. 267, incisos I e II, do § 1º, da Lei n. 1.460/1988 permitia a incorporação aos proventos do servidor público estadual o direito de agregar ao vencimento a gratificação de função ou de representação que houvesse exercido por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

Tal benefício teve igualmente previsão na Constituição do Estado de Goiás, via de seu art. 98, o qual, entretanto, resultou revogado com o advento da Emenda Constitucional n. 10 de 04.04.1995.

Todavia, a Emenda Constitucional, ao revogar o texto em referência, fê-lo por razões de conveniência e não de inconstitucionalidade, não atingindo, portanto, a validade ou obrigatoriedade da lei ordinária, cujo texto não contraria o de nenhuma lei maior.

(…)

Entretanto, mesmo reconhecida a vigência do art. 267, da Lei n. 1.460/1988, o exercício da função, ou a percepção do benefício por um período de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, era condição **sine qua non** para a incorporação aos proventos.

(…)

E na perquirição do tempo de serviço exercido pelos autores da impetração, tem-se que não foi convenientemente demonstrada a percepção da vantagem por cinco anos ininterruptos.

(...)

Ora, como se vê, os próprios impetrantes, apesar de informar que os fiscais de nível IV já percebem a referida gratificação desde o ano de 1974, afirmam que eles mesmos somente tiveram esta vantagem estendida aos seus cargos após o mês de dezembro de 1998, ou seja, a menos de um ano, se efetuada a contagem do prazo até a retirada do benefício que ocorreu em meados deste ano.

Foram apenas meses de percepção de referida verba, o que não confere direito à sua incorporação.

(...)” (fls. 417/422).

De todo o exposto, resulta que, diversamente do alegado pelos recorrentes, não há falar, **in casu**, em ocorrência de julgamento **extra petita**, uma vez que a prestação jurisdicional ajustou-se à perfeição ao pedido, na exata medida em que o acórdão recorrido decidiu que a pretensão dos servidores só seria possível caso já percebessem a vantagem que pretendiam incorporar aos seus padrões de vencimentos por prazo superior a 5 anos.

Ademais, “o fato de o acórdão impugnado invocar outros fundamentos, diferentes daqueles suscitados pelas partes, não implica em julgamento fora do pedido. Como se sabe, não está o juiz adstrito às razões da parte para acolher determinada questão, podendo fazê-lo por outros fundamentos.” (REsp n. 278.180/CE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **in** DJ de 11.12.2000). Daí, o brocardo latino, **da mihi factum, dabo tibo jus**.

Pelo exposto, afasto a preliminar de ocorrência de julgamento **extra petita**.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, por unanimidade de votos, extinguiu o mandado de segurança impetrado por servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás contra ato do Secretário de Estado de Administração e o Diretor-Presidente do instituto, ao fundamento de que os impetrantes não fazem jus à incorporação da nominada *gratificação de serviço* porque não restou comprovado o cumprimento do requisito temporal, seja, a percepção da parcela por cinco anos ininterruptos ou dez anos intercalados, nos termos da Constituição Estadual e do Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais.

No recurso ordinário, sustentam os recorrentes, inicialmente, que o Tribunal **a quo** decidiu questão diversa da pretensão deduzida no *writ*. Alegam que a segurança foi impetrada com o objetivo de que o cálculo das vantagens pessoais incidisse sobre o valor da remuneração total do cargo, composta do vencimento padrão, da *gratificação de exercício* e da *gratificação de representação especial*.

O ilustre Ministro Hamilton Carvalhido, Relator do processo, negou provimento ao presente recurso ordinário constitucional, afastando a alegação de que o Tribunal de origem proferira julgamento **extra petita**, reconhecendo que o acórdão impugnado analisou o pedido do **mandamus** na medida em que decidiu que a incorporação da vantagem aos seus vencimentos dependia do implemento da condição temporal.

Pedi vista para melhor exame da questão.

Após reflexão do **thema decidendum**, estou em que o Tribunal goiano não analisou a pretensão deduzida pelos impetrantes.

Os impetrantes são servidores do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás, titulares do cargo de Fiscal de Previdência III.

Na exordial, sustentam que, por força da Lei Estadual n. 13.402, de 28.12.1998, foi-lhes estendida a parcela denominada *gratificação de exercício* paga em razão do exercício do cargo, a exemplo dos que já ocorria aos titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV, nos termos do Decreto n. 181, de 28.06.1974.

No entanto, alegam que, a partir de junho de 1999, as vantagens de natureza individuais de cada impetrante deixaram de ser calculadas sobre os valores do vencimento básico do cargo e da referida *gratificação de exercício*.

Dá a irresignação dos impetrantes, verberando possuírem direito líquido e certo de que a *gratificação de exercício*, juntamente com o vencimento padrão e com a *gratificação de representação especial*, sirvam de base de cálculo de suas vantagens pessoais.

Argumentam que a *gratificação de exercício* não possui natureza de vantagem individual, mas são pagas em razão do exercício do cargo, possuindo caráter de vencimento, motivo pelo qual deve servir de base de cálculo das vantagens pessoais.

Para melhor esclarecimento, transcrevo o pedido formulado na petição inicial, **verbis**:

“Face ao que se expôs, vêm os impetrantes requerer a tutela jurisdicional do Estado, através da ação especial de mandado de segurança, requerendo seja recebido e processado na forma legal, com a notificação dos impetrados para prestar as informações que se julgar necessárias; vistas ao Ministério

Público; e ao final, requer seja assegurado aos impetrantes o direito de ver suas vantagens pessoais calculadas sobre as parcelas da remuneração do cargo de Fiscal de Previdências III (Vencimento, Gratificação de Exercício e Gratificação de Representação Especial).” (Fl. 11)

Todavia, o Tribunal **a quo**, analisando questão diversa, extinguiu o processo, por carência da ação, sob os seguintes fundamentos:

“Relativamente ao mérito, convém lembrar que o artigo 267, incisos I e II, do § 1º, da Lei n. 1.460/1988 permitia a incorporação aos proventos do servidor público estadual o direito de agregar ao vencimento a gratificação de função ou de representação que houvesse exercido por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

Tal benefício teve igualmente previsão na Constituição do Estado de Goiás, via de seu art. 98, o qual, entretanto, resultou revogado com o advento da Emenda Constitucional n. 10 de 04.04.1995.

Todavia, a Emenda Constitucional, ao revogar o texto em referência, fê-lo por razões de conveniência e não de inconstitucionalidade, não atingindo, portanto, a validade ou obrigatoriedade da lei ordinária, cujo texto não contraria o de nenhuma lei maior.

Realmente chegou a instaurar-se uma polêmica em torno da vigência do referido art. 267 da Lei n. 1.460/1988. Entretanto, a questão restou solucionada em face do despacho “AT n. 1.960/1998”, da douta Procuradoria Geral do Estado, que reconheceu a vigência do dispositivo mencionado.

Entretanto, mesmo reconhecida a vigência do art. 267 da Lei n. 1.460/1988, o exercício da função, ou a percepção do benefício por um período de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, era condição **sine quo non** para a incorporação aos proventos.

Este é o unânime entendimento jurisprudencial, representado pelos julgados que trago à colação:

“Faz jus à incorporação aos seus proventos o servidor que, durante 5 anos ininterruptos ou 10 intercalados, tenha percebido gratificação de função e representação, sendo-lhe atribuída a de maior valor desde que preenchido o requisito exigido pelo art. 267, I, § 1º, da Lei n. 10.460/1988, não revogado pela Emenda Constitucional n. 10/1995.” (Terceira Câmara Cível, MS n. 8.045-5, Relator Dr. Leobino Valente Chaves, Ac. de 06.10.1998)

“O direito do funcionário a aposentar-se no cargo em comissão com as vantagens previstas na Emenda Constitucional n. 76, de 28.04.1988, que alterou o art. 69, §§ 1^ª e 2^ª, da Constituição Estadual, pressupõe cinco anos de exercício ininterrupto ou dez anos intercalados...” (Tribunal Pleno, Proc. Adm. n. 568-5, Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, ac. de 27.02.1997).

E na perquirição do tempo de serviço exercido pelos autores da impetração, tem-se que não foi convenientemente demonstrada a percepção da vantagem por cinco anos ininterruptos.

De fato, sequer está comprovado o tempo pelo qual os impetrantes exerceram o cargo de Fiscal de Previdência III.

Dos autos consta a cópia da publicação do Decreto de 04 de julho de 1999 (fl. 348 v^ª), mas referido documento, na verdade refere-se ao enquadramento dos servidos no *cargo de Fiscal de Previdência II*, anteriormente exercido pelos impetrantes.

Igualmente, tanto as fichas financeiras, quanto as cópias dos demonstrativos de pagamento juntados às fls. 27/327 não abrangem período anterior a um ano.

E mais do que isto, na própria inicial os impetrantes deixam claro que não percebem a referida vantagem — pelo tempo necessário à sua incorporação.

Para melhor esclarecimento, transcrevo trecho daquela petição:

“Os impetrantes são servidores ativos e inativos do Ipagso, titulares de cargos de provimento efetivo de Fiscal de Previdência III, segundo prova que faz os inclusos documentos funcionais;

Por força da Lei n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, foi estendida aos impetrantes e demais titulares dos cargos de Fiscal de Previdência II, a parcela vencimental denominada “Gratificação de Exercício”, paga em razão do exercício do cargo, em retribuição às atividades desenvolvidas de cálculo, fiscalização e controle de contribuições obrigatórias e facultativas, derivadas pelos contribuintes do Ipagso, dentre outras atribuições.

Tal gratificação já vem sendo paga aos servidores titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV, desde o advento do Decreto n. 181, de 28.06.1974 (DOU de 30.06.1974, 1975) e foi devidamente implementada na folha de pagamento dos impetrantes a partir do mês de dezembro próximo passado.” (Fl. 05)

Ora, como se vê, os próprios impetrantes, apesar de informar que os fiscais de nível IV já percebem a referida gratificação desde o ano de 1974, afirmam que eles mesmos somente tiveram esta vantagem estendida aos seus cargos após o mês de dezembro de 1998, ou seja, a menos de um ano, se efetuada a contagem do prazo até a retirada do benefício que ocorreu em meados deste ano.

Foram apenas meses de percepção de referida verba, o que não confere direito à sua incorporação.

Assim, embora preliminarmente não se possa falar em decadência, no mérito há que se reconhecer a ausência do direito líquido e certo dos impetrantes.

Assim, a retirada de tal benefício do vencimento dos servidores em questão não pode ser tida como ofensiva a seu direito adquirido, já que não provaram terem usufruído de tal benefício por tempo suficiente à sua incorporação. A solução há de ser buscada em procedimento outro e não através dos limites estreitos do mandado de segurança.

Por todo o exposto, e ao teor dessas considerações, há que ser extinta a segurança pleiteada, em decorrência da carência do direito à ação mandamental, posto que, inapropriada a medida.” (Fls. 417/423)

Ora, a pretensão deduzida na exordial do **mandamus** não se refere à possibilidade de incorporação de função aos proventos do servidor público. Na verdade, o que pretendem os impetrantes é que a *gratificação de exercício*, juntamente com o vencimento padrão e com a *gratificação de representação especial*, sirva de base de cálculo de suas vantagens pessoais.

É de se reconhecer, portanto, que o Tribunal de origem proferiu julgamento **extra petita**, decidindo questão diversa da postulada, sendo de rigor o provimento do presente recurso ordinário para que seja proferida nova decisão nos exatos limites propostos na inicial do *writ*.

Isto posto, dou provimento ao recurso ordinário para que a questão seja analisada novamente pelo Tribunal **a quo**.

É o voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Versa a hipótese sobre mandado de segurança impetrado por servidores do Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás, contra ato de seu Presidente e do Secretário de Estado de Administração,

objetivando ver assegurado o direito de perceberem as vantagens pessoais sobre a remuneração do cargo de Fiscal de Previdência III, entendida essa como a soma do vencimento, da Gratificação de Exercício e a Gratificação de Representação Especial.

Ao apreciar o *writ*, a Segunda Turma Julgadora da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, julgou os impetrantes carecedores do direito de ação, restando o acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Sob o prisma da Lei n. 1.460/1988 e a sua interpretação jurisdicional, a incorporação de função aos proventos do servidor público está condicionada à efetiva percepção do benefício por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

A não-comprovação do referido lapso temporal configura ausência de direito líquido e certo, hábil a amparar a pretensão mandamental.

Segurança extinta por carência do direito à ação mandamental” (fl. 424).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 445/446).

Daí o presente recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, onde os recorrentes sustentam, preliminarmente, que o Tribunal de origem julgou questão diversa da pretensão posta em juízo, e, no mérito, repisam as teses sustentadas na exordial da impetração.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo reconhecimento da nulidade do acórdão recorrido ou pelo improvimento do recurso.

O Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, acompanhado pelo Ministro Fontes de Alencar, após afastar a alegação de ocorrência de julgamento **extra petita**, ao entendimento de que a “prestação jurisdicional ajustou-se à perfeição ao pedido, na exata medida em que o acórdão recorrido decidiu que a pretensão dos servidores só seria possível caso já percebessem a vantagem que pretendiam incorporar aos seus padrões de vencimentos por prazo superior a 5 anos”, concluiu por não acolher a irresignação.

Pediu vista o Ministro Vicente Leal, que, inaugurando a divergência, seguido pelo Ministro Fernando Gonçalves, reconheceu ter o Tribunal **a quo** apreciado questão diversa da postulada, razão pela qual manifestou-se pelo retorno do feito à origem, para que a lide seja decidida nos termos em que proposta.

Após, vieram-me os autos conclusos para proferir voto-desempate.

Acompanho a divergência, pedindo vênias aos Ministros Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar.

Como bem demonstrou o Ministro Vicente Leal, o que pretende a ação não é o reconhecimento do direito à incorporação de função aos proventos dos recorridos, mas, sim, que a vantagem denominada de Gratificação de Exercício integre a base de cálculo sobre a qual incidem as vantagens de caráter pessoal.

Assim, o Tribunal, ao calcar sua decisão com base no entendimento de que a incorporação de função aos proventos dos servidor público está condicionada ao seu exercício por um prazo mínimo de cinco anos, apreciou pedido diverso daquele contido na impetração, restando configurado, a meu ver, o julgamento **extra petita**, acarretando a nulidade do acórdão, devendo a Corte Estadual proferir novo julgamento.

Ante o exposto, acompanho o Ministro Vicente Leal e o Ministro Fernando Gonçalves, para dar provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhores Ministros, Andréa Maria Peixoto e outros 41 autores, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, impetraram mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Administração e o Diretor-Presidente do Ipasgo, objetivando lhes seja assegurado o direito de ver suas vantagens pessoais calculadas sobre a remuneração do cargo de Fiscal de Previdência III, assim considerada a soma do vencimento-base com a Gratificação de Exercício e a Gratificação de Representação Especial.

Para tanto, alegou o seguinte:

“(…)

Por força da Lei n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, foi estendida aos impetrantes e demais titulares dos cargos de Fiscal de Previdência III, a parcela vencimental denominada ‘Gratificação de Exercício’, paga em razão do exercício do cargo, em retribuição às atividades desenvolvidas de cálculo, fiscalização e controle de contribuições obrigatórias e facultativas, devidas pelos contribuintes do Ipasgo, dentre outras atribuições, nos termos das declarações anexas.

Tal gratificação já vem sendo paga aos servidores titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV desde o advento do Decreto n. 181, de 28.06.1974 (DOU de 30.06.1974), e foi devidamente implementada na folha de pagamento dos impetrantes a partir do mês de dezembro próximo passado.

Quando do implemento da ‘Gratificação de Exercício’, a parcela, que tem natureza essencialmente vencimental — não se tratando, pois, de vantagem pessoal, foi paga em seus contracheques como vencimento do cargo, e como tal repercutia, somado ao vencimento básico, para fim de cálculo das vantagens pessoais dos impetrantes.

Ocorre, porém, que no pagamento dos vencimentos/proventos do mês de junho, pagos em julho, entenderam por bem as autoridades coatoras em determinar que a parcela vencimental ‘Gratificação de Exercício’ não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para o cálculo das vantagens pessoais que os impetrantes fazem jus em razão de condições individuais, recebidas em virtude de condições especiais, a saber: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; gratificação de produtividade — em razão da alta produtividade, devido desde 1982; dentre outras vantagens também de natureza individual.

Estes atos causam aos impetrantes prejuízos mensais de grande monta, lhes fere o direito adquirido e constitui redução vencimental, o que no ordenamento jurídico legal e constitucional vigente é defeso, segundo se demonstrará.

(...)” (fls. 5/6).

A Segunda Turma da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, extinguiu o processo, por carência do direito de ação, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Sob o prisma da Lei n. 1.460/1988 e a sua interpretação jurisprudencial a incorporação de função aos proventos do servidor público está condicionada à efetiva percepção do benefício por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

A não-comprovação do referido lapso temporal configura ausência do direito líquido e certo hábil a amparar a pretensão mandamental.

Segurança extinta por carência do direito à ação mandamental.” (Fl. 424)

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados, em decisão sumariada da seguinte forma:

“Embargos declaratórios. Contradição e omissão incorrentes.

A contradição justificadora da interposição dos embargos declaratórios há de ser aquela revelada entre as premissas que compõem o raciocínio ou

entre estas e a conclusão do **decisum**, e não aquela decorrente da divergência entre a pretensão e o posicionamento adotado pelo julgador. Inexistentes alegadas contradição e omissão, devem ser rejeitados os embargos declaratórios.

Embargos de declaração rejeitados.” (Fl. 445)

Do acórdão foi interposto recurso ordinário, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, do permissivo constitucional, em que se alega que o acórdão recorrido decidiu questão diversa da que lhe foi submetida, violando o art. 460 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“(…)

O que se pretende é ver utilizadas as parcelas que compõem a remuneração do cargo, para fins de cálculo das vantagens pessoais.

Ao julgar o pedido, concluiu o julgador que ‘Assim, embora preliminarmente não possa falar em decadência, no mérito há que se reconhecer a ausência do direito líquido e certo dos impetrantes. Assim, a retirada de tal benefício do vencimento dos servidores em questão não pode ser tida como ofensiva a seu direito adquirido, já que não provaram ter usufruído de tal benefício por tempo suficiente à sua incorporação. A solução há de ser buscada em procedimento outro e não através dos limites estreitos do mandado de segurança.’

Ora, não houve supressão das parcelas principais (gratificação de exercício e gratificação de representação especial). O que houve e é o que se ataca no *writ* é a não-utilização de ambas, junto com o vencimento, para fins de recálculo das parcelas de natureza individual.

Desta feita, o julgamento se deu em âmbito diferente do que proposto, devendo ser cassada (...)” (fl. 452).

Sustentam, ainda, os recorrentes que:

“(…)

A gratificação de exercício e gratificação de representação especial são parcelas vencimentais que visam remunerar as funções desempenhadas pelos titulares dos cargos e carreira, e desta feita, devem ser somados ao vencimento básico para fins de cálculo de suas vantagens pessoais, o que deixou de ser feito, por determinação do primeiro impetrado e executado pelo segundo.

(…)

Em se tratando de parcela vencimental e não de vantagem pessoal, devem as parcelas ser somadas para fins de cálculo das vantagens pessoais, sob

pena de se calcular as vantagens pessoais com valores e percentuais diferentes do que assegura a lei estatutária vigente.

A doutrina faz a distinção das parcelas vencimentais e de vantagens pessoais para fins do disposto no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal, com redação que lhe deu a Emenda Constituição n. 19/1998 (...).

Neste sentido, a jurisprudência distingue as parcelas que integram o vencimento do servidor público, para fins de cálculo de vantagens pecuniárias. (...)

(...)

*Com base nestas disposições doutrinárias e constitucionais, verifica-se que os atos dos impetrados de excluírem da base de cálculo das vantagens pessoais as vantagens inerentes ao cargo dos impetrantes são ilegais e abusivos, merecendo correção por meio de **mandamus***

Por tal motivo, o v. acórdão, ao denegar a segurança malferiu direito líquido e certo dos impetrantes, de perceberem suas parcelas de natureza pessoal calculadas sobre o total de seus vencimentos, causando injusta redução salarial.

(...)” (fls. 453/456).

Requerem, ao final, “(...) seja cassado o acórdão recorrido, eis que proferido **extra petita**, determinando a baixa dos autos para que nova decisão profira; ou, concluindo-se que não é o caso de anulação, mas sim de apreciação meritória, requer seja o mesmo reformado, garantindo aos impetrantes os seus direitos líquidos e certos de ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, em razão do direito adquirido, o ato jurídico perfeito, irreduzibilidade vencimental, além de dar correta interpretação do direito frente à nova redação do artigo 37, XIV, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998.” (Fl. 457)

O Ministério Público Federal se manifestou pelo improvimento do recurso, em parecer sumariado da seguinte forma:

“Servidor público. Gratificações de natureza remuneratória, não pessoal. Impossibilidade, inobstante, de sua soma ao vencimento, visando à composição da base de cálculo das gratificações de caráter pessoal (efeito cascata). Precedentes. Parecer pelo desprovimento do recurso.” (Fl. 480)

Na sessão do dia 19 de fevereiro de 2002, julgando o mérito do recurso ordinário, afastei a preliminar de julgamento **extra petita**, no que fui acompanhado pelo Ministro Fontes de Alencar.

Pedi vista o Ministro Vicente Leal.

Na sessão do dia 12 de março de 2002, o Ministro Vicente Leal acolheu a preliminar de julgamento **extra petita**, tendo sido acompanhado pelo Ministro Fernando Gonçalves.

Em razão de empate no julgamento, foram os autos conclusos ao Ministro Paulo Gallotti, para complementação de **quorum**.

Em 06 de março de 2003, proferindo voto-desempate, o Ministro Paulo Gallotti acompanhou a divergência, reconhecendo a ocorrência de julgamento **extra petita**.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

Andréa Maria Peixoto e outros 41 impetrantes, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, pretendem que a “Gratificação de Exercício”, que lhes foi estendida pela Lei Estadual n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, e a Gratificação de Representação Especial, instituída pelo Decreto n. 4.142, de 06 de janeiro de 1994, integrem os seus vencimentos básicos, para fins de cálculo de outras vantagens pessoais, tais como: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; e gratificação de produtividade — em razão de alta produtividade, dentre outras vantagens de natureza individual.

Para tanto, alegaram que a “Gratificação de Exercício” tem *natureza essencialmente vencimental*, não se tratando, pois, de vantagem pessoal, daí por que deve ser paga como vencimento do cargo, para fins de cálculo de suas vantagens pessoais.

Sustentaram, ainda, os impetrantes, ora recorrentes, que os atos das autoridades apontadas como coatoras, que determinaram, a partir de julho de 1999, que a “Gratificação de Exercício” não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para a concessão de vantagens pessoais, ofenderam direito líquido e certo em ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, violando, ainda, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o princípio da irredutibilidade vencimental, além da má interpretação da nova redação do art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19/1998.

A Corte Estadual, a despeito de ter extinguido o processo, por carência de ação, julgou-lhe o mérito, decidindo que os impetrantes não tinham direito adquirido à incorporação da “Gratificação de Exercício” aos seus padrões de vencimentos, por não terem demonstrado que perceberam a aludida vantagem por cinco

anos ininterruptos, na forma exigida pelo art. 267 da Lei Estadual n. 1.460/1988 e art. 98 da Constituição do Estado, na sua redação original.

Vejam-se, a propósito, os fundamentos do acórdão recorrido:

“(…)

Relativamente ao mérito, convém lembrar que o art. 267, incisos I e II, do § 1º, da Lei n. 1.460/1988 permitia a incorporação aos proventos do servidor público estadual o direito de agregar ao vencimento a gratificação de função ou de representação que houvesse exercido por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

Tal benefício teve igualmente previsão na Constituição do Estado de Goiás, via de seu artigo 98, o qual, entretanto, resultou revogado com o advento da Emenda Constitucional n. 10 de 04.04.1995.

Todavia, a Emenda Constitucional, ao revogar o texto em referência, fê-lo por razões de conveniência e não de inconstitucionalidade, não atingindo, portanto, a validade ou obrigatoriedade da lei ordinária, cujo texto não contraria o de nenhuma lei maior.

(…)

Entretanto, mesmo reconhecida a vigência do art. 267 da Lei n. 1.460/1988, o exercício da função, ou a percepção do benefício por um período de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, era condição **sine qua non** para a incorporação aos proventos.

“(…)

E na perquirição do tempo de serviço exercido pelos autores da impetração, tem-se que não foi convenientemente demonstrada a percepção da vantagem por cinco anos ininterruptos.

(…)

Ora, como se vê, os próprios impetrantes, apesar de informar que os fiscais de nível IV já percebem a referida gratificação desde o ano de 1974, afirmam que eles mesmos somente tiveram esta vantagem estendida aos seus cargos após o mês de dezembro de 1998, ou seja, a menos de um ano, se efetuada a contagem do prazo até a retirada do benefício que ocorreu em meados deste ano.

Foram apenas meses de percepção de referida verba, o que não confere direito à sua incorporação.

(…)” (fls. 417/422).

In casu, ao que se tem, diversamente do alegado pelos recorrentes, que sustentam a natureza vencimental da Gratificação de Exercício, daí por que deve servir de base de cálculo das vantagens pessoais, decidiu a Corte de Justiça Estadual tratar-se de vantagem pessoal, que somente pode servir de base de cálculo das vantagens pessoais quando incorporada ao vencimento, o que reclama o quinquênio de percepção.

Não há falar, assim, em ocorrência de julgamento **extra petita**, uma vez que a prestação jurisdicional ajustou-se à perfeição ao pedido, na exata medida em que, como já se disse, o acórdão recorrido decidiu que a pretensão dos servidores só seria possível caso já percebessem a vantagem que pretendiam incorporar aos seus padrões de vencimentos por prazo superior a 5 anos.

E “o fato de o acórdão impugnado invocar outros fundamentos, diferentes daqueles suscitados pelas partes, não implica em julgamento fora do pedido. Como se sabe, não está o juiz adstrito às razões da parte para acolher determinada questão, podendo fazê-lo por outros fundamentos.” (REsp n. 278.180/CE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **in** DJ de 11.12.2000). Daí, o brocardo latino, **da mihi factum, dabo tibo jus**.

Pelo exposto, mantenho o voto anteriormente proferido, para rejeitar, como efetivamente rejeito, a preliminar de julgamento **extra petita**.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 12.971 — TO (2001/0031584-4)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ivan Nogueira da Costa

Advogados: Hélio Miranda e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

Impetrado: Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado do Tocantins

Recorrido: Estado do Tocantins

Procuradores: Marco Paiva Oliveira e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Processo disciplinar. Autonomia das instâncias administrativa e penal. Suficiência e validade das provas. Incurção no mérito administrativo.

1. “Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.” (MS n. 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19.03.2001). Precedente do STF

2. Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

3. É da boa doutrina que integram o conjunto da prova não somente os seus elementos produzidos no processo administrativo disciplinar, mas também aqueles outros que vieram à luz na sindicância que o preparou, podendo e devendo ser considerados na motivação da decisão.

4. Do policial militar é exigido o cumprimento do dever mediante rigorosa observância do regime de suas atividades, sendo que o envolvimento com pessoas e atitudes criminosas o torna absolutamente inapto a permanecer em uma organização que é e deve continuar sendo modelo de disciplina, ordem e acatamento das leis na sociedade.

5. Verificada a regularidade do processo administrativo disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem da disciplina, o exame da suficiência e da validade das provas colhidas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário.

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 18 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 28.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso ordinário interposto por Ivan Nogueira da Costa contra acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins que lhe negou pedido de reintegração no serviço público estadual, na função de policial militar, assim ementado:

“Mandado de segurança — Anulação de ato administrativo — Exclusão da polícia militar — Ausência de direito líquido e certo — Denegação — Ausentes os requisitos básicos representados pela presença do direito líquido e certo, o qual deve vir evidenciado de plano, de forma indubitosa, e pela existência de um ato ilegal e abusivo, não deve prosperar a segurança. Ordem denegada.” (Fl. 295)

Aduz o recorrente que os atos que deram causa ao seu desligamento da Polícia Militar Estadual foram objeto de investigação pelo Poder Judiciário, sendo que o inquérito policial nada apurou quanto a si, não havendo sequer sido denunciado, eis que as acusações, falsas, foram originadas de vingança de marginais presos por atuação do recorrente.

Sustenta a divergência da motivação do ato que o desligou com a veracidade dos fatos, aduzindo, para tanto, que:

“(…)

À folha 133 do Processo de Disciplina, Luiz Gonzaga de Jesus Delmondes, apontado como acusador, afirma que nunca praticou assaltos em companhia do Recorrente como dissera na sindicância, e que lá, assinou acusação, por motivo de pressão dos policiais militares que pegaram seu termo de declaração, que os mesmos iam fazendo perguntas referentes ao Cabo Nogueira, ia respondendo sob pressão e tinha que assumir. Mais adiante, no início da folha 134, diz mais, o Sr. Luiz Gonzaga, quando perguntado em relação ao fato de aduzir que não conhecia o Cabo Nogueira, como, então, teria reconhecido a fotografia, havendo respondido que o Tenente Wanderlei é que teria afirmado que era o Cabo Nogueira na foto. Perguntado ainda como soubera da dispensa de tratamento de saúde, do Cabo Nogueira, informou que soubera no primeiro depoimento, pela própria polícia, quando estava sob pressão.

O processo administrativo, que está nos autos, tem todas estas situações, no entanto, não serve para repelir ao atos covardes praticados no interior dos quartéis, o que demonstra que quase nada mudou com a falsa capa democrática que se encobriu o País. Serve para demitir um servidor porque é apontado por marginais.

(...)” (fl. 305/306).

Sustenta, assim, que as acusações contra o recorrente, constantes do processo administrativo disciplinar, foram conseguidas mediante pressão, tortura e ameaça, concluindo, ainda, que nada há nos autos que desabone a sua conduta, sendo imoral o seu afastamento da corporação.

Requer, por fim, a declaração de nulidade do ato que importou na sua exclusão da Polícia Militar, concluído com base em prova obtida por meio ilícito, à falta de comprovação das acusações, não tendo o militar sido denunciado criminalmente.

Recurso tempestivo (fl. 300) e recebido (fls. 335/337).

Em contra-razões, o recorrido sustenta que os vários integrantes da quadrilha foram unânimes em apontar o recorrente como membro do grupo, consistindo sua atuação como apoio operacional no transporte de armamentos e nas fugas realizadas após a consumação do delito, sendo que, após instaurado o Conselho de Disciplina, as testemunhas desdisseram o que tinham afirmado, orientadas pelo chefe da quadrilha e pelo próprio recorrente.

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso (fl. 343).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, relativamente à alegação de não-comprovação das acusações, ao fundamento de que o recorrente não fora denunciado criminalmente, é sabido que as esferas penal e administrativa não se interferem, sendo pois independentes, mesmo em se tratando de infração disciplinar que também configure crime em tese.

Com efeito, é unânime o constructo doutrinário e jurisprudencial acerca da autonomia das instâncias, sendo certo que apenas o reconhecimento, na esfera penal, de inexistência de autoria relativamente ao acusado ou de materialidade do crime tem o condão de determinar a absolvição na esfera administrativa, senão vejamos:

“A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga

a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente.

A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao servidor antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor.” (**Hely Lopes Meirelles**, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª ed., Malheiros, pp. 461/462).

“A responsabilidade penal, na conformidade do art. 123 abrange as contravenções e os crimes imputados ao servidor, nesta qualidade. As responsabilidades disciplinar, civil e penal, são independentes entre si e as sanções correspondentes podem ser cumular (art. 125); entretanto, a absolvição criminal que nega a existência do fato ou de sua autoria afasta a responsabilidade administrativa (art. 126). Na verdade, o mesmo poderá ser dito quando decisão judicial, em ação civil, firmar um ou outro destes dois pontos.” (**Celso Antônio Bandeira de Mello**, in “Curso de Direito Administrativo”, 8ª ed, Malheiros, pp. 180/181)

Veja-se, a propósito do tema, o seguinte precedente que define a jurisprudência desta Corte:

Mandado de segurança. Administrativo. Policial Rodoviário Federal. Demissão. Improbidade. Processo disciplinar. Regularidade. Independência das esferas administrativa e penal (arts. 125 e 126 da Lei n. 8.112/1990). Prescindibilidade de sentença penal condenatória. Distinção entre estabilidade e vitaliciedade. Princípio da proporcionalidade.

I - Conforme já decidido pela egrégia Terceira Seção: “A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil por improbidade, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Precedentes do STJ e do STF.” (MS n. 7.834/DF)

II - Comprovada a improbidade administrativa do servidor, em escorreito processo administrativo disciplinar, desnecessário o aguardo de eventual sentença condenatória penal. Inteligência dos arts. 125 e 126 da Lei n. 8.112/1990. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não-ocorrência do fato ou a negativa da autoria.

III - Estabilidade não se confunde com vitaliciedade. Os servidores públicos regidos pela Lei n. 8.112/1990 usufruem do *direito* à estabilidade, após atenderem às exigências legais. Hipótese diversa ocorre com certas carreiras, já que a Constituição Federal de 1988 instituiu como uma das *garantias*, a vitaliciedade. No caso em tela, a pretensão do impetrante extrapola os limites da estabilidade.

IV - A aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito do Poder Judiciário, circunscreve-se ao campo da legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade da medida, especialmente quando há perfeita sintonia entre a prova pré-constituída juntada aos autos e o ato administrativo.

V - Segurança denegada. (MS n. 7.861/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 11.09.2002 — nossos os grifos)

E do Pretório excelso:

“Mandado de segurança. Servidor público demitido por ilícito administrativo. Simultaneidade de processos administrativo e penal. Independência das instâncias. Precedentes.

Esta Corte tem reconhecido a autonomia das instâncias penal e administrativa, ressaltando as hipóteses de inexistência material do fato, de negativa de sua autoria e de fundamento lançado na instância administrativa referente a crime contra a Administração Pública. Precedentes: MS n. 21.029, Celso de Mello, DJ de 23.09.1994; MS n. 21.332, Néri da Silveira, DJ de 07.05.1993; e 21.294, Sepúlveda Pertence, julgado em 23.10.1991; e MS n. 22.076, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa.

Segurança denegada.” (MS n. 21.708/DF, Relator p/ o acórdão Ministro Maurício Corrêa, **in** DJ de 18.05.2001)

Por outro lado, ainda quanto à alegada ausência de comprovação dos atos imputados ao recorrente na decisão demissória, é sabido que o julgamento do processo administrativo, enquanto ato decisório da autoridade competente, é integrado pelo acolhimento ou rejeição fundamentada do relatório final elaborado pela Comissão Processante e pelo ato formalizador de imposição da sanção disciplinar, não havendo, na espécie, nada nos autos que importe na irregularidade dos atos de investigação administrativa.

No caso concreto, estas, as conclusões do relatório final da Comissão de Sindicância:

“Isto posto, verifica-se que as acusações atribuídas ao *Sindicado* são verdadeiras, conforme ficou evidenciado nos presentes autos, bem como é real que ninguém acusa uma pessoa desconhecida e que não tenha de maneira alguma, envolvimento na participação de qualquer ato ilícito ou não, sem ao menos saber de que se trata está claro que as testemunhas conhece perfeitamente o *Cb PM Ivan Nogueira da Costa*, como integrante da quadrilha em questão. Portanto, sou de Parecer que o *Sindicado* cometeu crime de roubo capitulado no art. 157 do Código Penal Brasileiro.(...)” (fl. 92/93).

E, instaurado Conselho de Disciplina, as investigações restaram assim concluídas:

“(...)”

Vistos, discutidos e examinados estes autos deste Conselho de Disciplina, observa-se o seguinte:

O acusado, quando de sua qualificação e interrogatório, negou categoricamente seu envolvimento nos assaltos a ônibus e que não conhece nenhum dos integrantes da quadrilha que efetuou os assaltos, fls. 113 a 115, o que é um direito, e a maneira natural de todas as pessoas se autopreservarem de qualquer ataque.

As testemunhas perante o Conselho de Disciplina negaram a participação do *Cb PM Nogueira* nos assaltos, demonstrando claramente que como a maioria das testemunhas, inicialmente dizem a verdade e na fase seguinte negam tudo com medo de represálias por parte dos bandidos.

Como as outras testemunhas de acusação que mudaram seus depoimentos e deixaram claramente em suas declarações que temiam represálias por parte do *Cb PM Nogueira* e de *Wander*, apontado como chefe da quadrilha de assalto a ônibus, fls. 19 e 23, também *Felisberta Alves de Oliveira*, temia represálias por parte do acusado, fl. 151, assinando assim uma declaração retificando o que havia dito anteriormente, fl. 224.

As acusações feitas ao *Cb PM Nogueira* partiram de dois elementos que foram presos e autuados em flagrante, por terem confessado a prática de diversos assaltos a ônibus no Estado do Tocantins, acusações feitas em diversas declarações em dias, cidades e interrogantes diferentes, conforme fls. 8, 9, 18 a 23 e 203 a 206, o que afasta a possibilidade dos mesmos terem sido pressionados ou coagidos a incriminarem o acusado.

Sendo o *Cb PM Nogueira* incriminado de cumplicidade, também por outros dois participantes da quadrilha, fls. 24 a 27 e por uma testemunha que

afirmou que o acusado tinha um relacionamento amigável com Wander fls. 144 e 145.

Não houve parcialidade por parte do encarregado da Sindicância que deu origem ao Conselho, tendo em vista que de posse dos documentos e declarações incluso nos autos ficou transparente o envolvimento do Cb PM Nogueira com os assaltos a ônibus no Estado. Tomando inclusive o Comando da Corporação a iniciativa de substituí-lo na presidência do Conselho de Disciplina, a fim de que houvesse a maior lisura e imparcialidade no processo e, ainda em seus depoimentos ao Sindicante, Luiz Gonzaga de Jesus e Maurício do Nascimento, foram categóricos em afirmar a participação do acusado nos assaltos a ônibus, inclusive com detalhes e minúcias que só poderiam ser descritos por pessoas que tivessem vivenciados tais fatos, fls. 18 a 23. Não havendo portanto possibilidade de terem sido induzidos pelo Sindicante a acusar o Cb PM Nogueira.

(...)

Infringindo com essa conduta a letra **b** do inciso II do art. 8º do Decreto n. 524/1997, alterado pelo Decreto n. 685/1998.

Isto posto, e o que dos autos constam, o Conselho de Disciplina resolveu propor por unanimidade de voto, o afastamento do Cb PM RG 01.110/3 Ivan Nogueira da Costa, das fileiras da Polícia Militar a bem da disciplina, por demissão, embasado no inciso VI § 1º do art. 28 do Decreto n. 524/1997, alterado pelo Decreto n. 685/1998.

(...)” (fls. 255/257).

Foram então os autos encaminhados ao Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Tocantins, que acolheu o relatório final do Conselho de Disciplina, editando o ato impugnado, que aplicou ao militar a pena de demissão a bem da disciplina, nos seguintes termos:

“1. Vistos e examinados os autos do processo oriundo do Conselho de Disciplina, constituído com o objetivo de verificar a incapacidade para permanecer no serviço ativo da Polícia Militar, do Cb PM RG 01.110/3 Ivan Nogueira da Costa, já qualificado nos autos.

2. O Conselho funcionou regularmente, obedecendo os preceitos legais que regem a matéria observando os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme se infere das peças constantes dos autos;

3. A defesa, alega que as provas são insuficientes, pois são informações dadas por meliantes e foram colhidas mediante constrangimento. Requer finalmente a absolvição do acusado por absoluta falta de prova;

4. Os membros do conselho por unanimidade de votos concluíram que o acusado é culpado das imputações constantes do libelo acusatório, propondo o seu afastamento das fileiras da Polícia Militar, a bem da disciplina, por demissão, com a conseqüente perda da graduação, pelo que decido:

I - Discordar da defesa, quanto à alegação de ser os depoimentos provas insuficientes por terem sido colhidos mediante constrangimento, porque tal afirmação não ficou comprovada nos autos. Nos depoimentos colhidos está evidenciado que o acusado tinha participação ativa em diversos roubos a passageiros de várias empresas de ônibus que trafegam pelo Estado do Tocantins, pois as testemunhas tecem detalhes com minúcias da participação do acusado na prática dos crimes, detalhes estes, que só poderiam ser descritos por pessoas que tivessem vivenciado os fatos;

II - Visando ao bem-estar da comunidade tocaninense, a harmonia e o exemplo a ser transmitido para todos os integrantes da Corporação e acatando proposta do Conselho de Disciplina, afastar do serviço ativo da Polícia Militar, a bem da disciplina, por demissão, o Cb PM RG 01.110/3 Ivan Nogueira da Costa, por não proceder de maneira ilibada tanto na sua vida pública como na particular, maculando a honra, o sentimento do dever, o decoro da classe e o pundonor militar contrariando os princípios éticos impostos à carreira policial militar;

(...)” (fls. 14/15).

Ao que se tem, **in casu**, não se verifica qualquer nulidade no curso da investigação disciplinar, tendo a sindicância preparado a instauração de Conselho de Disciplina, no qual o acusado teve ampla oportunidade de defesa, sendo cientificado de todos os atos, interrogado (fl. 128) e apresentado defesa prévia e alegações finais, subscritas por advogado (fls. 145 e 231).

Por certo, o envolvimento do policial militar com ilícito criminal, por si só, tal como reconhecido pela autoridade administrativa, enseja a aplicação da penalidade disciplinar de demissão e demissão a bem da disciplina.

De outro lado, na espécie, diversamente do que sustenta o recorrente, não se cuida de decisão sustentada em prova ilícita, produzida sob ameaça na fase da sindicância.

É da boa doutrina que integram o conjunto da prova não somente os seus elementos produzidos no processo administrativo disciplinar, mas também aqueles que vieram à luz na sindicância que o preparou, podendo e devendo ser considerados na motivação da decisão.

E é precisamente o que ocorreu na espécie, em que, do cotejo da prova constante da sindicância, e da produzida no Conselho de Disciplina, exsurgiu a verdade do fato, que fundou a demissão do policial militar.

Tais considerações são bastantes para tornar evidente o caráter imperativo da denegação do presente **mandamus**, que não comporta o reexame de prova, em boa verdade pretendida pelo recorrente.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

Verificada a regularidade do processo administrativo disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem da disciplina, o reexame da suficiência e da validade das provas colhidas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes do Pretório excelso:

“Mandado de segurança — Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República — Demissão qualificada — Admissibilidade do mandado de segurança — Preliminar rejeitada — Processo administrativo-disciplinar — Garantia do contraditório e da plenitude de defesa — Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial — Validade do ato demissório — Segurança denegada.

1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. *A rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.

É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos

de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse writ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar.

A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar.

Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública.

2. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, IV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.” (MS n. 20.999/DF, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ de 25.05.1990 — nossos os grifos).

“1. Mandado de segurança — Ato disciplinar — Reexame dos fatos apurados no inquérito administrativo. O mandado de segurança não é meio hábil a alcançar-se, no Judiciário, a substituição da moldura fática delineada no processo administrativo. A regra segundo a qual não se dará segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou preterida formalidade essencial — inciso III do artigo 5º da Lei n. 1.533/1951 — afina-se com a exigência sobre a liquidez e certeza do direito, porquanto impossível é confundir o enquadramento jurídico dos fatos apurados

com a revisão destes, somente passível de ser alcançada em fase própria, ou seja, a probatória, em que viabilizadas altas indagações sobre os acontecimentos envolvidos na controvérsia.

(...)” (MS n. 21.297/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, *in* DJ de 28.02.1992).

“Mandado de segurança contra ato do Presidente da República. Demissão de agente de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça: transporte de mercadorias contrabandeadas em Foz do Iguaçu. Alegação de equivocada apreciação das provas e de que a decisão do processo administrativo deveria aguardar o trânsito em julgado do processo-crime.

1. Não cabe reexaminar em mandado de segurança os elementos de provas e os concernentes à materialidade e autoria do delito, porque exigem instrução probatória.

(...)

3. Mandado de segurança conhecido, mas indeferido, ressalvando-se ao impetrante as vias ordinárias.” (MS n. 22.534/PR, Relator Ministro Maurício Corrêa, *in* DJ de 10.09.1999 — nossos os grifos).

“Cassação de aposentadoria — Agente de Polícia Federal — Inexistência de prova da responsabilidade disciplinar — Inviabilidade de sua análise em sede mandamental — Inimputabilidade do impetrante — Existência de perícia idônea afirmando a sua plena capacidade de autodeterminação — Alegação de irregularidades formais — Ausência de demonstração — Desnecessidade de a cassação de aposentadoria ser previamente autorizada pelo Tribunal de Contas da União — Mandado de segurança indeferido.

— O processo mandamental não se revela meio juridicamente adequado à reapreciação de matéria de fato e nem constitui instrumento idôneo à reavaliação dos elementos probatórios que, ponderados pela autoridade competente, substanciam o juízo censório proferido pela Administração Pública.

— Refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o *iter* procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração *incidental* de uma fase de dilação probatória.

— A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca.

(...)” (MS n. 20.882/DF, Relator Ministro Celso de Mello, **in** DJ de 23.09.1994).

E deste Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Ato disciplinar. Exame de seu mérito. Impossibilidade.

— Ao Judiciário cabe examinar ato disciplinar apenas sob o prisma de sua idoneidade, sua motivação, não se permitindo discussão sobre se determinada sanção é justa ou injusta; adequada ou inadequada, desde que motivada e em conformidade com a apuração dos fatos.

— Recurso provido.” (REsp n. 67.075/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 03.03.1997)

“Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Conduta desidiosa. Nulidade. Fundamentação insuficiente. Inocorrência. Proporcionalidade. Autoria. Materialidade. Comprovação.

I - A alegada nulidade por falta de fundamentação da punição imposta à servidora não se verifica, tendo em vista que a conduta infracional foi devidamente apurada no curso do processo disciplinar, expondo-se ao final, com suficiente motivação, as razões da demissão da impetrante.

II - Não fere o princípio da proporcionalidade a imposição de pena de demissão à servidora se, ao final do processo, restou demonstrada a prática de conduta desidiosa (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/1990), nos termos do art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990.

*III - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático-apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de **mandamus**.*

Segurança denegada.” (MS n. 7.370/DF, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 24.09.2001 — nossos os grifos)

“Mandado de segurança. Administrativo. Servidor. Policial Rodoviário Federal. Processo administrativo. Demissão. Independência das esferas penal e administrativa. Pedido de reconsideração. Parecer da consultoria jurídica do Ministério. Penalidade diversa da sugerida pela comissão processante. Possibilidade. Conclusão contrária à prova dos autos.

A jurisprudência é absolutamente pacífica no sentido da independência das esferas penal e administrativa, de forma que eventual punição administrativa prescinde de condenação criminal para ser aplicada.

A análise de mandado de segurança, onde se pretenda a anulação de procedimento administrativo que tenha imposto penalidade ao servidor, restringe-se à observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, proporcionalidade da pena aplicada ou outros aspectos procedimentais, sendo incabível a rediscussão dos próprios fatos e atos originários no apuratório administrativo.

O impetrante valeu-se de seu pedido de reconsideração, devidamente analisado pela Administração.

O art. 169 da Lei n. 8.112/1990 permite que o julgamento discorde do relatório da Comissão, quando contrário à prova dos autos.

Tal relatório constata toda a omissão e irregularidades praticadas pelo impetrante, mas conclui, tão-somente, pela aplicação da pena de advertência, motivo pelo qual o parecer ministerial, ao propor a pena de demissão, por improbidade administrativa, em observância ao preceito supra, não violou direito líquido e certo do impetrante.

Segurança denegada.” (MS n. 7.019/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 05.03.2001 — nossos os grifos)

Gize-se, por fim, que do policial militar é exigido o cumprimento do dever mediante rigorosa observância do regime da caserna, sendo que, na espécie, o envolvimento com pessoas e atitudes criminosas tornou o ex-militar absolutamente inapto a permanecer em uma organização que é e deve continuar sendo modelo de disciplina, ordem e acatamento das leis na sociedade.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 14.867 — MT (2002/0052700-3)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Marcos Antônio Lourenço Braga

Advogados: Maria Helena G. Póvoas de Abreu e outro

.T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Impetrado: Governador do Estado de Mato Grosso

Recorrido: Estado de Mato Grosso

Procuradores: João Gonçalo de Moraes Filho e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Demissão. Sindicância não conclusiva. Falta de intimação pessoal da realização de diligências. Inexistência de provas. Recurso improvido.

Irregularidades no procedimento de sindicância, tal como eventual desfecho não conclusivo, não maculam o processo administrativo, pois, ademais de dispensável, tem como função levantar elementos para a instauração do processo disciplinar.

A lei do Estado do Mato Grosso não exige a intimação pessoal do acusado em processo disciplinar para acompanhamento de diligências. Havendo intimação de procurador devidamente constituído, não há que se falar em prejuízo ou cerceamento de defesa.

Afasta-se das possibilidades do **mandamus** a apreciação do mérito administrativo.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 25 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Marco Antônio Lorenço Braga, contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim ementada:

Servidor público — Processo administrativo — Sindicância inconclusiva — Irrelevância, por ser mero procedimento preparatório e informativo. Atos pro-

cedimentais — Falta de intimação pessoal do servidor que, no entanto, estava representado por advogado constituído — Princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade do ato administrativo — Ofensa não caracterizada — Demissão — Consistência quanto às provas e proporcionalidade da pena — Desídia e improbidade administrativa — Exarada previsão legal — Denegação da ordem.

A sindicância é procedimento preparatório e informativo cujas eventuais irregularidades não inquinam o processo administrativo.

A Lei Complementar n. 04, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais, prescreve em seu art. 183, que: “é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo em qualquer fase, pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar-se e reinquirir testemunhas, produzir provas e contra-provas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.”

Intimados os procuradores constituídos, para todos os atos procedimentais, não há falar-se em inobservância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, assegurados constitucionalmente.

Somente o comprovado prejuízo justifica a declaração de eventual nulidade por falta da intimação pessoal do indiciado para os atos do processo administrativo, não sendo bastante a alegação de que as declarações que não ouviu pessoalmente são divergentes das suas.

A desídia e a improbidade administrativa, das quais o servidor é confesso — por suas saídas do local do serviço, sem autorização, e prática de ato que culminou com evasão de renda pública —, são faltas com exarada previsão nos incisos XV do art. 144 e IV e XIII do art. 159 da LC n. 04/1990, puníveis com demissão.

Aduz o recorrente (fls. 1.065 e ss.) que o processo administrativo teve origem em sindicância não conclusiva; que não houve intimação pessoal para acompanhamento da realização de diligências; e que não há prova nos autos que comprovem a relação de causa e efeito entre o ato imputado ao recorrente e a cominação legal que acarretou a pena de demissão.

Em contra-razões (fls. 1.094 e ss.), o Estado de Mato Grosso sustenta que o processo administrativo disciplinar pautou-se pelo respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e concluiu pela correta aplicação da pena demissória.

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fl. 1.119).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O recorrente oferece três argumentos para reforma da decisão **a quo**.

O primeiro refere-se à generalidade com que foi concluído o procedimento de sindicância. Sustenta que o processo disciplinar originou-se de sindicância não conclusiva, tentando extrair, daí, a ilegalidade daquele.

Entretanto, a Lei Complementar n. 04/1990, do Estado do Mato Grosso (art. 172), na mesma linha da Lei n. 8.112/1990, prevê a fase de sindicância no regime disciplinar dos servidores públicos para averiguar notícias de infrações e fornecer elementos para a instauração de processo administrativo, podendo, no máximo, culminar em pena de repressão ou suspensão de até 30 (trinta) dias.

É, portanto, procedimento preparatório, sendo, inclusive, dispensável.

Ademais, firmou-se a jurisprudência por entender que eventuais irregularidades na sindicância não maculam o processo administrativo tendente a apurar responsabilidade de servidor público por infração disciplinar.

Veja-se alguns acórdãos:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Omissão. Inexistência. Pretensão de reexame. Demissão de servidor. Irregularidades na sindicância. Superveniência de processo disciplinar. Independência das esferas administrativa e penal.

(...)

2. Em sobrevindo a instauração de processo administrativo disciplinar, resta superada a alegada violação de ampla defesa e de quaisquer outras nulidades porventura invocáveis no âmbito da sindicância, mero procedimento prévio, que não se confunde com o processo administrativo disciplinar, dispensável, se existentes elementos para a instauração do processo administrativo disciplinar.

(...)

4. Recurso improvido.

(ROMS n. 12.827/MG; DJ de 02.02.2004; Ministro Hamilton Carvalhido; Sexta Turma)

Administrativo. Processo administrativo. Disciplinar. Sindicância. Demissão.

I - Sobrevindo a instauração de processo administrativo disciplinar, resta despropositada a alegação de mácula porventura existente na fase de sindicância.

II - Conquanto no mandato de citação não se tenha descrito os fatos apurados, mas apenas indicados os dispositivos legais porventura violados pelo processado, essa peça foi acompanhada de documentos que traziam minuciosa descrição do que seria apurado. Destarte, não há como alegar-se prejuízo para defesa por ignorância a respeito da conduta imputada ao servidor.

III - Oitiva de testemunhas que, apesar de não presenciada pelo próprio acusado, contou com a presença do seu defensor.

(...)

Recurso desprovido.

(ROMS n. 10.472/ES; DJ de 04.09.2000; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma)

Este último julgado fornece, ainda, precedente quanto à impropriedade do argumento de violação ao princípio da ampla defesa deduzido pelo recorrente, porquanto não houve intimação pessoal para acompanhamento de diligências, sendo as intimações recebidas pelo advogado do servidor acusado.

Em verdade, a Lei Complementar n. 04/1990, em seus artigos 180 a 183, não prevê necessidade de intimação pessoal do acusado para o acompanhamento das diligências, não havendo qualquer prejuízo nas intimações recebidas pelo advogado, constituído com poderes específicos para realizar a defesa do recorrente no processo disciplinar (fl. 329).

A lei prevê, por certo, o direito do servidor acompanhar todas as fases processuais, por si ou por seu representante, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não obstante respeitado pelo processo disciplinar.

O recorrente alega, ainda, que

Em momento algum, em sede de processo administrativo, houve provas suficientes de que o recorrente tenha praticado tal falta grave, não existindo relação e causalidade e efeito entre o ato imputado ao recorrente e a cominação legal que acarretou a pena de demissão (**sic**).

De fato, não é possível traçar relação causal naturalística entre um ato ilícito e a pena aplicada a seu agente.

O Direito não é ciência física, mas ordenamento social, que não opera relações de causa e efeito, mas imputa conseqüências não naturais, em face da ocorrência de fatos hipoteticamente previstos.

Uma interpretação literal das letras do recurso faz concluir que o recorrente reclama o impossível, em sede de ciência jurídica.

Entretanto, estendendo o raciocínio para a seara do razoável, possível entender que o recorrente teria pretendido alegar somente a inexistência de provas que justificassem a condenação.

Nessas condições, postula a ingerência do Poder Judiciário no mérito administrativo, inviável na via estreita do **mandamus**.

Eis o que pensa esta Corte:

Administrativo. Servidor. Suspensão por noventa dias. Ato disciplinar. Legalidade. Lei n. 1.533/1951, art. 5º, inciso III.

— O artigo 5º, inciso III, da Lei n. 1.533/1951 afasta da apreciação do Poder Judiciário a análise do mérito dos atos disciplinares, excepcionado apenas a hipótese de ato praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

— Nos estreitos limites do controle de legalidade, deferido ao Poder Judiciário em sede de mandado de segurança, inviável se apresenta a análise do mérito do ato administrativo que concluiu pela imposição de penalidade de suspensão a servidor público.

— Recurso ordinário desprovido.

(ROMS n. 15.059/BA; DJ de 22.04.2003; Ministro Vicente Leal; Sexta Turma)

Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Mandado de segurança. Dilação probatória. Relatório final.

I - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de **mandamus**.

(...)

(ROMS n. 14.676/SP; DJ de 12.08.2002; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma)

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Reexame das provas produzidas pela comissão processante. Impossibilidade. Inexistência de ilegalidade na portaria instauradora do processo administrativo disciplinar. Ordem denegada.

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

2. É inviável a apreciação da alegação do impetrante no sentido de que o ato demissório não encontra respaldo nas provas constantes do processo administrativo disciplinar, porquanto o seu exame requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário. Precedentes do STJ e do STF

(...)

6. Ordem denegada.

(MS n. 6.853/DF; DJ de 02.02.2004; Ministro Hamilton Carvalhido; Terceira Seção)

Em síntese, inexistindo vício na sindicância que macule o processo administrativo, inexistindo irregularidade na intimação do procurador do recorrente das diligências levadas a efeito no processo disciplinar e impraticável a apreciação do mérito administrativo em sede de mandado de segurança, não há direito líquido e certo garantido pela via estreita, correto o acórdão recorrido.

Posto isso, *nego provimento* ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 15.562 — ES (2002/0127210-6)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Marcelo dos Santos Ribeiro

Advogado: Ricardo Tadeu Rizzo Bicalho

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procuradores: Jocelan Alves Corrêa e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público do Estado do Espírito Santo. Regime disciplinar. Sindicância. Pena de demissão. Impossibilidade. Recurso provido.

Dispondo a lei que o procedimento de sindicância pode culminar em pena máxima de advertência, a aplicação da pena demissória constitui violação ao devido processo legal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 25 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Marcelo dos Santos Ribeiro, contra decisão denegatória do *writ* proferida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo e assim ementada:

Mandado de segurança. Servidor público. Irregularidade em serventia. Apuração dos fatos. Obrigação do juiz. Designação do juiz e servidores interinos por portaria. Portaria para a apuração dos fatos. Substituição de um dos servidores. Processo administrativo. Ampla defesa. Conclusão. Remessa ao Corregedor-Geral de Justiça. Aplicação de penalidade. Demissão por inassiduidade e procedimento desidioso. Encaminhamento para o Conselho da Magistratura. Direito líquido e certo. Não-comprovação. Segurança denegada.

1. O Juiz de Direito que tiver ciência de irregularidade na serventia sob sua responsabilidade, é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, mediante sindicância ou processo — administrativo disciplinar, assegurada ao denunciado ampla defesa, observados os procedimentos da Lei Complementar Estadual n. 46/1994 (art. 419 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça).

2. Tendo sido o juiz designado através de portaria do Corregedor-Geral da Justiça, para presidir a comissão de sindicância e para compô-la os servi-

dores interinos, um deles substituído a portaria baixada, visando à apuração dos fatos, está prevista legalmente.

3. Contendo o relatório que no procedimento administrativo foi oportunizada ampla defesa ao Impetrante, com a participação do patrono do investigado e após conclusão, enviado ao eminente Corregedor que entendendo estar caracterizada a penalidade de demissão por inassiduidade habitual e procedimento desidioso prevista no art. 234, II e IX da Lei Complementar n. 46/1994, proferiu decisão motivada encaminhando os autos à Presidência do Tribunal de Justiça onde foi lavrado o Ato n. 843/1999, de demissão do Impetrante, objeto do pedido de reconsideração.

4. Não tendo sido reconsiderada a decisão foram os autos encaminhados ao Conselho de Magistratura e não estando comprovado o direito líquido e certo do Impetrante denega-se a segurança. (**Sic**, fls. 254/255)

Insurge-se o recorrente apenado por inassiduidade habitual e procedimento desidioso (fls. 364 e ss.), postulando a reforma do aresto e a nulidade do ato demissório, aduzindo irregularidade na comissão, composta por servidor não estável (art. 253 da LC n. 46/1994); falta de indicação precisa dos fatos na portaria inaugural do processo disciplinar; aplicação da pena demissória em processo de sindicância, que comporta somente advertência (art. 249, § 2º, da LC n. 46/1994); e falta de tipificação da infração disciplinar e ausência de citação para defesa após produzidas as provas (art. 265 e § 1º, da LC n. 46/1994).

Em contra-razões (fls. 403 e ss.), a Procuradoria do Estado alega inexistirem as irregularidades apontadas, tendo a decisão de aplicar a pena demissória tomada com justiça e brilhantismo.

Opina o Ministério Público pelo improvimento do recurso, ao verificar que o “procedimento assegurou ao servidor acompanhar a instrução e produzir provas”, havendo “regularidade formal do processo”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O recurso ordinário aponta irregularidades em procedimento disciplinar que culminou com a demissão do recorrente, servidor público do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

Alega o recorrente haver irregularidade quanto aos membros que compõem a comissão disciplinar, afirmando que um destes não era servidor estável.

Contudo, não faz a necessária prova pré-constituída do fato.

Sustenta, ainda, que a portaria de instauração da sindicância não descreveu de forma suficiente a falta administrativa e que não houve intimação para o acusado apresentar defesa após as produzidas as provas.

A jurisprudência desta Corte é assentada quanto à desnecessidade do detalhamento da conduta infracional na portaria que instaura o procedimento disciplinar.

Transcreve-se:

Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Ofensa ao devido processo legal. Portaria inaugural. Ausência de comprovação do prejuízo. Comissão disciplinar. Art. 149 da Lei n. 8.112/1990. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. Ordem denegada.

I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente quando do indiciamento do servidor. Precedentes.

(...)

VI - Ordem denegada.

(MS n. 8.297/DF; DJ de 16.02.2004; Ministro Gilson Dipp; Terceira Seção)

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência. Demissão. Proporcionalidade.

(...)

II - Não gera nulidade a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar que faz referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, na medida em que a exigência de expô-los minuciosamente deve ser observada na fase de indiciamento, após a conclusão da instrução.

(...)

Segurança denegada.

(MS n. 8.877/DF; DJ de 15.09.2003; Ministro Felix Fischer; Terceira Seção)

Também não se verifica qualquer violação ao direito de defesa do recorrente, quanto à alegada falta de notificação, tanto que fora apresentada defesa técnica, apreciada pela comissão disciplinar.

De outro giro, percebe-se falha grave no procedimento disciplinar, que viola o princípio do devido processo legal, defeito este, de resto, não impugnado pela autoridade coatora nem pelo Estado recorrido, mas não reconhecida pelo Tribunal **a quo**.

Trata-se da aplicação de pena demissória em procedimento de sindicância.

Quanto ao tema, dispõe o art. 249, § 2º, da Lei Complementar n. 46/1994 do Estado do Espírito Santo, que institui o regime jurídico único dos servidores daquele Estado:

Art. 249. A sindicância se constituirá de averiguação sumária promovida no intuito de obter informações ou esclarecimentos necessários à determinação do verdadeiro significado dos fatos denunciados.

(...)

§ 2º Da sindicância somente poderá decorrer a pena de advertência, sendo obrigatório ouvir o servidor público denunciado.

No mesmo sentido, dispõe a Lei n. 8.112/1990, que trata do regime disciplinar dos servidores da União:

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Ocorre que a sindicância é procedimento célere, de cognição sumária, que funciona como instrumento de apuração preliminar de fatos, auxiliar do inquérito administrativo disciplinar (este de cognição ampla), a que a lei permite aplicação restrita de penalidades leves.

Registre-se, ainda, que trata-se de servidor estável, aprovado em concurso público, com mais de dois anos de exercício na função, assertiva constante da inicial (fl. 03) e também não repudiada pela autoridade coatora nem pelo Estado recorrido.

A jurisprudência não discrepa:

RMS — Administrativo — Policial Civil do Estado de Pernambuco — Sindicância e processo administrativo disciplinar — Portaria — Irregularidades — Pena de demissão — Anulação — Cerceamento de defesa — Ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa — Caracterização.

I - A sindicância segue um rito peculiar, cujo escopo é a investigação das pretensas irregularidades funcionais cometidas, sendo desnecessária a observância de alguns princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar. Afinal, procedimento não se confunde com processo. Precedentes: RMSs ns. 281/SP e 8.990/RS.

(...)

V - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(ROMS n. 10.264/PE; DJ de 18.02.2002; Ministro Gilson Dipp; Quinta Turma)

Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública estadual. Demissão. Prescrição quinquenal. Interrupção. Correição ordinária. Inquérito disciplinar. Instauração. Autoridade administrativa. Vinculação. Portaria de enquadramento. Pena sugerida pela comissão.

— A interrupção do prazo prescricional quinquenal das ações disciplinares ocorre com a abertura de sindicância ou, quando for o caso, como a instauração do processo administrativo.

— A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório e esclarecedor de fatos, desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo.

(...)

(ROMS n. 10.316/SP; DJ de 22.05.2000; Ministro Vicente Leal; Sexta Turma)

Dessa forma, a sindicância, nos termos da Lei Estadual, não pode culminar em pena mais grave que a advertência, repudiando-se, ainda mais, a aplicação da pena máxima.

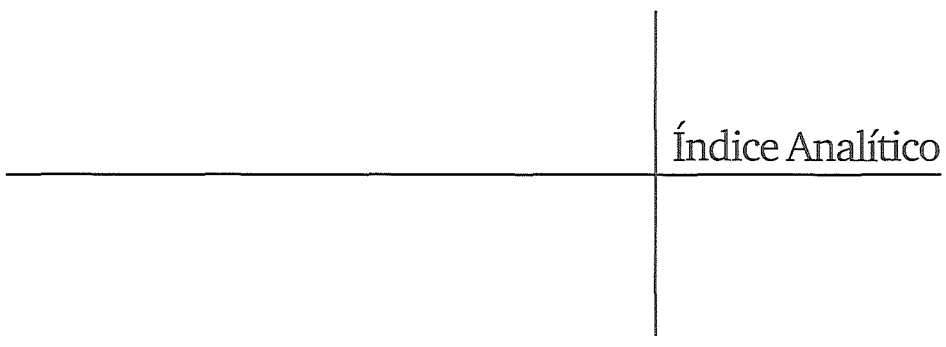
Para tanto, faz-se necessária a abertura de processo administrativo disciplinar, após a conclusão da sindicância.

Não obstante, verifica-se à fl. 49 que o processo a que se sujeitou o recorrente, instaurado pela Portaria n. 017/1997, constituía simples sindicância, que não foi sucedida de inquérito disciplinar, com seus consectários legais, com nova abertura de prazo para defesa, nova instrução probatória, em procedimento de instrução plena.

Acolheu-se, ao revés, apenas a conclusão da sindicância, aplicando a autoridade, posto que competente, pena em desrespeito ao devido processo legal.

Ressalve-se somente que os autos trazem notícia de instauração de processo disciplinar contra o recorrente com fundamento em fatos distintos que levaram à demissão ora apreciada (por inassiduidade habitual e conduta desidiosa). Esta decisão, por óbvio, não atinge situações não apreciadas.

Posto isso, *dou provimento* ao recurso, para anular a pena demissória aplicada com base na sindicância instaurada pela Portaria n. 017/1997, determinando sua reintegração no cargo, ressalvada a existência de outro impedimento à reintegração.



Índice Analítico

A

- PrCv **Ação anulatória de negócio jurídico** - Apelação - Prova - Reexame - Vedação - Sentença - Nulidade. REsp n. 222.611-0/SP RSTJ 187/276.
- PrCv **Ação civil pública** - Ato administrativo discricionário - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Obra de recuperação - Meio-ambiente. REsp n. 429.570-0/GO. RSTJ 187/219.
- PrCv **Ação civil pública** - Cabimento - CF/1988, art. 208, IV - ECA, art. 54, V - Menor - Direito à creche - Ministério Público. REsp n. 575.280-0/SP RSTJ 187/155.
- PrCv **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Competência - Dano ambiental - Justiça Federal - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Lei n. 7.735/1989, art. 4º - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- PrCv **Ação civil pública** - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Possibilidade - Defesa de patrimônio público - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Matéria constitucional. REsp n. 401.057-0/RO. RSTJ 187/545.
- PrCv **Ação de cobrança** - Cláusula contratual - Descumprimento - Contrato de seguro - CPC, art. 333, I e II - Indenização - Ônus da prova. REsp n. 311.370-0/SP RSTJ 187/286.
- PrCv **Ação de cobrança** - Contribuição - Percentual aplicável - Legitimidade - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) - Direito autoral - Lei n. 5.988/1973. REsp n. 528.297-0/RS. RSTJ 187/398.
- Cv Ação de cobrança - **Direito autoral** - Trilha sonora - Legitimidade passiva **ad causam** - Exibidor cinematográfico. REsp n. 526.540-0/RS. RSTJ 187/308.

- PrCv **Ação de cobrança** - Indenização - *Leasing* - Veículo - Legitimidade ativa **ad causam** - Arrendatário - Seguro. REsp n. 537.184-0/MG. RSTJ 187/320.
- PrCv **Ação de reintegração de posse** - CC/1916, arts. 177 e 550 - Prescrição - Não-ocorrência - Usucapião extraordinário - Não-caracterização. REsp n. 210.606-0/AC. RSTJ 187/343.
- PrPn **Ação indenizatória** - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Empresa jornalística - Lei n. 5.250/1967, art. 57 - Matéria jornalística - Súmula n. 221/STJ. REsp n. 258.208-0/DF RSTJ 187/280.
- PrCv Ação penal - Trancamento - CPM, arts. 77 e 324 - CPP, art. 41 - Crime militar - Denúncia - Inépcia - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.115-0/PA. RSTJ 187/580.
- PrCv **Ação possessória** - Imóvel - Administração provisória - Viúva-meeira - Inventário - Inexistência - Legitimidade passiva **ad causam** - Herdeiros. REsp n. 474.982-0/PR. RSTJ 187/379.
- PrCv Ação revisional de aluguel - CPC, art. 573 - **Embargos à execução** - Execução de título judicial - Execução por título extrajudicial - Cumulação - Possibilidade - Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência. REsp n. 160.037-0/RS. RSTJ 187/340.
- PrCv Advogado em causa própria - **Intimação** - Ausência - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 499.983-0/RS. RSTJ 187/235.
- Trbt Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Decisão monocrática - Intimação - Defensoria Pública da União. AgRg no Ag n. 459.945-0/RS. RSTJ 187/32.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Intempestividade - CPC, art. 544 - Expediente forense - Não-ocorrência - Feriado local - Comprovação extemporânea - Preclusão consumativa. AgRg no Ag n. 506.528-0/RS. RSTJ 187/195.
- PrCv Agravo de instrumento - Julgamento pendente - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Supressão de instância - **Suspensão de tutela antecipada** - Não-cabimento. AgRg na STA n. 55-0/RS. RSTJ 187/26.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Procuração - Validade - Substabelecimento - Cláusula **ad judicium**. REsp n. 489.827-0/PB. RSTJ 187/294.
- PrCv **Agravo regimental** - Interposição via fac-símile - Lei n. 9.800/1999, arts. 2º e 4º - Petição original - Intempestividade. AgRg no Ag n. 482.943-0/PR. RSTJ 187/193.
- PrCv **Agravo regimental** - Não-provimento - Importação - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Resolução n. 258/1999-Conama - Suspensão de segurança. AgRg na SS n. 1.296-0/RJ. RSTJ 187/21.

- PrCv **Agravo regimental** - Prejudicialidade - Liminar - Efeitos - Exaurimento - Medida cautelar. AgRg na MC n. 8.982-0/CE. RSTJ 187/523.
- Cv **Alimentos** - Prova - Reexame - Vedação - Responsabilidade complementar - Avós - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 579.385-0/SP RSTJ 187/323.
- Trbt Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - CTN, art. 166 - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei n. 6.556/1989(SP) - Matéria constitucional - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP RSTJ 187/198.
- Cv Amortização negativa - Contrato de mútuo - Correção monetária - Índice aplicável - Prova - Reexame - Vedação - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 583.091-0/SC. RSTJ 187/407.
- PrCv Apelação - **Ação anulatória de negócio jurídico** - Prova - Reexame - Vedação - Sentença - Nulidade. REsp n. 222.611-0/SP RSTJ 187/276.
- PrCv **Apelação** - CC/1916, art. 1.062 - Juros moratórios - Redução - Matéria de ordem pública. REsp n. 487.927-0/MG. RSTJ 187/382.
- Cv Apelação - CPC, art. 499 - Violação - Fiança - Interesse recursal - Fiador - **Locação** - Pessoa jurídica - Alienação. REsp n. 303.210-0/SP RSTJ 187/541.
- PrPn Apelação - CPP, art. 675 - Inaplicabilidade - Crime de peculato - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Possibilidade - Recurso especial - Efeito suspensivo - Ausência. HC n. 38.774-0/SP RSTJ 187/495.
- Cm Ato administrativo - Anulação - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Lei n. 5.772/1971, art. 65 - Lei n. 9.279/1996, art. 124 - **Marca** - Registro - Classe diversa. REsp n. 356.933-0/RJ. RSTJ 187/359.
- Adm Ato administrativo - Cassação - CPC, art. 128 - Violação - Lei n. 8.627/1993 - **Mandado de segurança** - Reajuste - Compensação - Sentença - Efeitos - Limitação - Servidor público. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.
- PrCv Ato administrativo discricionário - **Ação civil pública** - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Obra de recuperação - Meio ambiente. REsp n. 429.570-0/GO. RSTJ 187/219.
- Cv Ato anulável - CC/1916, arts. 147, II, e 178, § 9º, VI - Falsidade ideológica - Prescrição - Ocorrência - **Registro de nascimento**. REsp n. 509.138-0/SP RSTJ 187/391.
- PrCv Ato judicial - Legalidade - CPC, art. 686, VI - Violação - Não-caracterização - **Mandado de segurança** - Praça - Nulidade - Não-ocorrência - Preço vil - Não-configuração. ROMS n. 11.510-0/BA. RSTJ 187/327.
- Adm Autorização de embarque - Lei n. 9.537/1997 - **Mandado de segurança** - Trabalhador aquaviário - Cooperativa - Vínculo trabalhista - Desnecessidade. REsp n. 530.121-0/RS. RSTJ 187/146.

Pv Auxílio-alimentação - Pagamento em pecúnia - CLT, art. 832 - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Justiça do Trabalho - Lei n. 8.212/1991, art. 43, na redação da Lei n. 8.620/1993 - Transação judicial - Homologação. REsp n. 462.822-0/PR. RSTJ 187/224.

B

Trbt Base de cálculo - Semestralidade - Correção monetária - Não-incidência - Lançamento por homologação - Prescrição - Termo inicial - Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - Restituição do indébito - **Tributo** - Inconstitucionalidade. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.

Pv **Benefício previdenciário** - Possibilidade - Guarda judicial - Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º - Menor. AgRg no REsp n. 684.077-0/RJ. RSTJ 187/423.

PrPn **Bis in idem** - Não-ocorrência - Concurso material - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime de quadrilha ou bando - Crime de roubo - Uso de arma de fogo - **Habeas corpus**. HC n. 35.220-0/RS. RSTJ 187/464.

Trbt Bitributação - Impossibilidade - CTN, art. 98 - Dividendos - Sócio residente no exterior - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 4.131/1962, art. 2º. REsp n. 426.945-0/PR. RSTJ 187/95.

C

Cv Caixa Econômica Federal (CEF) - **Contrato de compra e venda** - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Imóvel - Mútuo hipotecário - Vício redibitório. REsp n. 55.653-0/MG. RSTJ 187/273.

PrCv Capitalização anual de juros - Impossibilidade - Coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência - **Liquidação de sentença**. REsp n. 573.511-0/MG. RSTJ 187/402.

PrPn Causa especial de aumento - Não-incidência - Concurso formal - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Pena - Dosimetria - Regime prisional fechado - Súmula n. 174/STJ - Cancelamento. HC n. 29.944-0/SP. RSTJ 187/440.

Cv CC/1916, arts. 147, II, e 178, § 9º, VI - Ato anulável - Falsidade ideológica - Prescrição - Ocorrência - **Registro de nascimento**. REsp n. 509.138-0/SP. RSTJ 187/391.

PrCv CC/1916, arts. 177 e 550 - **Ação de reintegração de posse** - Prescrição - Não-ocorrência - Usucapião extraordinário - Não-caracterização. REsp n. 210.606-0/AC. RSTJ 187/343.

Cv CC/1916, arts. 1.006, 1.491, 1.500 e 1.503 - Contrato de fornecimento de passagem aérea - Fiador - Exoneração - **Fiança** - Sociedade comercial - Alienação. REsp n. 419.128-0/ES. RSTJ 187/367.

- PrCv CC/1916, art. 1.062 - **Apelação** - Juros moratórios - Redução - Matéria de ordem pública. REsp n. 487.927-0/MG. RSTJ 187/382.
- Cv CC/1916, art. 1.790 - **Doação inoficiosa** - Imóvel - Parte disponível - Fixação. REsp n. 112.254-0/SP. RSTJ 187/335.
- Cm CCm, art. 335 - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - Doação - Reversão - Impossibilidade - Falência superveniente - Imóvel - **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.
- Cv **Cédula de produto rural** - Quitação - Cessão de crédito - Comunicação ao devedor - Não-ocorrência - Produção rural - Entrega ao cedente - Validade. REsp n. 494.052-0/RS. RSTJ 187/387.
- Cv Cessão de crédito - Comunicação ao devedor - Não-ocorrência - **Cédula de produto rural** - Quitação - Produção rural - Entrega ao cedente - Validade. REsp n. 494.052-0/RS. RSTJ 187/387.
- Pn CF/1988, art. 5º, LVIII - **Crime de falsa identidade** - Não-configuração - Inquérito policial - Réu - Autodefesa. REsp n. 432.029-0/MG. RSTJ 187/555.
- PrCv CF/1988, art. 109, I - **Ação civil pública** - Competência - Dano ambiental - Justiça Federal - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Lei n. 7.735/1989, art. 4º - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- PrCv CF/1988, art. 208, IV - **Ação civil pública** - Cabimento - ECA, art. 54, V - Menor - Direito à creche - Ministério Público. REsp n. 575.280-0/SP. RSTJ 187/155.
- Pn Circunstância atenuante - CP art. 68 - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Qualificadora - Fundamentação - Necessidade - Súmula n. 231/STJ. REsp n. 673.249-0/RS. RSTJ 187/513.
- PrPn Circunstâncias judiciais desfavoráveis - CP art. 92, I, **b** - Crime de homicídio qualificado - Tentativa - **Habeas corpus** - Pena-base acima do mínimo legal - Perda da função pública. HC n. 35.527-0/MS. RSTJ 187/483.
- PrCv **Citação por hora certa** - Validade - CPC, art. 227 - Intimação - Porteiro - Admissibilidade. REsp n. 647.201-0/SP. RSTJ 187/417.
- PrCv Cláusula contratual - Descumprimento - **Ação de cobrança** - Contrato de seguro - CPC, art. 333, I e II - Indenização - Ônus da prova. REsp n. 311.370-0/SP. RSTJ 187/286.
- Cm Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - CCm, art. 335 - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - Doação - Reversão - Impossibilidade - Falência superveniente - Imóvel - **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.

- Pv CLT, art. 832 - Auxílio-alimentação - Pagamento em pecúnia - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Justiça do Trabalho - Lei n. 8.212/1991, art. 43, na redação da Lei n. 8.620/1993 - Transação judicial - Homologação. REsp n. 462.822-0/PR. RSTJ 187/224.
- Pv Código Desportivo da Federação - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Recolhimento - CTN, art. 123 - Lei n. 8.212/1991, art. 22 - Partida de futebol - Responsabilidade - Entidade promotora do evento. REsp n. 508.981-0/SC. RSTJ 187/239.
- PrCv Coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência - Capitalização anual de juros - Impossibilidade - **Liquidação de sentença**. REsp n. 573.511-0/MG. RSTJ 187/402.
- PrCv Competência - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Dano ambiental - Justiça Federal - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Lei n. 7.735/1989, art. 4ª - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- PrCv **Competência** - Guarda judicial - Justiça do Estado de Goiás - Lei n. 8.069/1990, art. 147 - Menor. AgRg no CC n. 41.804-0/GO. RSTJ 187/257.
- Cv Competência - Justiça brasileira - **Contrato de compra e venda** - Imóvel no exterior - LICC, art. 12. REsp n. 505.208-0/AM. RSTJ 187/304.
- PrPn Competência originária - Tribunal de Justiça - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Lei n. 8.038/1990, art. 4ª - Ministério Público - Vista dos autos - Fase preliminar. HC n. 22.408-0/SP. RSTJ 187/428.
- Cm **Concordata** - Crédito privilegiado - Exclusão - Honorários advocatícios. REsp n. 466.765-0/SP. RSTJ 187/376.
- PrCv Concordata preventiva - **Conflito de competência** - Não-conhecimento - CPC, art. 115 - Reclamação trabalhista. CC n. 41.729-0/AM. RSTJ 187/261.
- PrPn Concurso formal - Causa especial de aumento - Não-incidência - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Pena - Dosimetria - Regime prisional fechado - Súmula n. 174/STJ - Cancelamento. HC n. 29.944-0/SP. RSTJ 187/440.
- PrPn Concurso material - **Bis in idem** - Não-ocorrência - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime de quadrilha ou bando - Crime de roubo - Uso de arma de fogo - **Habeas corpus**. HC n. 35.220-0/RS. RSTJ 187/464.
- PrPn Confissão espontânea - Não-configuração - Crime de calúnia - Crime de difamação contra funcionário público - **Habeas corpus** - Prova - Necessidade. HC n. 30.967-0/MG. RSTJ 187/525.
- PrCv **Conflito de competência** - Não-conhecimento - Concordata preventiva - CPC, art. 115 - Reclamação trabalhista. CC n. 41.729-0/AM. RSTJ 187/261.

- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Competência originária - Tribunal de Justiça - **Habeas corpus** - Lei n. 8.038/1990, art. 4º - Ministério Público - Vista dos autos - Fase preliminar. HC n. 22.408-0/SP RSTJ 187/428.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação - Impossibilidade. HC n. 28.555-0/SP RSTJ 187/435.
- PrPn Continuidade delitiva - Crime de apropriação indébita previdenciária - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Súmula n. 243/STJ - Suspensão condicional do processo - Não-cabimento. HC n. 37.479-0/SP RSTJ 187/527.
- PrCv Contradição - Não-caracterização - CPC, art. 535, I - Violação - Não-ocorrência - **Embargos declaratórios** - Protesto de título - Recurso em mandado de segurança - Tabela de notas. EDcl no RMS n. 15.877-0/DF RSTJ 187/71.
- Cv **Contrato de compra e venda** - Caixa Econômica Federal (CEF) - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Imóvel - Mútuo hipotecário - Vício redibitório. REsp n. 55.653-0/MG. RSTJ 187/273.
- Cv **Contrato de compra e venda** - Imóvel no exterior - Competência - Justiça brasileira - LICC, art. 12. REsp n. 505.208-0/AM. RSTJ 187/304.
- Cv Contrato de fornecimento de passagem aérea - CC/1916, arts. 1.006, 1.491, 1.500 e 1.503 - Fiador - Exoneração - **Fiança** - Sociedade comercial - Alienação. REsp n. 419.128-0/ES. RSTJ 187/367.
- Cv Contrato de mútuo - Amortização negativa - Correção monetária - Índice aplicável - Prova - Reexame - Vedação - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 583.091-0/SC. RSTJ 187/407.
- Adm **Contrato de prestação de serviço** - Correção monetária - Incidência - Lei n. 8.030/1990 - Inaplicabilidade. REsp n. 403.907-0/DF RSTJ 187/214.
- PrCv Contrato de seguro - **Ação de cobrança** - Cláusula contratual - Descumprimento - CPC, art. 333, I e II - Indenização - Ônus da prova. REsp n. 311.370-0/SP RSTJ 187/286.
- PrCv Contribuição - Percentual aplicável - Legitimidade - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) - **Ação de cobrança** - Direito autoral - Lei n. 5.988/1973. REsp n. 528.297-0/RS. RSTJ 187/398.
- Trbt **Contribuição para Funrural** - Incidência - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Produto rural - Aquisição - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 384.206-0/RS. RSTJ 187/212.
- Pv **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Auxílio-alimentação - Pagamento em pecúnia - CLT, art. 832 - Justiça do Trabalho - Lei n. 8.212/1991, art. 43, na redação da Lei n. 8.620/1993 - Transação judicial - Homologação. REsp n. 462.822-0/PR. RSTJ 187/224.

- Pv **Contribuição previdenciária** - Recolhimento - Código Desportivo da Federação - Inaplicabilidade - CTN, art. 123 - Lei n. 8.212/1991, art. 22 - Partida de futebol - Responsabilidade - Entidade promotora do evento. REsp n. 508.981-0/SC. RSTJ 187/239.
- Adm Correção monetária - Incidência - **Contrato de prestação de serviço** - Lei n. 8.030/1990 - Inaplicabilidade. REsp n. 403.907-0/DF. RSTJ 187/214.
- Cv Correção monetária - Índice aplicável - Amortização negativa - Contrato de mútuo - Prova - Reexame - Vedação - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 583.091-0/SC. RSTJ 187/407.
- Trbt Correção monetária - Não-incidência - Base de cálculo - Semestralidade - Lançamento por homologação - Prescrição - Termo inicial - Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - Restituição do indébito - **Tributo** - Inconstitucionalidade. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.
- PrPn CP, art. 26, parágrafo único - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Semi-imputabilidade - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.
- Pn CP, art. 68 - Circunstância atenuante - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Qualificadora - Fundamentação - Necessidade - Súmula n. 231/STJ. REsp n. 673.249-0/RS. RSTJ 187/513.
- PrPn CP, art. 92, I, **b** - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Crime de homicídio qualificado - Tentativa - **Habeas corpus** - Pena-base acima do mínimo legal - Perda da função pública. HC n. 35.527-0/MS. RSTJ 187/483.
- PrPn CP, art. 109, VI - Crime de abuso de autoridade - Lei n. 4.898/1965 - Prescrição da pretensão punitiva - **Recurso especial** - Prejudicialidade. REsp n. 279.429-0/SP. RSTJ 187/535.
- PrCv CPC, art. 115 - Concordata preventiva - **Conflito de competência** - Não-conhecimento - Reclamação trabalhista. CC n. 41.729-0/AM. RSTJ 187/261.
- Adm CPC, art. 128 - Violação - Ato administrativo - Cassação - Lei n. 8.627/1993 - **Mandado de segurança** - Reajuste - Compensação - Sentença - Efeitos - Limitação - Servidor público. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.
- PrCv CPC, art. 134 - Desembargador - **Exceção de impedimento** - Julgamento colegiado - Preclusão. REsp n. 520.026-0/CE. RSTJ 187/249.
- PrCv CPC, art. 227 - **Citação por hora certa** - Validade - Intimação - Porteiro - Admissibilidade. REsp n. 647.201-0/SP. RSTJ 187/417.
- PrCv CPC, art. 333, I e II - **Ação de cobrança** - Cláusula contratual - Descumprimento - Contrato de seguro - Indenização - Ônus da prova. REsp n. 311.370-0/SP. RSTJ 187/286.

- PrCv CPC, art. 460 - Decisão **extra petita** - Gratificação de exercício - Incorporação - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público. ROMS n. 12.520-0/GO. RSTJ 187/585.
- Cv CPC, art. 499 - Violação - Apelação - Fiança - Interesse recursal - Fiador - **Locação** - Pessoa jurídica - Alienação. REsp n. 303.210-0/SP RSTJ 187/541.
- PrCv CPC, art. 535, I - Violação - Não-ocorrência - Contradição - Não-caracterização - **Embargos declaratórios** - Protesto de título - Recurso em mandado de segurança - Tabela de notas. EDcl no RMS n. 15.877-0/DE RSTJ 187/71.
- PrCv CPC, art. 544 - **Agravo de instrumento** - Intempestividade - Expediente forense - Não-ocorrência - Feriado local - Comprovação extemporânea - Preclusão consumativa. AgRg no Ag n. 506.528-0/RS. RSTJ 187/195.
- PrCv CPC, art. 573 - Ação revisional de aluguel - **Embargos à execução** - Execução de título judicial - Execução por título extrajudicial - Cumulação - Possibilidade - Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência. REsp n. 160.037-0/RS. RSTJ 187/340.
- PrCv CPC, art. 604, na redação da Lei n. 8.898/1994 - **Execução** - Honorários periciais - Responsabilidade - Credor. EREsp n. 471.945-0/RS. RSTJ 187/55.
- PrCv CPC, art. 686, VI - Violação - Não-caracterização - Ato judicial - Legalidade - **Mandado de segurança** - Praça - Nulidade - Não-ocorrência - Preço vil - Não-configuração. ROMS n. 11.510-0/BA. RSTJ 187/327.
- PrCv CPM, arts. 77 e 324 - Ação penal - Trancamento - CPP, art. 41 - Crime militar - Denúncia - Inépcia - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.115-0/PA. RSTJ 187/580.
- PrCv CPP, art. 41 - Ação penal - Trancamento - CPM, arts. 77 e 324 - Crime militar - Denúncia - Inépcia - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.115-0/PA. RSTJ 187/580.
- PrPn CPP, art. 295, § 2º - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Prisão cautelar - Cella especial - Cabimento - Vereador. HC n. 31.783-0/SE. RSTJ 187/461.
- PrPn CPP, art. 312 - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação - Impossibilidade. HC n. 28.555-0/SP RSTJ 187/435.
- PrPn CPP, art. 675 - Inaplicabilidade - Apelação - Crime de peculato - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Possibilidade - Recurso especial - Efeito suspensivo - Ausência. HC n. 38.774-0/SP RSTJ 187/495.
- Cm Crédito privilegiado - Exclusão - **Concordata** - Honorários advocatícios. REsp n. 466.765-0/SP RSTJ 187/376.
- Trbt Crédito trabalhista - Parcelamento - **Denúncia espontânea** - Não-caracterização - Multa moratória - Compensação - Impossibilidade. EDcl no REsp n. 497.267-0/PR. RSTJ 187/78.

- Trbt Crédito tributário - Compensação - Alíquota - Majoração - CTN, art. 166 - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei n. 6.556/1989 (SP) - Matéria constitucional - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP RSTJ 187/198.
- PrPn Crime de abuso de autoridade - CP, art. 109, VI - Lei n. 4.898/1965 - Prescrição da pretensão punitiva - **Recurso especial** - Prejudicialidade. REsp n. 279.429-0/SP RSTJ 187/535.
- PrPn Crime de apropriação indébita previdenciária - Continuidade delitiva - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Súmula n. 243/STJ - Suspensão condicional do processo - Não-cabimento. HC n. 37.479-0/SP RSTJ 187/527.
- PrPn Crime de calúnia - Crime de difamação contra funcionário público - Confissão espontânea - Não-configuração - **Habeas corpus** - Prova - Necessidade. HC n. 30.967-0/MG. RSTJ 187/525.
- PrPn Crime de estelionato - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Prescrição intercorrente. HC n. 22.658-0/SP RSTJ 187/433.
- PrPn Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - **Bis in idem** - Não-ocorrência - Concurso material - Crime de quadrilha ou bando - Crime de roubo - Uso de arma de fogo - **Habeas corpus**. HC n. 35.220-0/RS. RSTJ 187/464.
- PrPn Crime de estupro - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II - Inconstitucionalidade - Liberdade provisória - Possibilidade - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 15.316-0/SP RSTJ 187/559.
- Pn **Crime de falsa identidade** - Não-configuração - CF/1988, art. 5º, LVIII - Inquérito policial - Réu - Autodefesa. REsp n. 432.029-0/MG. RSTJ 187/555.
- PrPn Crime de homicídio qualificado - CP, art. 26, parágrafo único - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Semi-imputabilidade - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.
- PrPn Crime de homicídio qualificado - CPP, art. 295, § 2º - **Habeas corpus** - Prisão cautelar - Cela especial - Cabimento - Vereador. HC n. 31.783-0/SE. RSTJ 187/461.
- PrPn Crime de homicídio qualificado - Tentativa - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - CP, art. 92, I, b - **Habeas corpus** - Pena-base acima do mínimo legal - Perda da função pública. HC n. 35.527-0/MS. RSTJ 187/483.
- PrPn Crime de peculato - Apelação - CPP, art. 675 - Inaplicabilidade - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Possibilidade - Recurso especial - Efeito suspensivo - Ausência. HC n. 38.774-0/SP RSTJ 187/495.
- PrPn Crime de quadrilha ou bando - **Bis in idem** - Não-ocorrência - Concurso material - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime de roubo - Uso de arma de fogo - **Habeas corpus**. HC n. 35.220-0/RS. RSTJ 187/464.

- PrPn Crime de roubo - Excesso de prazo - Caracterização - **Habeas corpus** - Instrução criminal. HC n. 37.803-0/SE. RSTJ 187/532.
- PrPn Crime de roubo - Uso de arma de fogo - **Bis in idem** - Não-ocorrência - Concurso material - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus**. HC n. 35.220-0/RS. RSTJ 187/464.
- PrPn Crime de roubo qualificado - Causa especial de aumento - Não-incidência - Concurso formal - **Habeas corpus** - Pena - Dosimetria - Regime prisional fechado - Súmula n. 174/STJ - Cancelamento. HC n. 29.944-0/SR RSTJ 187/440.
- Pn **Crime de roubo qualificado** - Circunstância atenuante - CP, art. 68 - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Qualificada - Fundamentação - Necessidade - Súmula n. 231/STJ. REsp n. 673.249-0/RS. RSTJ 187/513.
- PrPn Crime de tráfico de entorpecente - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação - Impossibilidade. HC n. 28.555-0/SP RSTJ 187/435.
- PrPn Crime hediondo - CP, art. 26, parágrafo único - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Semi-imputabilidade - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.
- PrCv Crime militar - Ação penal - Trancamento - CPM, arts. 77 e 324 - CPP, art. 41 - Denúncia - Inépcia - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.115-0/PA. RSTJ 187/580.
- Trbt CTN, art. 98 - Bitributação - Impossibilidade - Dividendos - Sócio residente no exterior - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 4.131/1962, art. 2º. REsp n. 426.945-0/PR. RSTJ 187/95.
- Trbt CTN, art. 121, II - Agente marítimo - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- Pv CTN, art. 123 - Código Desportivo da Federação - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Recolhimento - Lei n. 8.212/1991, art. 22 - Partida de futebol - Responsabilidade - Entidade promotora do evento. REsp n. 508.981-0/SC. RSTJ 187/239.
- Trbt CTN, art. 161 - Juros moratórios - Percentual aplicável - Repetição do indébito - **Taxa de Limpeza Pública (TLP)**. REsp n. 476.771-0/SP RSTJ 187/229.
- Trbt CTN, art. 166 - Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei n. 6.556/1989 (SP) - Matéria constitucional - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP RSTJ 187/198.

D

- PrCv Dano ambiental - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Competência - Justiça Federal - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Lei n. 7.735/1989, art. 4º - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- PrPn Dano moral - **Ação indenizatória** - Legitimidade passiva **ad causam** - Empresa jornalística - Lei n. 5.250/1967, art. 57 - Matéria jornalística - Súmula n. 221/STJ. REsp n. 258.208-0/DF. RSTJ 187/280.
- Cv Dano moral - Indenização - Redução - Não-ocorrência - Matéria jornalística - **Responsabilidade civil** - Sucumbência - Ônus. REsp n. 287.816-0/RJ. RSTJ 187/348.
- PrCv Decisão **extra petita** - CPC, art. 460 - Gratificação de exercício - Incorporação - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público. ROMS n. 12.520-0/GO. RSTJ 187/585.
- PrCv Decisão monocrática - **Agravo de instrumento** - Intimação - Defensoria Pública da União. AgRg no Ag n. 459.945-0/RS. RSTJ 187/32.
- PrCv Declaração incidental de inconstitucionalidade - Possibilidade - **Ação civil pública** - Defesa de patrimônio público - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Matéria constitucional. REsp n. 401.057-0/RO. RSTJ 187/545.
- Cm Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - CCm, art. 335 - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Doação - Reversão - Impossibilidade - Falência superveniente - Imóvel - **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.
- PrCv Defesa de patrimônio público - **Ação civil pública** - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Possibilidade - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Matéria constitucional. REsp n. 401.057-0/RO. RSTJ 187/545.
- Adm Demissão - Impossibilidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Sindicância. ROMS n. 15.562-0/ES. RSTJ 187/623.
- Adm Demissão a bem da disciplina - Instância administrativa - Independência - Policial Militar - Processo administrativo disciplinar - Regularidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. ROMS n. 12.971-0/TO. RSTJ 187/604.
- PrCv Denúncia - Inépcia - Ação penal - Trancamento - CPM, arts. 77 e 324 - CPB art. 41 - Crime militar - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 16.115-0/PA. RSTJ 187/580.
- Trbt **Denúncia espontânea** - Não-caracterização - Crédito trabalhista - Parcelamento - Multa moratória - Compensação - Impossibilidade. EDcl no REsp n. 497.267-0/PR. RSTJ 187/78.

- PrCv Depositário infiel - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Revogação - Penhora - Efetivação - Impossibilidade - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 24.130-0/SP RSTJ 187/85.
- PrCv Desembargador - CPC, art. 134 - **Exceção de impedimento** - Julgamento colegiado - Preclusão. REsp n. 520.026-0/CE. RSTJ 187/249.
- PrCv Direito autoral - **Ação de cobrança** - Contribuição - Percentual aplicável - Legitimidade - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) - Lei n. 5.988/1973. REsp n. 528.297-0/RS. RSTJ 187/398.
- Cv **Direito autoral** - Trilha sonora - Ação de cobrança - Legitimidade passiva **ad causam** - Exibidor cinematográfico. REsp n. 526.540-0/RS. RSTJ 187/308.
- Adm Direito líquido e certo - Ausência - Intimação pessoal - Inexigibilidade - Lei Complementar n. 4/1990(MT) - Processo administrativo disciplinar - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Sindicância - Regularidade. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.
- Trbt Dividendos - Sócio residente no exterior - Bitributação - Impossibilidade - CTN, art. 98 - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 4.131/1962, art. 2º. REsp n. 426.945-0/PR. RSTJ 187/95.
- Cm Doação - Reversão - Impossibilidade - CCm, art. 335 - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - Falência superveniente - Imóvel - **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.
- Cv **Doação inoficiosa** - CC/1916, art. 1.790 - Imóvel - Parte disponível - Fixação. REsp n. 112.254-0/SP RSTJ 187/335.
- Cv Doença preexistente - Conhecimento prévio - Indenização - Excepcionalidade - **Seguro**. REsp n. 399.455-0/RS. RSTJ 187/362.

E

- PrCv ECA, art. 54, V - **Ação civil pública** - Cabimento - CF/1988, art. 208, IV - Menor - Direito a creche - Ministério Público. REsp n. 575.280-0/SP RSTJ 187/155.
- PrCv **Embargos à execução** - Ação revisional de aluguel - CPC, art. 573 - Execução de título judicial - Execução por título extrajudicial - Cumulação - Possibilidade - Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência. REsp n. 160.037-0/RS. RSTJ 187/340.
- PrCv **Embargos de terceiro** - Cabimento - Execução hipotecária - Lei n. 4.864/1965, art. 22 - Promessa de compra e venda - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). EREsp n. 187.940-0/SP RSTJ 187/263.
- PrCv **Embargos declaratórios** - Contradição - Não-caracterização - CPC, art. 535, I - Violação - Não-ocorrência - Protesto de título - Recurso em mandado de segurança - Tabela de notas. EDcl no RMS n. 15.877-0/DF RSTJ 187/71.

- Cv Empresa concessionária - Força maior - Indenização - Inviabilidade - **Responsabilidade civil** - Exclusão - Transporte coletivo - Assalto. REsp n. 331.801-0/RJ. RSTJ 187/353.
- Trbt Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - CTN, art. 166 - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei n. 6.556/1989 (SP) - Matéria constitucional - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP RSTJ 187/198.
- PrCv Energia elétrica - Fornecimento - Suspensão - Possibilidade - **Fumus boni iuris** - Não-caracterização - **Medida cautelar**. AgRg nos EDcl na MC n. 6.781-0/RJ. RSTJ 187/69.
- PrCv **Exceção de impedimento** - CPC, art. 134 - Desembargador - Julgamento colegiado - Preclusão. REsp n. 520.026-0/CE. RSTJ 187/249.
- PrPn Excesso de prazo - Caracterização - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Instrução criminal. HC n. 37.803-0/SE. RSTJ 187/532.
- PrPn Excesso de prazo - Não-ocorrência - Instrução criminal - Nulidade - Ausência - **Recurso em habeas corpus** - Prejudicialidade - Sentença de pronúncia. ROHC n. 14.261-0/PR. RSTJ 187/557.
- PrCv **Execução** - CPC, art. 604, na redação da Lei n. 8.898/1994 - Honorários periciais - Responsabilidade - Credor. EREsp n. 471.945-0/RS. RSTJ 187/55.
- PrCv Execução de título judicial - Ação revisional de aluguel - CPC, art. 573 - **Embargos à execução** - Execução por título extrajudicial - Cumulação - Possibilidade - Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência. REsp n. 160.037-0/RS. RSTJ 187/340.
- PrCv Execução hipotecária - **Embargos de terceiro** - Cabimento - Lei n. 4.864/1965, art. 22 - Promessa de compra e venda - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). EREsp n. 187.940-0/SP RSTJ 187/263.
- PrCv Execução por título extrajudicial - Cumulação - Possibilidade - Ação revisional de aluguel - CPC, art. 573 - **Embargos à execução** - Execução de título judicial - Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência. REsp n. 160.037-0/RS. RSTJ 187/340.
- PrCv Expediente forense - Não-ocorrência - **Agravo de instrumento** - Intempestividade - CPC, art. 544 - Feriado local - Comprovação extemporânea - Preclusão consumativa. AgRg no Ag n. 506.528-0/RS. RSTJ 187/195.
- PrPn Extinção da punibilidade - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Prescrição intercorrente. HC n. 22.658-0/SP RSTJ 187/433.

F

- Cm Falência superveniente - CCm, art. 335 - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - Doação - Reversão - Impossibilidade - Imóvel - **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.

- Cv Falsidade ideológica - Ato anulável - CC/1916, arts. 147, II, e 178, § 9º, VI - Prescrição - Ocorrência - **Registro de nascimento**. REsp n. 509.138-0/SP RSTJ 187/391.
- PrCv Feriado local - Comprovação extemporânea - **Agravo de instrumento** - Intempestividade - CPC, art. 544 - Expediente forense - Não-ocorrência - Preclusão consumativa. AgRg no Ag n. 506.528-0/RS. RSTJ 187/195.
- Cv Fiador - Exoneração - CC/1916, arts. 1.006, 1.491, 1.500 e 1.503 - Contrato de fornecimento de passagem aérea - **Fiança** - Sociedade comercial - Alienação. REsp n. 419.128-0/ES. RSTJ 187/367.
- Cv Fiança - Apelação - CPC, art. 499 - Violação - Interesse recursal - Fiador - **Locação** - Pessoa jurídica - Alienação. REsp n. 303.210-0/SP RSTJ 187/541.
- Cv **Fiança** - CC/1916, arts. 1.006, 1.491, 1.500 e 1.503 - Contrato de fornecimento de passagem aérea - Fiador - Exoneração - Sociedade comercial - Alienação. REsp n. 419.128-0/ES. RSTJ 187/367.
- Cv Força maior - Empresa concessionária - Indenização - Inviabilidade - **Responsabilidade civil** - Exclusão - Transporte coletivo - Assalto. REsp n. 331.801-0/RJ. RSTJ 187/353.
- PrCv **Fumus boni iuris** - Não-caracterização - Energia elétrica - Fornecimento - Suspensão - Possibilidade - **Medida cautelar**. AgRg nos EDcl na MC n. 6.781-0/RJ. RSTJ 187/69.

G

- PrCv Gratificação de exercício - Incorporação - CPC, art. 460 - Decisão **extra petita** - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público. ROMS n. 12.520-0/GO. RSTJ 187/585.
- Pv Guarda judicial - **Benefício previdenciário** - Possibilidade - Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º - Menor. AgRg no REsp n. 684.077-0/RJ. RSTJ 187/423.
- PrCv Guarda judicial - **Competência** - Justiça do Estado de Goiás - Lei n. 8.069/1990, art. 147 - Menor. AgRg no CC n. 41.804-0/GO. RSTJ 187/257.

H

- PrPn **Habeas corpus** - Apelação - CPP art. 675 - Inaplicabilidade - Crime de peculato - Mandado de prisão - Possibilidade - Recurso especial - Efeito suspensivo - Ausência. HC n. 38.774-0/SP RSTJ 187/495.
- PrPn **Habeas corpus - Bis in idem** - Não-ocorrência - Concurso material - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime de quadrilha ou bando - Crime de roubo - Uso de arma de fogo. HC n. 35.220-0/RS. RSTJ 187/464.
- PrPn **Habeas corpus** - Causa especial de aumento - Não-incidência - Concurso formal - Crime de roubo qualificado - Pena - Dosimetria - Regime prisional fechado - Súmula n. 174/STJ - Cancelamento. HC n. 29.944-0/SP RSTJ 187/440.

- PrPn **Habeas corpus** - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - CP, art. 92, I, b - Crime de homicídio qualificado - Tentativa - Pena-base acima do mínimo legal - Perda da função pública. HC n. 35.527-0/MS. RSTJ 187/483.
- PrPn **Habeas corpus** - Competência originária - Tribunal de Justiça - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Lei n. 8.038/1990, art. 4º - Ministério Público - Vista dos autos - Fase preliminar. HC n. 22.408-0/SP RSTJ 187/428.
- PrPn **Habeas corpus** - Confissão espontânea - Não-configuração - Crime de calúnia - Crime de difamação contra funcionário público - Prova - Necessidade. HC n. 30.967-0/MG. RSTJ 187/525.
- PrPn **Habeas corpus** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 312 - Crime de tráfico de entorpecente - Prisão preventiva - Revogação - Impossibilidade. HC n. 28.555-0/SP RSTJ 187/435.
- PrPn **Habeas corpus** - Continuidade delitiva - Crime de apropriação indébita previdenciária - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Súmula n. 243/STJ - Suspensão condicional do processo - Não-cabimento. HC n. 37.479-0/SP RSTJ 187/527.
- PrPn **Habeas corpus** - CP, art. 26, parágrafo único - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Semi-imputabilidade - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.
- PrPn **Habeas corpus** - CPP, art. 295, § 2º - Crime de homicídio qualificado - Prisão cautelar - Cella especial - Cabimento - Vereador. HC n. 31.783-0/SE. RSTJ 187/461.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de estelionato - Extinção da punibilidade - Prescrição intercorrente. HC n. 22.658-0/SP RSTJ 187/433.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de roubo - Excesso de prazo - Caracterização - Instrução criminal. HC n. 37.803-0/SE. RSTJ 187/532.
- PrCv **Habeas corpus** - Depositário infiel - Mandado de prisão - Revogação - Penhora - Efetivação - Impossibilidade - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 24.130-0/SP RSTJ 187/85.
- Cm Honorários advocatícios - **Concordata** - Crédito privilegiado - Exclusão. REsp n. 466.765-0/SP RSTJ 187/376.
- Cv Honorários advocatícios - Não-cabimento - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Contrato de compra e venda** - Imóvel - Mútuo hipotecário - Vício redibitório. REsp n. 55.653-0/MG. RSTJ 187/273.
- PrCv Honorários periciais - CPC, art. 604, na redação da Lei n. 8.898/1994 - **Execução** - Responsabilidade - Credor. EREsp n. 471.945-0/RS. RSTJ 187/55.

I

- PrCv Imóvel - Administração provisória - Viúva-meeira - **Ação possessória** - Inventário - Inexistência - Legitimidade passiva **ad causam** - Herdeiros. REsp n. 474.982-0/PR. RSTJ 187/379.
- Cv Imóvel - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Contrato de compra e venda** - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Mútuo hipotecário - Vício redibitório. REsp n. 55.653-0/MG. RSTJ 187/273.
- Cm Imóvel - CCm, art. 335 - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - Doação - Reversão - Impossibilidade - Falência superveniente - **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.
- Cv Imóvel - Parte disponível - Fixação - CC/1916, art. 1.790 - **Doação inoficiosa**. REsp n. 112.254-0/SP RSTJ 187/335.
- PrCv Importação - **Agravo regimental** - Não-provimento - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Resolução n. 258/1999-Conama - Suspensão de segurança. AgRg na SS n. 1.296-0/RJ. RSTJ 187/21.
- Trbt **Imposto de Importação (II)** - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Bitributação - Impossibilidade - CTN, art. 98 - Dividendos - Sócio residente no exterior - Lei n. 4.131/1962, art. 2ª. REsp n. 426.945-0/PR. RSTJ 187/95.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - CTN, art. 166 - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - Lei n. 6.556/1989(SP) - Matéria constitucional - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP RSTJ 187/198.
- PrCv Indenização - **Ação de cobrança** - Cláusula contratual - Descumprimento - Contrato de seguro - CPC, art. 333, I e II - Ônus da prova. REsp n. 311.370-0/SP RSTJ 187/286.
- PrCv Indenização - **Ação de cobrança** - *Leasing* - Veículo - Legitimidade ativa **ad causam** - Arrendatário - Seguro. REsp n. 537.184-0/MG. RSTJ 187/320.
- Cv Indenização - Excepcionalidade - Doença preexistente - Conhecimento prévio - **Seguro**. REsp n. 399.455-0/RS. RSTJ 187/362.
- Cv Indenização - Inviabilidade - Empresa concessionária - Força maior - **Responsabilidade civil** - Exclusão - Transporte coletivo - Assalto. REsp n. 331.801-0/RJ. RSTJ 187/353.

- Cv Indenização - Redução - Não-ocorrência - Dano moral - Matéria jornalística - **Responsabilidade civil** - Sucumbência - Ônus. REsp n. 287.816-0/RJ. RSTJ 187/348.
- Pv Início de prova material - Lei n. 8.213/1991 - Regime de economia familiar - **Tempo de serviço rural** - Averbação. REsp n. 538.232-0/RS. RSTJ 187/500.
- Pn Inquérito policial - CF/1988, art. 5º, LVIII - **Crime de falsa identidade** - Não-configuração - Réu - Autodefesa. REsp n. 432.029-0/MG. RSTJ 187/555.
- Adm Instância administrativa - Independência - Demissão a bem da disciplina - Policial Militar - Processo administrativo disciplinar - Regularidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. ROMS n. 12.971-0/TO. RSTJ 187/604.
- Cm Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Ato administrativo - Anulação - Lei n. 5.772/1971, art. 65 - Lei n. 9.279/1996, art. 124 - **Marca** - Registro - Classe diversa. REsp n. 356.933-0/RJ. RSTJ 187/359.
- PrPn Instrução criminal - Crime de roubo - Excesso de prazo - Caracterização - **Habeas corpus**. HC n. 37.803-0/SE. RSTJ 187/532.
- PrPn Instrução criminal - Nulidade - Ausência - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Recurso em habeas corpus** - Prejudicialidade - Sentença de pronúncia. ROHC n. 14.261-0/PR. RSTJ 187/557.
- Cv Interesse recursal - Fiador - Apelação - CPC, art. 499 - Violação - Fiança - **Locação** - Pessoa jurídica - Alienação. REsp n. 303.210-0/SP RSTJ 187/ .
- PrCv **Intimação** - Ausência - Advogado em causa própria - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 499.983-0/RS. RSTJ 187/235.
- PrCv Intimação - Defensoria Pública da União - **Agravo de instrumento** - Decisão monocrática. AgRg no Ag n. 459.945-0/RS. RSTJ 187/32.
- PrCv Intimação - Porteiro - Admissibilidade - **Citação por hora certa** - Validade - CPC, art. 227. REsp n. 647.201-0/SP RSTJ 187/417.
- Adm Intimação pessoal - Inexigibilidade - Direito líquido e certo - Ausência - Lei Complementar n. 4/1990 (MT) - Processo administrativo disciplinar - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Sindicância - Regularidade. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.
- PrCv Inventário - Inexistência - **Ação possessória** - Imóvel - Administração provisória - Viúva-meeira - Legitimidade passiva **ad causam** - Herdeiros. REsp n. 474.982-0/PR. RSTJ 187/379.

J

- PrCv Julgamento colegiado - CPC, art. 134 - Desembargador - **Exceção de impedimento** - Preclusão. REsp n. 520.026-0/CE. RSTJ 187/249.
- Trbt Juros moratórios - Percentual aplicável - CTN, art. 161 - Repetição do indébito - **Taxa de Limpeza Pública (TLP)**. REsp n. 476.771-0/SP RSTJ 187/229.

- PrCv Juros moratórios - Redução - **Apelação** - CC/1916, art. 1.062 - Matéria de ordem pública. REsp n. 487.927-0/MG. RSTJ 187/382.
- PrCv Justiça do Estado de Goiás - **Competência** - Guarda judicial - Lei n. 8.069/1990, art. 147 - Menor. AgRg no CC n. 41.804-0/GO. RSTJ 187/257.
- Pv Justiça do Trabalho - Auxílio-alimentação - Pagamento em pecúnia - CLT, art. 832 - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Lei n. 8.212/1991, art. 43, na redação da Lei n. 8.620/1993 - Transação judicial - Homologação. REsp n. 462.822-0/PR. RSTJ 187/224.
- PrCv Justiça Federal - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Competência - Dano ambiental - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Lei n. 7.735/1989, art. 4º - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.

L

- Trbt Lançamento por homologação - Base de cálculo - Semestralidade - Correção monetária - Não-incidência - Prescrição - Termo inicial - Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - Restituição do indébito - **Tributo** - Inconstitucionalidade. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.
- PrCv *Leasing* - Veículo - **Ação de cobrança** - Indenização - Legitimidade ativa **ad causam** - Arrendatário - Seguro. REsp n. 537.184-0/MG. RSTJ 187/320.
- PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Arrendatário - **Ação de cobrança** - Indenização - *Leasing* - Veículo - Seguro. REsp n. 537.184-0/MG. RSTJ 187/320.
- PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - **Ação civil pública** - Ato administrativo discricionário - Obra de recuperação - Meio-ambiente. REsp n. 429.570-0/GO. RSTJ 187/219.
- PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - **Ação civil pública** - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Possibilidade - Defesa de patrimônio público - Matéria constitucional. REsp n. 401.057-0/RO. RSTJ 187/545.
- PrPn Legitimidade passiva **ad causam** - Empresa jornalística - **Ação indenizatória** - Dano moral - Lei n. 5.250/1967, art. 57 - Matéria jornalística - Súmula n. 221/STJ. REsp n. 258.208-0/DF. RSTJ 187/280.
- Cv Legitimidade passiva **ad causam** - Exibidor cinematográfico - Ação de cobrança - **Direito autoral** - Trilha sonora. REsp n. 526.540-0/RS. RSTJ 187/308.
- PrCv Legitimidade passiva **ad causam** - Herdeiros - **Ação possessória** - Imóvel - Administração provisória - Viúva-meeira - Inventário - Inexistência. REsp n. 474.982-0/PR. RSTJ 187/379.
- Adm Lei Complementar n. 4/1990(MT) - Direito líquido e certo - Ausência - Intimação pessoal - Inexigibilidade - Processo administrativo disciplinar - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Sindicância - Regularidade. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.

- Trbt Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - **Contribuição para Funrural** - Incidência - Produto rural - Aquisição - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 384.206-0/RS. RSTJ 187/212.
- Trbt Lei n. 4.131/1962, art. 2^a - Bitributação - Impossibilidade - CTN, art. 98 - Dividendos - Sócio residente no exterior - **Imposto de Renda (IR)**. REsp n. 426.945-0/PR. RSTJ 187/95.
- PrCv Lei n. 4.864/1965, art. 22 - **Embargos de terceiro** - Cabimento - Execução hipotecária - Promessa de compra e venda - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). EREsp n. 187.940-0/SP RSTJ 187/263.
- PrPn Lei n. 4.898/1965 - CP, art. 109, VI - Crime de abuso de autoridade - Prescrição da pretensão punitiva - **Recurso especial** - Prejudicialidade. REsp n. 279.429-0/SP RSTJ 187/535.
- PrPn Lei n. 5.250/1967, art. 57 - **Ação indenizatória** - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Empresa jornalística - Matéria jornalística - Súmula n. 221/STJ. REsp n. 258.208-0/DF. RSTJ 187/280.
- Cm Lei n. 5.772/1971, art. 65 - Ato administrativo - Anulação - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Lei n. 9.279/1996, art. 124 - **Marca** - Registro - Classe diversa. REsp n. 356.933-0/RJ. RSTJ 187/359.
- PrCv Lei n. 5.988/1973 - **Ação de cobrança** - Contribuição - Percentual aplicável - Legitimidade - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) - Direito autoral. REsp n. 528.297-0/RS. RSTJ 187/398.
- Trbt Lei n. 6.556/1989(SP) - Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - CTN, art. 166 - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Matéria constitucional - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP. RSTJ 187/198.
- PrCv Lei n. 6.938/1981, art. 18 - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Competência - Dano ambiental - Justiça Federal - Lei n. 7.735/1989, art. 4^a - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- PrCv Lei n. 7.735/1989, art. 4^a - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Competência - Dano ambiental - Justiça Federal - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- Adm Lei n. 8.030/1990 - Inaplicabilidade - **Contrato de prestação de serviço** - Correção monetária - Incidência. REsp n. 403.907-0/DF RSTJ 187/214.
- PrPn Lei n. 8.038/1990, art. 4^a - Competência originária - Tribunal de Justiça - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Ministério Público - Vista dos autos - Fase preliminar. HC n. 22.408-0/SP RSTJ 187/428.
- Pv Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3^a - **Benefício previdenciário** - Possibilidade - Guarda judicial - Menor. AgRg no REsp n. 684.077-0/RJ. RSTJ 187/423.

- PrCv Lei n. 8.069/1990, art. 147 - **Competência** - Guarda judicial - Justiça do Estado de Goiás - Menor. AgRg no CC n. 41.804-0/GO. RSTJ 187/257.
- PrPn Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II - Inconstitucionalidade - Crime de estupro - Liberdade provisória - Possibilidade - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 15.316-0/SP. RSTJ 187/559.
- Pv Lei n. 8.212/1991, art. 22 - Código Desportivo da Federação - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Recolhimento - CTN, art. 123 - Partida de futebol - Responsabilidade - Entidade promotora do evento. REsp n. 508.981-0/SC. RSTJ 187/239.
- Pv Lei n. 8.212/1991, art. 43, na redação da Lei n. 8.620/1993 - Auxílio-alimentação - Pagamento em pecúnia - CLT, art. 832 - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Justiça do Trabalho - Transação judicial - Homologação. REsp n. 462.822-0/PR. RSTJ 187/224.
- Pv Lei n. 8.213/1991 - Início de prova material - Regime de economia familiar - **Tempo de serviço rural** - Averbção. REsp n. 538.232-0/RS. RSTJ 187/500.
- PrCv Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Agravo de instrumento - Julgamento pendente - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Supressão de instância - **Suspensão de tutela antecipada** - Não-cabimento. AgRg na STA n. 55-0/RS. RSTJ 187/26.
- Adm Lei n. 8.627/1993 - Ato administrativo - Cassação - CPC, art. 128 - Violação - **Mandado de segurança** - Reajuste - Compensação - Sentença - Efeitos - Limitação - Servidor público. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.
- Adm Lei n. 8.666/1993, art. 87, III - Licitação - **Mandado de segurança** - Punição - Extensão - Legalidade - Suspensão de participação. REsp n. 174.274-0/SP. RSTJ 187/205.
- PrPn Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Continuidade delitiva - Crime de apropriação indébita previdenciária - **Habeas corpus** - Súmula n. 243/STJ - Suspensão condicional do processo - Não-cabimento. HC n. 37.479-0/SP. RSTJ 187/527.
- Cm Lei n. 9.279/1996, art. 124 - Ato administrativo - Anulação - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Lei n. 5.772/1971, art. 65 - **Marca** - Registro - Classe diversa. REsp n. 356.933-0/RJ. RSTJ 187/359.
- Adm Lei n. 9.537/1997 - Autorização de embarque - **Mandado de segurança** - Trabalhador aquaviário - Cooperativa - Vínculo trabalhista - Desnecessidade. REsp n. 530.121-0/RS. RSTJ 187/146.
- PrCv Lei n. 9.800/1999, arts. 2º e 4º - **Agravo regimental** - Interposição via fac-símile - Petição original - Intempestividade. AgRg no Ag n. 482.943-0/PR. RSTJ 187/193.

- PrCv Lesão à ordem pública - Não-configuração - Agravo de instrumento - Julgamento pendente - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Supressão de instância - **Suspensão de tutela antecipada** - Não-cabimento. AgRg na STA n. 55-0/RS. RSTJ 187/26.
- PrCv Lesão à ordem pública - Não-configuração - **Agravo regimental** - Não-provimento - Importação - Resolução n. 258/1999-Conama - Suspensão de segurança. AgRg na SS n. 1.296-0/RJ. RSTJ 187/21.
- PrPn Liberdade provisória - Possibilidade - Crime de estupro - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II - Inconstitucionalidade - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 15.316-0/SP. RSTJ 187/559.
- Cv LICC, art. 12 - Competência - Justiça brasileira - **Contrato de compra e venda** - Imóvel no exterior. REsp n. 505.208-0/AM. RSTJ 187/304.
- Adm Licitação - Lei n. 8.666/1993, art. 87, III - **Mandado de segurança** - Punição - Extensão - Legalidade - Suspensão de participação. REsp n. 174.274-0/SP. RSTJ 187/205.
- PrCv Liminar - Efeitos - Exaurimento - **Agravo regimental** - Prejudicialidade - Medida cautelar. AgRg na MC n. 8.982-0/CE. RSTJ 187/523.
- PrCv **Liquidação de sentença** - Capitalização anual de juros - Impossibilidade - Coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência. REsp n. 573.511-0/MG. RSTJ 187/402.
- Cv **Locação** - Apelação - CPC, art. 499 - Violação - Fiança - Interesse recursal - Fiador - Pessoa jurídica - Alienação. REsp n. 303.210-0/SP. RSTJ 187/541.

M

- PrPn Mandado de prisão - Possibilidade - Apelação - CP, art. 675 - Inaplicabilidade - Crime de peculato - **Habeas corpus** - Recurso especial - Efeito suspensivo - Ausência. HC n. 38.774-0/SP. RSTJ 187/495.
- PrCv Mandado de prisão - Revogação - Depositário infiel - **Habeas corpus** - Penhora - Efetivação - Impossibilidade - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 24.130-0/SP. RSTJ 187/85.
- Adm **Mandado de segurança** - Ato administrativo - Cassação - CPC, art. 128 - Violação - Lei n. 8.627/1993 - Reajuste - Compensação - Sentença - Efeitos - Limitação - Servidor público. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.
- PrCv **Mandado de segurança** - Ato judicial - Legalidade - CPC, art. 686, VI - Violação - Não-caracterização - Praça - Nulidade - Não-ocorrência - Preço vil - Não-configuração. ROMS n. 11.510-0/BA. RSTJ 187/327.
- Adm **Mandado de segurança** - Autorização de embarque - Lei n. 9.537/1997 - Trabalhador aquaviário - Cooperativa - Vínculo trabalhista - Desnecessidade. REsp n. 530.121-0/RS. RSTJ 187/146.

- PrCv **Mandado de segurança - Cabimento** - Sentença - Trânsito em julgado - Irrelevância - Terceiro prejudicado. RMS n. 14.554-0/PR. RSTJ 187/88.
- Adm **Mandado de segurança** - Lei n. 8.666/1993, art. 87, III - Licitação - Punição - Extensão - Legalidade - Suspensão de participação. REsp n. 174.274-0/SP RSTJ 187/205.
- Cm **Marca** - Registro - Classe diversa - Ato administrativo - Anulação - Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) - Lei n. 5.772/1971, art. 65 - Lei n. 9.279/1996, art. 124. REsp n. 356.933-0/RJ. RSTJ 187/359.
- PrCv Matéria constitucional - **Ação civil pública** - Declaração incidental de inconstitucionalidade - Possibilidade - Defesa de patrimônio público - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público. REsp n. 401.057-0/RO. RSTJ 187/545.
- Trbt Matéria constitucional - Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - CTN, art. 166 - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei n. 6.556/1989(SP) - Súmula n. 213/STJ. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP RSTJ 187/198.
- PrCv Matéria de ordem pública - **Apelação** - CC/1916, art. 1.062 - Juros moratórios - Redução. REsp n. 487.927-0/MG. RSTJ 187/382.
- PrPn Matéria jornalística - **Ação indenizatória** - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Empresa jornalística - Lei n. 5.250/1967, art. 57 - Súmula n. 221/STJ. REsp n. 258.208-0/DF. RSTJ 187/280.
- Cv Matéria jornalística - Dano moral - Indenização - Redução - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil** - Sucumbência - Ônus. REsp n. 287.816-0/RJ. RSTJ 187/348.
- PrCv Medida cautelar - **Agravo regimental** - Prejudicialidade - Liminar - Efeitos - Exaurimento. AgRg na MC n. 8.982-0/CE. RSTJ 187/523.
- PrCv **Medida cautelar** - Energia elétrica - Fornecimento - Suspensão - Possibilidade - **Fumus boni iuris** - Não-caracterização. AgRg nos EDcl na MC n. 6.781-0/RJ. RSTJ 187/69.
- Pv Menor - **Benefício previdenciário** - Possibilidade - Guarda judicial - Lei n. 8.069/1990, art. 33, § 3º. AgRg no REsp n. 684.077-0/RJ. RSTJ 187/423.
- PrCv Menor - **Competência** - Guarda judicial - Justiça do Estado de Goiás - Lei n. 8.069/1990, art. 147. AgRg no CC n. 41.804-0/GO. RSTJ 187/257.
- PrCv Menor - Direito a creche - **Ação civil pública** - Cabimento - CF/1988, art. 208, IV - ECA, art. 54, V - Ministério Público. REsp n. 575.280-0/SP RSTJ 187/155.
- Trbt Mercadoria a granel - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.

- PrCv Ministério Público - **Ação civil pública** - Cabimento - CF/1988, art. 208, IV - ECA, art. 54, V - Menor - Direito a creche. REsp n. 575.280-0/SP RSTJ 187/155.
- PrPn Ministério Público - Vista dos autos - Fase preliminar - Competência originária - Tribunal de Justiça - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Lei n. 8.038/1990, art. 4º. HC n. 22.408-0/SP RSTJ 187/428.
- PrCv Ministério Público Federal (MPF) - **Ação civil pública** - CF/1988, art. 109, I - Competência - Dano ambiental - Justiça Federal - Lei n. 6.938/1981, art. 18 - Lei n. 7.735/1989, art. 4º. REsp n. 440.002-0/SE. RSTJ 187/139.
- Trbt Multa moratória - Compensação - Impossibilidade - Crédito trabalhista - Parcelamento - **Denúncia espontânea** - Não-caracterização. EDcl no REsp n. 497.267-0/PR. RSTJ 187/78.
- Cv Mútuo hipotecário - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Contrato de compra e venda** - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Imóvel - Vício redibitório. REsp n. 55.653-0/MG. RSTJ 187/273.

N

- PrCv Nulidade - Não-ocorrência - Advogado em causa própria - **Intimação** - Ausência. REsp n. 499.983-0/RS. RSTJ 187/235.

O

- PrCv Obra de recuperação - Meio-ambiente - **Ação civil pública** - Ato administrativo discricionário - Legitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público. REsp n. 429.570-0/GO. RSTJ 187/219.
- PrCv Ônus da prova - **Ação de cobrança** - Cláusula contratual - Descumprimento - Contrato de seguro - CPC, art. 333, I e II - Indenização. REsp n. 311.370-0/SP. RSTJ 187/286.

P

- Pv Partida de futebol - Código Desportivo da Federação - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Recolhimento - CTN, art. 123 - Lei n. 8.212/1991, art. 22 - Responsabilidade - Entidade promotora do evento. REsp n. 508.981-0/SC. RSTJ 187/239.
- PrPn Pena - Dosimetria - Causa especial de aumento - Não-incidência - Concurso formal - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Regime prisional fechado - Súmula n. 174/STJ - Cancelamento. HC n. 29.944-0/SP. RSTJ 187/440.
- Pn Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Circunstância atenuante - CP art. 68 - **Crime de roubo qualificado** - Qualificadora - Fundamentação - Necessidade - Súmula n. 231/STJ. REsp n. 673.249-0/RS. RSTJ 187/513.

- PrPn Pena-base acima do mínimo legal - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - CP, art. 92, I, **b** - Crime de homicídio qualificado - Tentativa - **Habeas corpus** - Perda da função pública. HC n. 35.527-0/MS. RSTJ 187/483.
- PrCv Penhora - Efetivação - Impossibilidade - Depositário infiel - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Revogação - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 24.130-0/SP. RSTJ 187/85.
- PrPn Perda da função pública - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - CP, art. 92, I, **b** - Crime de homicídio qualificado - Tentativa - **Habeas corpus** - Pena-base acima do mínimo legal. HC n. 35.527-0/MS. RSTJ 187/483.
- Cv Pessoa jurídica - Alienação - Apelação - CPC, art. 499 - Violação - Fiança - Interesse recursal - Fiador - **Locação**. REsp n. 303.210-0/SP. RSTJ 187/541.
- PrCv Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência - Ação revisional de aluguel - CPC, art. 573 - **Embargos à execução** - Execução de título judicial - Execução por título extrajudicial - Cumulação - Possibilidade. REsp n. 160.037-0/RS. RSTJ 187/340.
- PrCv Petição original - Intempestividade - **Agravo regimental** - Interposição via fac-símile - Lei n. 9.800/1999, arts. 2ª e 4ª. AgRg no Ag n. 482.943-0/PR. RSTJ 187/193.
- Adm Policial Militar - Demissão a bem da disciplina - Instância administrativa - Independência - Processo administrativo disciplinar - Regularidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. ROMS n. 12.971-0/TO. RSTJ 187/604.
- PrCv Praça - Nulidade - Não-ocorrência - Ato judicial - Legalidade - CPC, art. 686, VI - Violação - Não-caracterização - **Mandado de segurança** - Preço vil - Não-configuração. ROMS n. 11.510-0/BA. RSTJ 187/327.
- PrCv Preclusão - CPC, art. 134 - Desembargador - **Exceção de impedimento** - Julgamento colegiado. REsp n. 520.026-0/CE. RSTJ 187/249.
- PrCv Preclusão consumativa - **Agravo de instrumento** - Intempestividade - CPC, art. 544 - Expediente forense - Não-ocorrência - Feriado local - Comprovação extemporânea. AgRg no Ag n. 506.528-0/RS. RSTJ 187/195.
- PrCv Preço vil - Não-configuração - Ato judicial - Legalidade - CPC, art. 686, VI - Violação - Não-caracterização - **Mandado de segurança** - Praça - Nulidade - Não-ocorrência. ROMS n. 11.510-0/BA. RSTJ 187/327.
- PrCv Prescrição - Não-ocorrência - **Ação de reintegração de posse** - CC/1916, arts. 177 e 550 - Usucapião extraordinário - Não-caracterização. REsp n. 210.606-0/AC. RSTJ 187/343.
- Cv Prescrição - Ocorrência - Ato anulável - CC/1916, arts. 147, II, e 178, § 9ª, VI - Falsidade ideológica - **Registro de nascimento**. REsp n. 509.138-0/SP. RSTJ 187/391.
- Trbt Prescrição - Termo inicial - Base de cálculo - Semestralidade - Correção monetária - Não-incidência - Lançamento por homologação - Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - Restituição do indébito - **Tributo** - Inconstitucionalidade. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.

- PrPn Prescrição da pretensão punitiva - CP, art. 109, VI - Crime de abuso de autoridade - Lei n. 4.898/1965 - **Recurso especial** - Prejudicialidade. REsp n. 279.429-0/SP RSTJ 187/535.
- PrPn Prescrição intercorrente - Crime de estelionato - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus**. HC n. 22.658-0/SP RSTJ 187/433.
- Trbt Princípio da reserva legal - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- Adm Princípio do devido processo legal - Ofensa - Demissão - Impossibilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Sindicância. ROMS n. 15.562-0/ES. RSTJ 187/623.
- PrPn Prisão cautelar - Cella especial - Cabimento - CP, art. 295, § 2º - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Vereador. HC n. 31.783-0/SE. RSTJ 187/461.
- PrCv Prisão civil - Não-cabimento - Depositário infiel - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Revogação - Penhora - Efetivação - Impossibilidade. HC n. 24.130-0/SP RSTJ 187/85.
- PrPn Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência - Crime de estupro - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II - Inconstitucionalidade - Liberdade provisória - Possibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 15.316-0/SP RSTJ 187/559.
- PrPn Prisão preventiva - Revogação - Impossibilidade - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CP, art. 312 - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus**. HC n. 28.555-0/SP RSTJ 187/435.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Direito líquido e certo - Ausência - Intimação pessoal - Inexigibilidade - Lei Complementar n. 4/1990(MT) - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Sindicância - Regularidade. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Regularidade - Demissão a bem da disciplina - Instância administrativa - Independência - Policial Militar - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. ROMS n. 12.971-0/TO. RSTJ 187/604.
- PrCv Procuração - Validade - **Agravo de instrumento** - Substabelecimento - Cláusula **ad judicium**. REsp n. 489.827-0/PB. RSTJ 187/294.
- Cv Produção rural - Entrega ao cedente - Validade - **Cédula de produto rural** - Quitação - Cessão de crédito - Comunicação ao devedor - Não-ocorrência. REsp n. 494.052-0/RS. RSTJ 187/387.
- Trbt Produto rural - Aquisição - **Contribuição para Funrural** - Incidência - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 384.206-0/RS. RSTJ 187/212.

- Trbt Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - Base de cálculo - Semestralidade - Correção monetária - Não-incidência - Lançamento por homologação - Prescrição - Termo inicial - Restituição do indébito - **Tributo** - Inconstitucionalidade. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.
- PrCv Promessa de compra e venda - **Embargos de terceiro** - Cabimento - Execução hipotecária - Lei n. 4.864/1965, art. 22 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). EREsp n. 187.940-0/SP. RSTJ 187/263.
- PrCv Protesto de título - Contradição - Não-caracterização - CPC, art. 535, I - Violação - Não-ocorrência - **Embargos declaratórios** - Recurso em mandado de segurança - Tabela de notas. EDcl no RMS n. 15.877-0/DE. RSTJ 187/71.
- PrPn Prova - Necessidade - Confissão espontânea - Não-configuração - Crime de calúnia - Crime de difamação contra funcionário público - **Habeas corpus**. HC n. 30.967-0/MG. RSTJ 187/525.
- PrCv Prova - Reexame - Vedação - **Ação anulatória de negócio jurídico** - Apelação - Sentença - Nulidade. REsp n. 222.611-0/SP. RSTJ 187/276.
- Cv Prova - Reexame - Vedação - **Alimentos** - Responsabilidade complementar - Avós - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 579.385-0/SP. RSTJ 187/323.
- Cv Prova - Reexame - Vedação - Amortização negativa - Contrato de mútuo - Correção monetária - Índice aplicável - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 583.091-0/SC. RSTJ 187/407.
- Trbt Prova - Reexame - Vedação - **Contribuição para Funrural** - Incidência - Lei Complementar n. 11/1971, art. 15, I - Produto rural - Aquisição. REsp n. 384.206-0/RS. RSTJ 187/212.
- Cv Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 07/STJ - **União estável** - Comprovação. REsp n. 474.581-0/MG. RSTJ 187/290.
- Adm Punição - Extensão - Legalidade - Lei n. 8.666/1993, art. 87, III - Licitação - **Mandado de segurança** - Suspensão de participação. REsp n. 174.274-0/SP. RSTJ 187/205.

Q

- Pn Qualificadora - Fundamentação - Necessidade - Circunstância atenuante - CP art. 68 - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Súmula n. 231/STJ. REsp n. 673.249-0/RS. RSTJ 187/513.

R

- Adm Reajuste - Compensação - Ato administrativo - Cassação - CPC, art. 128 - Violação - Lei n. 8.627/1993 - **Mandado de segurança** - Sentença - Efeitos - Limitação - Servidor público. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.

- PrCv Reclamação trabalhista - Concordata preventiva - **Conflito de competência** - Não-conhecimento - CPC, art. 115. CC n. 41.729-0/AM. RSTJ 187/261.
- PrCv **Recurso em habeas corpus** - Ação penal - Trancamento - CPM, arts. 77 e 324 - CPP, art. 41 - Crime militar - Denúncia - Inépcia. ROHC n. 16.115-0/PA. RSTJ 187/580.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Crime de estupro - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II - Inconstitucionalidade - Liberdade provisória - Possibilidade - Prisão preventiva - Fundamentação - Ausência. ROHC n. 15.316-0/SP. RSTJ 187/559.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Prejudicialidade - Excesso de prazo - Não-ocorrência - Instrução criminal - Nulidade - Ausência - Sentença de pronúncia. ROHC n. 14.261-0/PR. RSTJ 187/557.
- PrCv Recurso em mandado de segurança - Contradição - Não-caracterização - CPC, art. 535, I - Violação - Não-ocorrência - **Embargos declaratórios** - Protesto de título - Tabela de notas. EDcl no RMS n. 15.877-0/DF. RSTJ 187/71.
- PrCv **Recurso em mandado de segurança** - CPC, art. 460 - Decisão **extra petita** - Gratificação de exercício - Incorporação - Servidor público. ROMS n. 12.520-0/GO. RSTJ 187/585.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Demissão - Impossibilidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa - Servidor público estadual - Sindicância. ROMS n. 15.562-0/ES. RSTJ 187/623.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Demissão a bem da disciplina - Instância administrativa - Independência - Policial Militar - Processo administrativo disciplinar - Regularidade - Servidor público estadual. ROMS n. 12.971-0/TO. RSTJ 187/604.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Direito líquido e certo - Ausência - Intimação pessoal - Inexigibilidade - Lei Complementar n. 4/1990(MT) - Processo administrativo disciplinar - Servidor público estadual - Sindicância - Regularidade. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.
- PrPn Recurso especial - Efeito suspensivo - Ausência - Apelação - CPP, art. 675 - Inaplicabilidade - Crime de peculato - **Habeas corpus** - Mandado de prisão - Possibilidade. HC n. 38.774-0/SP. RSTJ 187/495.
- PrPn **Recurso especial** - Prejudicialidade - CPP, art. 109, VI - Crime de abuso de autoridade - Lei n. 4.898/1965 - Prescrição da pretensão punitiva. REsp n. 279.429-0/SP. RSTJ 187/535.
- Pv Regime de economia familiar - Início de prova material - Lei n. 8.213/1991 - **Tempo de serviço rural** - Averbação. REsp n. 538.232-0/RS. RSTJ 187/500.
- PrPn Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - CPP, art. 26, parágrafo único - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Semi-imputabilidade - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.

- PrPn Regime prisional fechado - Causa especial de aumento - Não-incidência - Concurso formal - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Pena - Dosimetria - Súmula n. 174/STJ - Cancelamento. HC n. 29.944-0/SP RSTJ 187/440.
- Cv **Registro de nascimento** - Ato anulável - CC/1916, arts. 147, II, e 178, § 9º, VI - Falsidade ideológica - Prescrição - Ocorrência. REsp n. 509.138-0/SP RSTJ 187/391.
- Trbt Repetição do indébito - CTN, art. 161 - Juros moratórios - Percentual aplicável - **Taxa de Limpeza Pública (TLP)**. REsp n. 476.771-0/SP RSTJ 187/229.
- PrCv Resolução n. 258/1999-Conama - **Agravo regimental** - Não-provimento - Importação - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Suspensão de segurança. AgRg na SS n. 1.296-0/RJ. RSTJ 187/21.
- PrCv Responsabilidade - Credor - CPC, art. 604, na redação da Lei n. 8.898/1994 - **Execução** - Honorários periciais. EREsp n. 471.945-0/RS. RSTJ 187/55.
- Pv Responsabilidade - Entidade promotora do evento - Código Desportivo da Federação - Inaplicabilidade - **Contribuição previdenciária** - Recolhimento - CTN, art. 123 - Lei n. 8.212/1991, art. 22 - Partida de futebol. REsp n. 508.981-0/SC. RSTJ 187/239.
- Cv **Responsabilidade civil** - Dano moral - Indenização - Redução - Não-ocorrência - Matéria jornalística - Sucumbência - Ônus. REsp n. 287.816-0/RJ. RSTJ 187/348.
- Cv **Responsabilidade civil** - Exclusão - Empresa concessionária - Força maior - Indenização - Inviabilidade - Transporte coletivo - Assalto. REsp n. 331.801-0/RJ. RSTJ 187/353.
- Cv Responsabilidade complementar - Avós - **Alimentos** - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 579.385-0/SP RSTJ 187/323.
- Trbt Responsabilidade tributária - Inexistência - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- Trbt Restituição do indébito - Base de cálculo - Semestralidade - Correção monetária - Não-incidência - Lançamento por homologação - Prescrição - Termo inicial - Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - **Tributo** - Inconstitucionalidade. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.
- Pn Réu - Autodefesa - CF/1988, art. 5º, LVIII - **Crime de falsa identidade** - Não-configuração - Inquérito policial. REsp n. 432.029-0/MG. RSTJ 187/555.

S

- PrCv Seguro - **Ação de cobrança** - Indenização - *Leasing* - Veículo - Legitimidade ativa **ad causam** - Arrendatário. REsp n. 537.184-0/MG. RSTJ 187/320.

- Cv **Seguro** - Doença preexistente - Conhecimento prévio - Indenização - Excepcionalidade. REsp n. 399.455-0/RS. RSTJ 187/362.
- PrPn Semi-imputabilidade - CP art. 26, parágrafo único - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.
- Adm Sentença - Efeitos - Limitação - Ato administrativo - Cassação - CPC, art. 128 - Violação - Lei n. 8.627/1993 - **Mandado de segurança** - Reajuste - Compensação - Servidor público. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.
- PrCv Sentença - Nulidade - **Ação anulatória de negócio jurídico** - Apelação - Prova - Reexame - Vedação. REsp n. 222.611-0/SP. RSTJ 187/276.
- PrCv Sentença - Trânsito em julgado - Irrelevância - **Mandado de segurança - Cabimento** - Terceiro prejudicado. RMS n. 14.554-0/PR. RSTJ 187/88.
- PrPn Sentença de pronúncia - Excesso de prazo - Não-ocorrência - Instrução criminal - Nulidade - Ausência - **Recurso em habeas corpus** - Prejudicialidade. ROHC n. 14.261-0/PR. RSTJ 187/557.
- Adm Servidor público - Ato administrativo - Cassação - CPC, art. 128 - Violação - Lei n. 8.627/1993 - **Mandado de segurança** - Reajuste - Compensação - Sentença - Efeitos - Limitação. REsp n. 622.397-0/MG. RSTJ 187/505.
- PrCv Servidor público - CPC, art. 460 - Decisão **extra petita** - Gratificação de exercício - Incorporação - **Recurso em mandado de segurança**. ROMS n. 12.520-0/GO. RSTJ 187/585.
- Adm Servidor público estadual - Demissão - Impossibilidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa - **Recurso em mandado de segurança** - Sindicância. ROMS n. 15.562-0/ES. RSTJ 187/623.
- Adm Servidor público estadual - Demissão a bem da disciplina - Instância administrativa - Independência - Policial Militar - Processo administrativo disciplinar - Regularidade - **Recurso em mandado de segurança**. ROMS n. 12.971-0/TO. RSTJ 187/604.
- Adm Servidor público estadual - Direito líquido e certo - Ausência - Intimação pessoal - Inexigibilidade - Lei Complementar n. 4/1990(MT) - Processo administrativo disciplinar - **Recurso em mandado de segurança** - Sindicância - Regularidade. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.
- Adm Sindicância - Demissão - Impossibilidade - Princípio do devido processo legal - Ofensa - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. ROMS n. 15.562-0/ES. RSTJ 187/623.
- Adm Sindicância - Regularidade - Direito líquido e certo - Ausência - Intimação pessoal - Inexigibilidade - Lei Complementar n. 4/1990(MT) - Processo administrativo disciplinar - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. ROMS n. 14.867-0/MT. RSTJ 187/617.

- Cv **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Amortização negativa - Contrato de mútuo - Correção monetária - Índice aplicável - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 583.091-0/SC. RSTJ 187/407.
- PrCv Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - **Embargos de terceiro** - Cabimento - Execução hipotecária - Lei n. 4.864/1965, art. 22 - Promessa de compra e venda. EREsp n. 187.940-0/SP RSTJ 187/263.
- Cm **Sociedade** - Dissolução - Não-ocorrência - CCm, art. 335 - Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Decreto-Lei n. 7.661/1945, arts. 40, 74 e 178 - Doação - Reversão - Impossibilidade - Falência superveniente - Imóvel. REsp n. 187.996-0/MG. RSTJ 187/209.
- Cv Sociedade comercial - Alienação - CC/1916, arts. 1.006, 1.491, 1.500 e 1.503 - Contrato de fornecimento de passagem aérea - Fiador - Exoneração - **Fiança**. REsp n. 419.128-0/ES. RSTJ 187/367.
- PrCv Substabelecimento - Cláusula **ad judicium** - **Agravo de instrumento** - Procuração - Validade. REsp n. 489.827-0/PB. RSTJ 187/294.
- Cv Sucumbência - Ônus - Dano moral - Indenização - Redução - Não-ocorrência - Matéria jornalística - **Responsabilidade civil**. REsp n. 287.816-0/RJ. RSTJ 187/348.
- Cv Súmula n. 07/STJ - **Alimentos** - Prova - Reexame - Vedação - Responsabilidade complementar - Avós. REsp n. 579.385-0/SP. RSTJ 187/323.
- Cv Súmula n. 07/STJ - Amortização negativa - Contrato de mútuo - Correção monetária - Índice aplicável - Prova - Reexame - Vedação - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. REsp n. 583.091-0/SC. RSTJ 187/407.
- Cv Súmula n. 07/STJ - Prova - Reexame - Vedação - **União estável** - Comprovação. REsp n. 474.581-0/MG. RSTJ 187/290.
- PrPn Súmula n. 174/STJ - Cancelamento - Causa especial de aumento - Não-incidência - Concurso formal - Crime de roubo qualificado - **Habeas corpus** - Pena - Dosimetria - Regime prisional fechado. HC n. 29.944-0/SP. RSTJ 187/440.
- Trbt Súmula n. 192/TFR - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Termo de responsabilidade - Irrelevância - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP. RSTJ 187/202.
- Trbt Súmula n. 213/STJ - Alíquota - Majoração - Crédito tributário - Compensação - CTN, art. 166 - Encargo financeiro - Transferência - Impossibilidade - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei n. 6.556/1989(SP) - Matéria constitucional. AgRg no Ag n. 514.977-0/SP. RSTJ 187/198.
- PrPn Súmula n. 221/STJ - **Ação indenizatória** - Dano moral - Legitimidade passiva **ad causam** - Empresa jornalística - Lei n. 5.250/1967, art. 57 - Matéria jornalística. REsp n. 258.208-0/DF. RSTJ 187/280.

- Ph Súmula n. 231/STJ - Circunstância atenuante - CP art. 68 - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Qualificadora - Fundamentação - Necessidade. REsp n. 673.249-0/RS. RSTJ 187/513.
- PrPn Súmula n. 243/STJ - Continuidade delitiva - Crime de apropriação indébita previdenciária - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Suspensão condicional do processo - Não-cabimento. HC n. 37.479-0/SP RSTJ 187/527.
- PrCv Supressão de instância - Agravo de instrumento - Julgamento pendente - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem pública - Não-configuração - **Suspensão de tutela antecipada** - Não-cabimento. AgRg na STA n. 55-0/RS. RSTJ 187/26.
- PrPn Suspensão condicional do processo - Não-cabimento - Continuidade delitiva - Crime de apropriação indébita previdenciária - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Súmula n. 243/STJ. HC n. 37.479-0/SP RSTJ 187/527.
- Adm Suspensão de participação - Lei n. 8.666/1993, art. 87, III - Licitação - **Mandado de segurança** - Punição - Extensão - Legalidade. REsp n. 174.274-0/SP RSTJ 187/205.
- PrCv Suspensão de segurança - **Agravo regimental** - Não-provimento - Importação - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Resolução n. 258/1999-Conama. AgRg na SS n. 1.296-0/RJ. RSTJ 187/21.
- PrCv **Suspensão de tutela antecipada** - Não-cabimento - Agravo de instrumento - Julgamento pendente - Lei n. 8.437/1992, art. 4º - Lesão à ordem pública - Não-configuração - Supressão de instância. AgRg na STA n. 55-0/RS. RSTJ 187/26.

T

- PrCv Tabelião de notas - Contradição - Não-caracterização - CPC, art. 535, I - Violação - Não-ocorrência - **Embargos declaratórios** - Protesto de título - Recurso em mandado de segurança. EDcl no RMS n. 15.877-0/DF RSTJ 187/71.
- Trbt **Taxa de Limpeza Pública (TLP)** - CTN, art. 161 - Juros moratórios - Percentual aplicável - Repetição do indébito. REsp n. 476.771-0/SP RSTJ 187/229.
- Pv **Tempo de serviço rural** - Averbação - Início de prova material - Lei n. 8.213/1991 - Regime de economia familiar. REsp n. 538.232-0/RS. RSTJ 187/500.
- PrCv Terceiro prejudicado - **Mandado de segurança - Cabimento** - Sentença - Trânsito em julgado - Irrelevância. RMS n. 14.554-0/PR. RSTJ 187/88.

- Trbt Termo de responsabilidade - Irrelevância - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Transporte marítimo. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- Adm Trabalhador aquaviário - Cooperativa - Autorização de embarque - Lei n. 9.537/1997 - **Mandado de segurança** - Vínculo trabalhista - Desnecessidade. REsp n. 530.121-0/RS. RSTJ 187/146.
- Pv Transação judicial - Homologação - Auxílio-alimentação - Pagamento em pecúnia - CLT, art. 832 - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Justiça do Trabalho - Lei n. 8.212/1991, art. 43, na redação da Lei n. 8.620/1993. REsp n. 462.822-0/PR. RSTJ 187/224.
- Cv Transporte coletivo - Assalto - Empresa concessionária - Força maior - Indenização - Inviabilidade - **Responsabilidade civil** - Exclusão. REsp n. 331.801-0/RJ. RSTJ 187/353.
- Trbt Transporte marítimo - Agente marítimo - CTN, art. 121, II - **Imposto de Importação (II)** - Mercadoria a granel - Princípio da reserva legal - Responsabilidade tributária - Inexistência - Súmula n. 192/TFR - Termo de responsabilidade - Irrelevância. REsp n. 171.359-0/SP RSTJ 187/202.
- PrPn Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade - Não-ocorrência - CP, art. 26, parágrafo único - Crime de homicídio qualificado - Crime hediondo - **Habeas corpus** - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Semi-imputabilidade. HC n. 31.368-0/PR. RSTJ 187/446.
- Trbt **Tributo** - Inconstitucionalidade - Base de cálculo - Semestralidade - Correção monetária - Não-incidência - Lançamento por homologação - Prescrição - Termo inicial - Programa de Integração Social (PIS) - Compensação - Restituição do indébito. REsp n. 510.727-0/BA. RSTJ 187/244.

U

- Cv **União estável** - Comprovação - Prova - Reexame - Vedação - Súmula n. 07/STJ. REsp n. 474.581-0/MG. RSTJ 187/290.
- PrCv Usucapião extraordinário - Não-caracterização - **Ação de reintegração de posse** - CC/1916, arts. 177 e 550 - Prescrição - Não-ocorrência. REsp n. 210.606-0/AC. RSTJ 187/343.

V

- PrPn Vereador - CPP, art. 295, § 2º - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Prisão cautelar - Cella especial - Cabimento. HC n. 31.783-0/SE. RSTJ 187/461.
- Cv Vício redibitório - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Contrato de compra e venda** - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Imóvel - Mútuo hipotecário. REsp n. 55.653-0/MG. RSTJ 187/273.

Adm Vínculo trabalhista - Desnecessidade - Autorização de embarque - Lei n. 9.537/1997 - **Mandado de segurança** - Trabalhador aquaviário - Cooperativa. REsp n. 530.121-0/RS. RSTJ 187/146.

Índice Sistemático

I - JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR — AgRg na MC

8.982-0/CE Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa RSTJ 187/523

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA — AgRg na SS

1.296-0/RJ Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 187/21

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA — AgRg na STA

55-0/RS Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 187/26

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — AgRg no Ag

459.945-0/RS Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 187/32

482.943-0/PR Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 187/193

506.528-0/RS Rel. Min. Franciulli Netto RSTJ 187/195

514.977-0/SP Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 187/198

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA — AgRg no CC

41.804-0/GO Rel. Min. Castro Filho RSTJ 187/257

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL — AgRg no REsp

684.077-0/RJ Rel. Min. Gilson Dipp RSTJ 187/423

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR — AgRg nos EDcl na MC

6.781-0/RJ Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 187/69

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — CC

41.729-0/AM Rel. Min. Humberto Gomes de Barros RSTJ 187/261

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM
MANDADO DE SEGURANÇA — EDcl no RMS

15.877-0/DF Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 187/71

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL — EDcl no REsp

497.267-0/PR Rel. Min. José Delgado RSTJ 187/78

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — EREsp

187.940-0/SP Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro RSTJ 187/263

471.945-0/RS Rel. Min. Edson Vidigal RSTJ 187/55

HABEAS CORPUS — HC

22.408-0/SP Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca RSTJ 187/428

22.658-0/SP Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca RSTJ 187/433

24.130-0/SP Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 187/85

28.555-0/SP Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 187/435

29.944-0/SP Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca RSTJ 187/440

30.967-0/MG Rel. Min. Paulo Gallotti RSTJ 187/525

31.368-0/PR Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 187/446

31.783-0/SE Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 187/461

35.220-0/RS Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 187/464

35.527-0/MS Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 187/483

37.479-0/SP Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 187/527

37.803-0/SE Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 187/532

38.774-0/SP Rel. Min. Gilson Dipp RSTJ 187/495

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA — RMS

14.554-0/PR Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 187/88

RECURSO ESPECIAL — REsp

55.653-0/MG Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro RSTJ 187/273

112.254-0/SP Rel. Min. Fernando Gonçalves RSTJ 187/335

160.037-0/RS Rel. Min. Barros Monteiro RSTJ 187/340

171.359-0/SP Rel. Min. Castro Meira RSTJ 187/202

174.274-0/SP Rel. Min. Castro Meira RSTJ 187/205

187.996-0/MG Rel. Min. Francisco Peçanha Martins RSTJ 187/209

210.606-0/AC Rel. Min. Jorge Scartezzini RSTJ 187/343

ÍNDICE SISTEMÁTICO

222.611-0/SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 187/276
258.208-0/DF	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 187/280
279.429-0/SP	Rel. Min. Hamilton Carvalho	RSTJ 187/535
287.816-0/RJ	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 187/348
303.210-0/SP	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSTJ 187/541
311.370-0/SP	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 187/286
331.801-0/RJ	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 187/353
356.933-0/RJ	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 187/359
384.206-0/RS	Rel. Min. Franciulli Netto	RSTJ 187/212
399.455-0/RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 187/362
401.057-0/RO	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 187/545
403.907-0/DF	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 187/214
419.128-0/ES	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 187/367
426.945-0/PR	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 187/95
429.570-0/GO	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 187/219
432.029-0/MG	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSTJ 187/555
440.002-0/SE	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 187/139
462.822-0/PR	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 187/224
466.765-0/SP	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 187/376
474.581-0/MG	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ...	RSTJ 187/290
474.982-0/PR	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 187/379
476.771-0/SP	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 187/229
487.927-0/MG	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 187/382
489.827-0/PB	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 187/294
494.052-0/RS	Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar	RSTJ 187/387
499.983-0/RS	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 187/235
505.208-0/AM	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ...	RSTJ 187/304
508.981-0/SC	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 187/239
509.138-0/SP	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 187/391
510.727-0/BA	Rel. Min. Franciulli Netto	RSTJ 187/244
520.026-0/CE	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 187/249
526.540-0/RS	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ...	RSTJ 187/308
528.297-0/RS	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 187/398
530.121-0/RS	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 187/146
537.184-0/MG	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 187/320
538.232-0/RS	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 187/500
573.511-0/MG	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 187/402
575.280-0/SP	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 187/155
579.385-0/SP	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 187/323
583.091-0/SC	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 187/407
622.397-0/MG	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima	RSTJ 187/505
647.201-0/SP	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 187/417
673.249-0/RS	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 187/513

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS — ROHC

14.261-0/PR	Rel. Min. Hamilton Carvalho	RSTJ 187/557
15.316-0/SP	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 187/559

16.115-0/PA Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 187/580

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA — ROMS

11.510-0/BA Rel. Min. Castro Filho RSTJ 187/327
12.520-0/GO Rel. Min. Paulo Gallotti RSTJ 187/585
12.971-0/TO Rel. Min. Hamilton Carvalhido RSTJ 187/604
14.867-0/MT Rel. Min. Paulo Medina RSTJ 187/617
15.562-0/ES Rel. Min. Paulo Medina RSTJ 187/623

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	Argüição 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 Argüição 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 nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial.
EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp	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 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 CAat	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 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
IUIJ no AgRg no Ag	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
IUIJ no REsp	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso Especial
IUIJ 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 1ª.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

ISSN 0103-4286



9 1770103428001