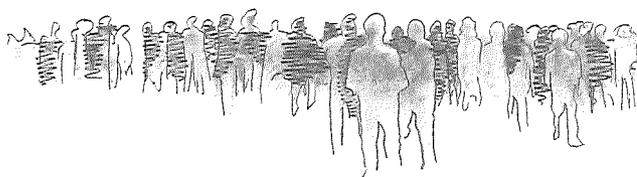
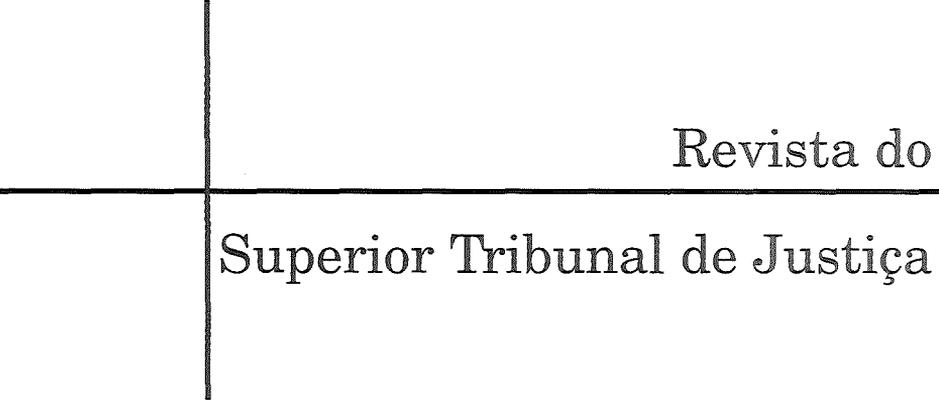


Revista do
Superior Tribunal de Justiça



PUBLICAÇÃO OFICIAL



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Volume 201
Ano 18
Maio de 2006

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 Humberto Gomes de Barros
Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro
Francisco Ribeiro de Oliveira
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Priscila Tentardini Meotti
Edilma Neiva Ibiapina
Maria do Socorro Medeiros
Rossele Silveira Curado
Carlos Cardoso de Oliveira
Gerson Prado Silva
Hekelson Bitencourt Viana da Costa
Jéter Rodrigues
Max Günther Feitosa Albuquerque Alvin
Sebastiana Alves de Oliveira
Silon Carvalho Souza
Andrea Dias de Castro Costa
Fábio José Dias Chaves
Franklin Gonçalves de Sousa
Ruth Nadja de Oliveira Rodrigues

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.gov.br

revista@stj.gov.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 6 - Lote 1 - Bloco D - 1º Andar - Sala 124D

Brasília - DF - 70095-900

Telefone (0xx61) 319-6490

Fax (0xx61) 365-3977 - 365-2407

Editora Brasília Jurídica

Diretora

Administrativo-Financeira

Camille Oliveira

Diretor Comercial e Editor

Marcelo Oliveira

Designer

Supervisor Editorial

Leonardo Vilar Costa

Diagramação:

Arlene de Medeiros

Daniel Sampaio

Publicação e Distribuição:

Editora Brasília Jurídica Ltda.

www.brasiliajuridica.com.br

bsbjur@brasiliajuridica.com.br

SDS, Bl. «O», Lojas 9, 13 e 17

Ed. Venâncio VI, 1º subsolo

70393-900 - Brasília-DF

Telefone: (0xx61) 224-4607 - SAC: 0800-612020

Tiragem: 4.500 exemplares

Revista do Superior Tribunal de Justiça - n. 1

- Brasília: STJ, 1989

Mensal

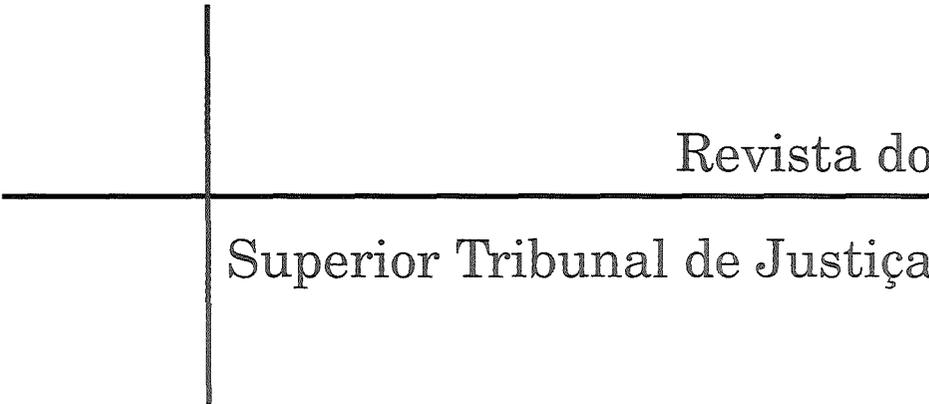
ISSN 0103-4286

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

riódico - Brasil. 3. Brasil.

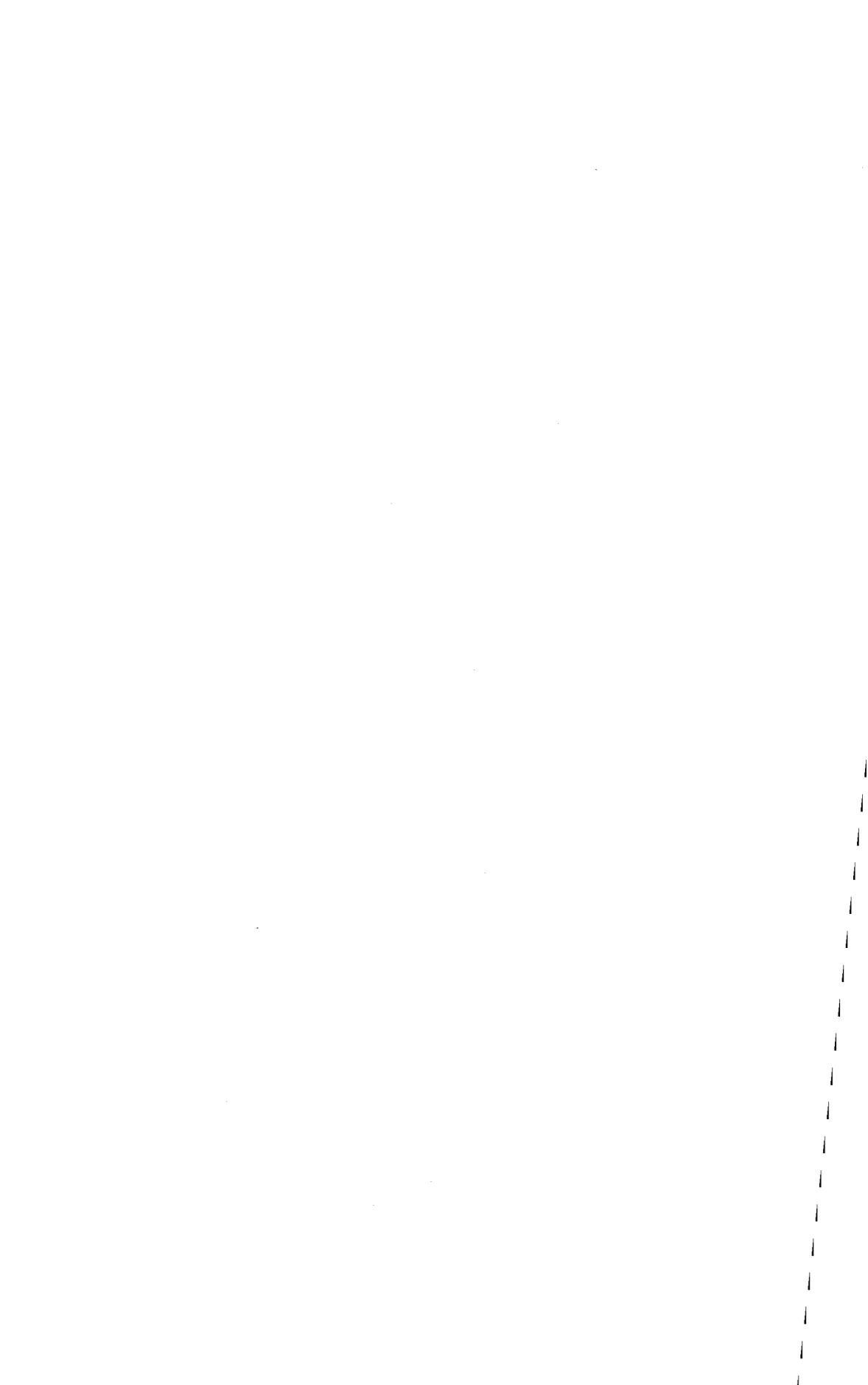
Superior Tribunal de Justiça

CDU 340.142(81)(05)



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Ministro Humberto Gomes de Barros
Diretor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PLENÁRIO

Presidente	Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Vice-Presidente	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
	Ministro Nilson Vital Naves
Diretor da Revista	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Augusto Delgado
Coordenador-Geral da Justiça Federal	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
	Ministra Fátima Nancy Andrichi
	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 Barros Monteiro
Vice-Presidente	Ministro Francisco Peçanha Martins
	Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
	Ministro Nilson Naves
Diretor da Revista	Ministro Humberto Gomes de Barros
	Ministro Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Delgado
Coordenador-Geral da Justiça Federal	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Passarinho Junior
	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministro Jorge Scartezzini
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Francisco Falcão
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Teori Zavascki

PRIMEIRA SEÇÃO

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

Presidenta	Ministra Francisco Falcão
------------	---------------------------

PRIMEIRA TURMA

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

Presidente	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministro José Delgado
	Ministro Francisco Falcão
	Ministro Luiz Fux
	Ministra Denise Arruda

SEGUNDA TURMA

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

Presidente	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Castro Meira

SEGUNDA SEÇÃO

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

Presidente Ministro Aldir Passarinho Junior

TERCEIRA TURMA

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

Presidente
Ministra Nancy Andrichi
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Ari Pargendler
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Castro Filho

QUARTA TURMA

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

Presidente
Diretor da Revista
Ministro Jorge Scartezzini
Ministro Cesar Asfor Rocha
Ministro Aldir Passarinho Junior

TERCEIRA SEÇÃO

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

Presidente Ministro Gilson Dipp

QUINTA TURMA

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

Presidente
Ministra Laurita Vaz
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
Coordenador-Geral da
Justiça Federal
Suplente
Ministro Cesar Asfor Rocha
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Felix Fischer
Ministro Gilson Dipp

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Presidente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Francisco Falcão
Ministro Castro Filho
Suplente Ministra Laurita Vaz

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Presidente Ministro José Delgado
Ministro Aldir Passarinho Junior
Ministro Paulo Gallotti
Suplente Ministro Nancy Andrichi

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente Ministro Nilson Naves
Diretor da Revista Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Ari Pargendler
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministra Eliana Calmon
Ministro Luiz Fux

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Corregedor-Geral Ministro Cesar Asfor Rocha
Efetivo Ministro José Delgado
1ª Substituto Ministro Ari Pargendler
2ª Substituto Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Presidente Ministro Barros Monteiro
Vice-Presidente Ministro Francisco Peçanha Martins

MEMBROS EFETIVOS

Coordenador-Geral da Justiça Federal Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Passarinho
TRF 1ª Região Juíza Assusete Dumont Reis Magalhães
TRF 2ª Região Juiz Frederico José Leite Gueiros
TRF 3ª Região Juíza Diva Malerbi
TRF 4ª Região Juiz Nilson Paim de Abreu
TRF 5ª Região Juiz Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

MEMBROS SUPLENTEs

TRF 1ª Região	Ministro Gilson Dipp
TRF 2ª Região	Ministro Hamilton Carvalhido
TRF 3ª Região	Ministro Jorge Scartezzini
TRF 4ª Região	Juiz Carlos Olavo Pimentel de Medeiros
TRF 5ª Região	Juiz José Eduardo Carreira Alvim
	Juiz Paulo Otávio Baptista Pereira
	Juíza Maria Lúcia Luz Leiria
	Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima



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. Alcideia 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

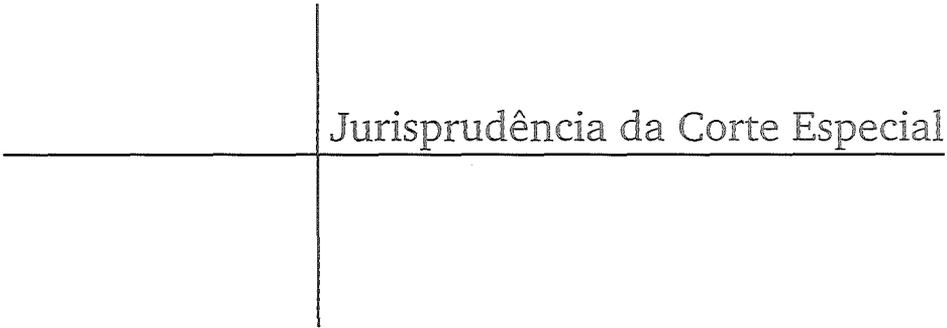
IQNet Partners*:

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 KFQ Korea MSZT Hungary
Nemko Certification Norway NSAI Ireland ÖQS 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 Seção.....	29
	Primeira Turma.....	65
	Segunda Turma.....	195
	Segunda Seção.....	275
	Terceira Turma.....	285
	Quarta Turma.....	387
	Terceira Seção.....	489
	Quinta Turma.....	495
	Sexta Turma.....	597
II —	Súmulas	657
III —	Índice Analítico	661
IV —	Índice Sistemático.....	697
V —	Siglas e Abreviaturas.....	705
VI —	Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça.....	715



Jurisprudência da Corte Especial

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR N. 9.371-PI (2004/0178776-0)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravantes: J. Matias Melo e Joaquim Matias Barbosa Melo

Advogado: Joaquim Matias Barbosa Melo

Agravada: Gráfica e Editora do Povo Ltda

EMENTA

Medida cautelar. Recurso extraordinário. Agravo regimental. Não-cabimento. Enunciados ns. 634 e 635-STE

1. A competência para apreciação de medida cautelar em sede de recurso extraordinário é desta Corte enquanto ainda não exercido o juízo de admissibilidade. Enunciados ns. 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental não conhecido.

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

Brasília (DF), 29 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Contra decisão por mim proferida que julgou ser o agravo regimental com pedido de reconsideração manifestamente

incabível, por já estar encerrada a atividade jurisdicional desta Corte, apresenta J. Matias Melo e outro, mais uma vez, novo agravo regimental com pedido de reconsideração. Eis a decisão recorrida:

“O recurso é manifestamente incabível.

O Supremo Tribunal já fixou que a competência para a apreciação de medida cautelar para conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário é desta Corte enquanto ainda não exercido o juízo de admissibilidade. Nesse sentido os Enunciados ns. 634 e 635 da Súmula-STF (...).

Assim, uma vez exercido o juízo de admissibilidade, encerrada está a atividade jurisdicional deste Tribunal.

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo regimental, nos termos da Lei n. 8.038/1990, art. 38 e do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 34, XVIII.

Publique-se.” (Fl. 221).

Sustentam a necessidade de o agravo regimental ser submetido à apreciação de órgão colegiado.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Srs. Ministros, não procede a inconformação dos recorrentes, vez que se tratando de recurso manifestamente incabível, o Relator tem o dever de negar seguimento de plano. Transcrevo o RISTJ, art. 34, XVIII:

“Art. 34. São atribuições do Relator:

XVIII - negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário à súmula do Tribunal, ou quando for evidente a incompetência deste.”

Assim, nego seguimento ao agravo regimental.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA
EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO N. 22-MG (2004/0087907-5)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Bruno Diniz Antonini

Advogados: Geraldo Belizário Valadares e outro

Excepto: Ministro Fernando Gonçalves

EMENTA

Processual Civil. Exceção de suspeição. Embargos declaratórios opostos por advogado sem procuração nos autos. Diligência para posterior juntada. Inadmissibilidade. Oitiva do Ministério Público. Agravo regimental.

1. Consoante a pacífica jurisprudência desta Corte, é inexistente o recurso firmado por advogado sem procuração nos autos, sendo incabível diligência para posterior juntada da peça ausente (precedentes).

2. Há muito oferecido parecer, pelo Ministério Público, acerca da questão objeto da exceção, não se perfaz o vício alegado, por falta da obrigatória oitiva daquele órgão.

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

Brasília (DF), 29 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Acolhendo manifestação do Ministério Público Federal, o eminente Ministro Fernando Gonçalves determinou fosse arquivada representação criminal formulada por Bruno Diniz Antonini, à falta de indícios a apontarem a possibilidade do cometimento de qualquer ilícito, por Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Negado provimento ao agravo regimental interposto contra aquela decisão, foi ajuizada esta exceção de suspeição, por mim liminarmente indeferida, porquanto não indicada, pelo Excipiente, qualquer das causas justificadoras da pretensão, elencadas no CPP art. 254. Adveio então novo regimental, assim decidido por esta Corte Especial:

“Exceção de suspeição. CPP art. 254. Membro de Turma especializada. Reajustamento da causa. Impropriedade da via eleita.

1. Diante da inexistência de qualquer alegação que pudesse demonstrar eventual comprometimento da isenção do juiz para decidir a lide, impõe-se a improcedência da arguição de suspeição.

2. Agravo a que se nega provimento.”

Opostos embargos declaratórios, sem que lá fosse suscitada omissão, contrariedade ou obscuridade, mas tão-somente registrada a insatisfação do interessado com a decisão anterior, cuja anulação pediu, neguei seguimento ao pedido, porque firmado por advogado sem procuração nos autos.

Torna o excipiente, agora, via novo regimental, sustentando viciada a decisão que, “repetindo erros, distinguindo onde a lei não distingue, alegou não poder ser recebido, apesar de assinado junto pelo recorrente e valer mais que o instrumento de mandato, cuja falta há lei ordinária autorizando a sua juntada” (fl. 68). Afirma ilegal a decisão, também, porque ausente, dos autos, a necessária e obrigatória oitiva do Ministério Público sobre a questão.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Srs. Ministros, o excipiente, ao que parece, peticiona sem, antes, preocupar-se em conhecer a realidade dos autos. Afinal, ao contrário do que alegado neste regimental, o Ministério Público Federal foi ouvido, meses atrás, aliás, em 04.10.2004, em parecer juntado às fls. 37/39. Observe-se, ademais, ter também o MP se manifestado pela rejeição da exceção, porque “forçoso é reconhecer que o Excipiente não demonstrou, com a precisão

que se exige para o eventual reconhecimento do vício da suspeição, a concretização de quaisquer das situações previstas no pré-falado art. 254” (fl. 39).

Não procede, da mesma forma, a alegação de que perfeitos os declaratórios, firmados que teriam sido não apenas pelo advogado, novo nos autos, como também pelo próprio embargante. Isto porque, da peça juntada aos autos consta, tão-somente, a assinatura do advogado, mostrando-se falsa, portanto, a notícia de que teria sido também firmada pelo interessado. E, ausente dos autos o respectivo instrumento de mandato, apresenta-se equivocada a assertiva de que cumpriria a esta Corte diligenciar pela respectiva juntada.

Na verdade, consoante a pacífica jurisprudência desta Corte, “a regra inserta no art. 37 do CPC é inaplicável na instância superior, sendo incabível qualquer diligência para suprir a falta de procuração” (EDcl no REsp n. 256.922-BA, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 07.10.2004). No mesmo sentido, AgRg no Ag n. 293.627-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 05.10.2000; AgRg no Ag n. 519.333-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07.08.2003, dentre tantos outros.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 11-PR (2004/0124976-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal

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

Procuradores: Ricardo Cavalcante Barroso e outros

Embargado: Pneus Hauer Brasil Ltda

Advogados: Ricardo Alípio da Costa e outro

Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Suspensão de liminar em mandado de segurança. Indeferimento. Agravo regimental não provido. Ameaça de lesão não demonstrada. Impossibilidade. Análise matéria de mérito ou erro de julgamento ou procedimento. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Reexame de matéria já decidida. Impossibilidade.

1. Na via excepcional da suspensão não se analisa lesão à ordem jurídica, tampouco erro de julgamento ou procedimento.
2. Incabíveis os embargos de declaração se inexistir omissão no acórdão recorrido.
3. Os embargos de declaração não constituem meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 29 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 19.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Diante do pedido formulado pelo Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) pretendendo a suspensão de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região, que autorizou a importação de carcaças de pneus pela empresa Pneus Hauer Brasil Ltda, entendi não estarem demonstrados os riscos de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência (fls. 136/138). Seguiu-se, então, agravo regimental não provido por esta Corte Especial.

Sobrevêm, agora, embargos de declaração, nos quais o Ibama alega que a decisão atacada deixou de observar que “a autorização para importação de pneus usados acarreta clara lesão à ordem, à economia e à saúde pública”— fl. 173.

Diz que é imperioso reconhecer a grave lesão à ordem pública, tendo em vista que a decisão cuja suspensão requer afronta diversas disposições legais pertinentes à matéria, inclusive resoluções do Conama.

Sustenta ameaçada a ordem pública porque não foi observada a defesa do meio ambiente como princípio norteador da atividade econômica, e que foi violado o princípio constitucional da igualdade — pois “se está tentando aplicar regra concernente a pneu reformado a carcaças de pneus” — fl. 175.

Ameaçada também a saúde pública, afirma, ante a possibilidade de o pneu colocado ao relento ser utilizado como depositário das larvas do “Mosquito da Dengue”.

Por fim, alega omissão quanto à Constituição Federal, arts. 5º, 170, 196 e 225.

Manifestou-se a empresa-embargada às fls. 184/192, aduzindo, em síntese, que não há omissão a ser sanada; que o magistrado não precisa se manifestar sobre todos os pontos destacados pelas partes; que a importação de pneus usados não causa nenhum prejuízo ao meio ambiente e que foram atendidas todas as exigências da Resolução n. 258/1999 do Conama.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Srs. Ministros, ao indeferir o pedido liminar, decisão essa confirmada por esta Corte Especial, não vislumbrei qualquer lesão aos valores tutelados pela norma de regência, mormente porque “a empresa pleiteou o deferimento dos pedidos de licenciamento respaldada por decisão concessiva de segurança, na qual permitia a importação, desde que obedecidas as demais exigências legais para tanto, estas contidas nas resoluções editadas pela própria autarquia-requerente” — fl. 138.

Volta-se o Ibama, agora, com estes embargos, alegando existência de vícios a autorizar seu cabimento, CPC, art. 535, II. Contudo, tendo sido todas as circunstâncias devidamente consideradas por ocasião da decisão embargada, não vislumbro a existência de qualquer omissão apontada.

Esta Corte tem entendido que a lesão à ordem jurídica, ressaltada pelo embargante, não é abrangida pela ordem pública a que se refere a Lei n. 4.348/1964, art. 4º, porquanto a via não permite a apreciação de questões que dizem respeito à juridicidade ou antijuridicidade da liminar ou da sentença que se busca suspender. Precedentes: AgRg na SS n. 1.358; AgRg na SLS n. 11.

Igualmente não prospera a alegação de omissão quanto à lesão à saúde pública. Inova, o embargante, sua argumentação afirmando que “o pneu colocado

ao relento é utilizado pelo Mosquito da Dengue para que as suas larvas se desenvolvam, tendo em vista o acúmulo da água que ocorre no mesmo, principalmente nesse período de chuva” — fls. 178/179.

Todavia, a necessidade da parte em ver aclarada matéria não arguída na época própria tem o condão de tornar incabíveis os embargos de declaração, que servem para aperfeiçoamento, e não para análise de matéria nova. A propósito, cito o EDcl no ROMS n. 13.087-PR, publicado no DJ 17.12.2004:

“Embargos de declaração. Recurso ordinário em mandado de segurança. Omissão. Inexistência.

Não há falar-se de omissão quando o julgado aprecia o tema abordado pelo recorrente.

Também não há omissão que dê ensejo a embargos declaratórios quando o aresto afasta de sua análise matéria nova, aventada em recurso, mas ausente da petição inicial.

Embargos rejeitados.”

Melhor sorte não tem o recorrente quanto à apontada omissão aos arts. 5º, 170, 196 e 225 da Constituição Federal. A pretensão de ver a rediscussão do tema à luz da CF, apresenta-se manifestamente incabível na via dos embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no CPC, art. 535. E com maior razão quando a sua violação pode levar à usurpação de competência atribuída constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal, na via extraordinária.

Consoante tenho me manifestado “não cabe ao Superior Tribunal responder a questionamento feito com vistas à apreciação da matéria à luz da Constituição, seja para fins de prequestionamento, seja para obter a modificação do julgado. Tampouco a manifestação de embargos declaratórios impõe ao julgador responder questionário formulado pela parte com o intuito de transformar o Judiciário em órgão consultivo” — EDcl no AgRg na Pet n. 1.649-RS, DJ 07.06.2004.

Portanto, não havendo vício na decisão embargada, parece-me nítida a pretensão do recorrente de discutir a matéria já julgada por esta Corte, com o objetivo de modificar decisão que lhe é desfavorável, pelo que rejeito os embargos.

É o voto.

Jurisprudência da Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 54.437-SC (2005/0145566-5)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Autor: Banco do Brasil S/A

Ré: Retífica Trevo Ltda

Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogado: Silvio Kafka

Suscitante: Juízo Federal e Juizado Especial de Rio do Sul — SJSC

Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Rio do Sul-SC

EMENTA

Conflito de competência. Execução fiscal de competência da Justiça Estadual. Embargos de terceiro opostos por autarquia federal. Competência da Justiça Federal.

1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, **a**), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual (CC n. 50.335, Primeira Seção, DJ 26.09.2005; AgRg no CC n. 47.497, de 09.05.2005).

2. Tendo os embargos de terceiro natureza de ação, a sua propositura por parte da União, entidade autárquica ou empresa pública federal determina a competência **ratione personae**, que detém caráter absoluto e inderrogável, da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição (precedentes do STJ: CC n. 2.363-GO, Segunda Seção, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08.06.1992; CC n. 6.609, Segunda Seção, Ministro Waldemar Zveiter, DJ 21.03.1994; CC n. 751, Segunda Seção, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 04.12.1989; precedentes do STF: RE n. 88.688, Segunda Turma, Ministro Moreira Alves, RTJ 98/217; RE n. 104.472, Segunda Turma, Ministro Djaci Falcão, RTJ 113/1.380, Conflito de Jurisdição n. 6.390, Ministro Néri da Silveira, RTJ 106/946; precedentes do TFR: AC n. 94.795, Sexta Turma, Ministro Américo Luz, RTFR 119/225).

3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal, a suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal e Juizado Especial de Rio do Sul — SJSC, o suscitante, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 06.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal e Especial Federal de Rio do Sul — SJSC em face do Juízo da 2ª Vara Cível também de Rio do Sul - SC em embargos de terceiro movido pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS na ação de execução proposta pelo Banco do Brasil S/A contra Retífica Trevo Ltda.

O Juízo Estadual declinou da competência ao argumento de que houve a instalação da Vara Federal da Subseção Judiciária de Rio do Sul, e é caso de aplicação do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal (fl. 12). O Juízo Federal, por sua vez, suscitou o conflito ao entendimento de que não é caso de aplicação do mencionado dispositivo constitucional, porquanto não há hierarquia entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, não podendo aquela rever os atos praticados por esta dentro de sua competência, a teor do art. 1.049 do Código de Processo Civil (fls. 13/14).

O Ministério Público Federal opinou pela competência da Justiça Estadual (fls. 18/22).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O conflito diz respeito à competência para o julgamento de ações vinculadas à execução fiscal proposta por sociedade de economia mista; no caso, embargos de terceiro opostos por ente federal em execução processada na Justiça Estadual.

2. Sobre a competência da Justiça Federal, a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça decidiu que é de sua competência (da Justiça Federal) processar e julgar ações promovidas contra entidades elencadas no art. 109, I, da Constituição Federal, mesmo que a matéria em exame não seja de interesse de tais entidades, ou ações promovidas por essas entidades: AgRg no CC n. 37.947-MT, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 1^a.12.2003; CC n. 39.823-MG, Ministro Luiz Fux, DJ 05.04.2004; e de minha relatoria: CC n. 38.130-SP, DJ 13.10.2003; CC n. 35.386-RR, DJ 29.09.2003; CC n. 38.316-AL, DJ 22.09.2003; CC n. 35.721-RO, DJ 04.08.2003; CC n. 40.330-GO, DJ 02.02.2004; CC n. 50.335, Primeira Seção, DJ 26.09.2005; AgRg no CC n. 47.497, de 09.05.2005. Nesse último precedente, chegou-se ao seguinte termo: conforme assentado num desses precedentes, (CC n. 40.330-GO, DJ 02.02.2004).

“(…) relativamente à competência cível da Justiça Federal prevista na Constituição (art. 109, I e VIII) podemos estabelecer as seguintes conclusões:

a) Será da competência federal a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I), mesmo que a controvérsia diga respeito à matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal deixar de figurar no processo;

b) Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito à matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque ‘competete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas’ (Súmula n. 150-STJ).

c) No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular investido de delegação pela União. Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (Súmula n. 60-TFR).”

3. A peculiaridade, no caso concreto, é que, em ação de execução de competência da Justiça Estadual — já que nele os figurantes são entidades particulares — sobreveio ação conexa, de embargos de terceiro, proposta por autarquia federal. Sobre a competência, em casos tais, defendemos o seguinte, em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil” — vol. 8, 2ª ed., RT, 2003):

“Pela sua peculiar natureza, a ação de execução se destina a promover atos práticos de transformação da realidade. Nela, em regra, não há juízo sobre a existência do direito representado pelo título executivo ou, mesmo, sobre a legitimidade dos atos de execução. Quem tiver interesse em opor-se à execução ou de contestar a legitimidade dos atos nela praticados, deverá fazê-lo em ação paralela, de embargos. Por outro lado, a Fazenda Pública dispõe, como instrumento para garantir a efetividade da execução, da ação cautelar fiscal, regida pela Lei n. 8.397, de 06.01.1992, além das medidas cautelares específicas do Código de Processo Civil.

Ora, a autonomia da ação de embargos — seja ela proposta pelo devedor (embargos do devedor) ou por terceiro (embargos de terceiro) — bem como da ação cautelar, traz à baila a questão de se saber se a delegação de que trata o art. 15, I, da Lei n. 5.010, de 1966, abrange também estas ações paralelas. Entendemos que sim. Quebraria toda a lógica do sistema processual distribuir a juízos diferentes a competência para a ação e a competência para a oposição. Afinal, a oposição mediante ação autônoma, ao invés de ser por resposta na mesma relação processual, é artifício técnico que não pode certamente, comprometer a unidade lógica e inseparável entre pedido e defesa. Também não teria sentido algum que o juiz competente para a penhora não tivesse, igualmente, competência para eventual arresto cautelar preparatório àquele ato. Assim, por imposição do sistema, é de se entender que o juiz de Direito ao qual for delegada a competência para a ação de execução, será também competente para as ações decorrentes e anexas a ela.

A jurisprudência a respeito do tema, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, conforta o mesmo entendimento, notadamente em relação à competência para a ação de embargos do devedor e para a ação cautelar fiscal. O mesmo não ocorre em relação aos embargos de terceiro, havendo precedente no sentido de considerá-los da competência do juízo da execução e precedente em sentido contrário. A vingar esse último entendimento — de que a competência não é do juiz da execução — estabelecer-se-ia a estranha e assistemática situação em que um seria o juízo para promover os atos de execução e outro o competente para processar e julgar os embargos de terceiro interpostos contra os mesmos atos.

Não se pode confundir os embargos de terceiro interpostos nas circunstâncias acima referidas, com os embargos de terceiro interpostos por pessoa jurídica de direito público federal relativamente à execução entre particulares, de competência da Justiça Estadual. São situações inteiramente diversas. Num caso, o ente federal é parte na própria execução, o que fixa a competência da Justiça Federal, atuando o juiz do Estado como se juiz federal fosse. No outro, a competência para a execução é da Justiça Estadual, sendo que a pessoa de direito público intervém como parte nos embargos de terceiro. Ora, não se tratando de execução proposta pela Fazenda Pública Federal, não há como aplicar a esta segunda hipótese a regra de delegação prevista no art. 15, I, da Lei n. 5.010, de 1966, razão pela qual, conforme se anotou nos comentários ao art. 576, a competência para esses embargos de terceiro se desloca para a Justiça Federal, por incontornável imperativo da Constituição” (pp. 144/146).

(...)

“É possível que, em decorrência de ato praticado em execução da competência da Justiça Estadual, haja embargos de terceiro promovidos pela União, ou por autarquia ou empresa pública federal. Considerando que a lei ordinária não pode reduzir ou ampliar a competência prevista na Constituição, inaplicável será, ao caso, o art. 1.049 do CPC, segundo o qual os embargos são da competência do juiz que ordenou a apreensão. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que compete à Justiça Federal processar e julgar não só os embargos de terceiro assim interpostos (RE n. 88.688, Segunda Turma, Ministro Moreira Alves, RTJ 98/217; RE n. 104.472, Segunda Turma, Ministro Djaci Falcão, RTJ 113/1.380. No mesmo sentido era a jurisprudência do TFR: AC n. 94.795, Segunda Turma, Ministro Américo Luz, RTFR 119/225), como também a própria ação de execução (STF, Conflito de Jurisdição n. 6.390, Pleno, Ministro Néri da Silveira, RTJ 106/946). No Superior Tribunal de Justiça entende-se, igualmente, que, ‘tendo os embargos de terceiro natureza de ação, o interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, determina a competência **ratione personae**, que detém caráter absoluto e inderrogável, da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição’ (STJ, CC n. 2.363, Segunda Seção, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 08.06.1992, p. 8.597. No mesmo sentido: CC n. 6.609, Segunda Seção, Ministro Waldemar Zveiter, DJ 21.03.1994, p. 5.430; CC n. 751, Segunda Seção, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 04.12.1989, p. 17.877)”. (pp. 129/130).

4. Invocando esse entendimento e os precedentes nele citados, conheço do conflito e declaro competente a Justiça Federal, a suscitante.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO
ESPECIAL N. 260.821-SP (2003/0107497-3)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Relator p/ o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Embargante: Carlos Arruda Garms

Advogados: José Manoel de Arruda Alvim Netto e outros

Embargado: Oswaldo Tonelo

Advogados: Antonio Rodrigues e outros

Sustentação oral: Arruda Alvim, pelo embargante, Vicente Cernicchiaro, pelo embargado

EMENTA

Administrativo. Ação popular. Cabimento. Ilegalidade do ato administrativo. Lesividade ao patrimônio público. Comprovação do prejuízo. Necessidade.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

3. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, vencido o Sr. Ministro-Relator, acordam os Ministros da Primeira Seção, por maioria, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Francisco Falcão. Presidiu o julgamento a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Carlos Arruda Garms interpôs embargos de divergência contra acórdão da relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, proferido em sede de recurso especial, por maioria, e assim ementado:

“Administrativo e Processo Civil. Ação popular. Lesão ou dano ao Erário.

1. A ação civil pública subsumiu a ação popular que permaneceu importante em razão da específica legitimação para agir.

2. Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental, etc., ou do patrimônio moral.

3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular.

4. Recurso especial improvido.”

Alega o embargante que são pressupostos necessários para o ajuizamento da ação popular a ilegalidade e a lesão efetiva, de natureza econômica, aos cofres públicos, provocada pelo ato administrativo, não bastando a presunção de lesividade ao patrimônio estatal.

O embargante, ainda, aduz que o tema referente à moralidade administrativa, que conduziu a fundamentação do voto condutor do acórdão embargado, é estranho aos autos, porquanto, na inicial da ação popular, cuja **causa petendi** consubstanciou-se, tão-somente, na ilegalidade da conduta do ex-Prefeito, não se alegou lesividade ou imoralidade.

Colaciona para demonstração da divergência, os acórdãos paradigmas seguintes:

“Processual Civil. Ação popular. Lei n. 4.717/1965. Requisitos. Ausência da lesividade. Improcedência.

1. A ação popular reclama com requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do Poder Público. A lesividade presumida admite a contraprova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da ‘lesividade à ordem jurídica’. A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o Erário Público.

2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a municipalidade da mão-de-obra prestada. Ausência de lesividade. Precedentes.

3. A contratação de mão-de-obra temporária em razão de situação excepcional, comprovada pela existência de mais de uma centena de ações trabalhistas nas quais os juízos reconheceram a excepcionalidade e a necessidade das referidas contratações para não paralisar os serviços públicos, é matéria fática, cujo conhecimento esbarra na Súmula n. 7-STJ. Não obstante, verossímil a alegação, a contratação de profissionais temporários enquadra-se no disposto no inciso IX do art. 37 da CF, **in casu** coadjuvado pela Lei Municipal n. 1.137/1990. Contratação temporária com o escopo de atender ao interesse público até a realização de concurso que efetivamente se operou. Lesividade inexistente. Precedentes.

4. Recurso especial provido.” (REsp n. 407.075-MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 23.09.2002)

“Processual Civil e Administrativo. Aquisição de veículos sem licitação. Ação popular. Lesividade não comprovada. Impossibilidade de dar continuidade à ação. Precedente jurisprudencial. Recurso especial. Não-conhecimento.

Linha de orientação jurisprudencial prevalecente no âmbito do STJ, para a propositura da ação popular, não basta a alegação de ser o ato ilegal, mas é necessária a comprovação da lesividade ao Erário Público.

O reexame de matéria probatória não enseja a interposição de recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

Recurso não conhecido, por maioria.” (REsp n. 185.835-RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, Relator p/ o acórdão Ministro Garcia Vieira, DJ 11.06.2001)

“Processual Civil. Ação popular. Lesividade. Prova. Necessidade.

Na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade.

Recurso provido.” (REsp n. 250.593-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 04.09.2000)

“Ação popular. Lesividade. Ilegalidade. Para ensejar a propositura de ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público.

Recursos improvidos.” (REsp n. 111.527-DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 20.04.1998)

Em sua impugnação, o embargado sustenta, em síntese, que a sentença de 1ª grau, mantida pelo Tribunal **a quo**, acolheu parcialmente o pedido inicial ante a configuração da lesividade e ilegalidade perpetrada pela edição dos Decretos ns. 3.425 e 3.426/1992, e condenou o embargante na restituição aos cofres públicos da quantia correspondente ao crédito orçamentário extraordinário, o que revela evidente a ocorrência da lesividade efetiva ao Erário. Ademais, alegou que, ainda que não configurada a lesão patrimonial, o entendimento do acórdão embargado, com apoio na doutrina, entendeu acertadamente pela dispensabilidade de referido requisito, uma vez demonstrada a lesão à moralidade administrativa.

É o relatório.

Processual Civil. Ação popular. Ausência de lesividade material. Ilegalidade. Possibilidade. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Abertura de crédito suplementar sem autorização legislativa.

1. Ação popular movida por Oswaldo Tonelo, ora embargado, contra Carlos Arruda Arms e a Prefeitura Municipal de Paraguaçu Paulista objetivando a decretação de nulidade de atos emanados pelo então prefeito municipal, ora embargante, consubstanciados no Decreto n. 3.425/1992, que reconheceu a ocorrência de estado de comoção interna naquele Município e no Decreto n. 3.426/1992 que determinou a abertura de crédito extraordinário de CR\$ 19.781.025,00 para atender a despesas com o pagamento de servidores, representando um acréscimo de 275% do valor do orçamento, encerrando atos ilegais e efetivamente lesivos ao patrimônio público.

2. A ação popular regulada pela Lei n. 4.717/1965, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade.

3. Restando evidenciada a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

4. Consectariamente, a partir da Constituição de 1988 tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

5. Precedente do STF no sentido de que: ‘O entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico’. (RE n. 170.768-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999).

6. Deveras é assente na melhor sede doutrinária do tema que:

“(...) Desse entender não dissente **Bielsa**, ao sustentar, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. E acrescenta textualmente o autorizado publicista que ‘o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo’.

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI; 24, VI; 170, VI, e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.” (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, Malheiros, 2003. pp. 125/126)

7. Destarte, **in casu**, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória que a edição dos Decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindicável pelo egrégio STJ à luz da Súmula n. 7.

8. Embargos de divergência rejeitados.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Trata-se, originariamente de ação popular movida por Oswaldo Tonelo, ora embargado, contra Carlos Arruda Arms e a Prefeitura Municipal de Paraguaçu Paulista objetivando a decretação de nulidade de atos emanados pelo então prefeito municipal, ora embargante, consubstanciados no Decreto n. 3.425/1992, que reconheceu a ocorrência de estado de comoção interna naquele Município e no Decreto n. 3.426/1992 que determinou a abertura de crédito extraordinário de CR\$ 19.781.025,00 para atender a despesas com o pagamento de servidores, representando um acréscimo de 275% do valor do orçamento, encerrando atos ilegais e efetivamente lesivos ao patrimônio público.

O r. juízo monocrático, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nulos os Decretos ns. 3.425 e 3.426/1992 e condenar o “o primeiro réu a restituir aos cofres públicos a quantia correspondente à abertura do crédito extraordinário, incluindo o valor relativo a um dia de trabalho dos servidores, salvo o montante pago aos servidores a título de salários quanto aos demais dias trabalhados”. (Fl. 492)

Irresignado, apelou o então Prefeito, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Ação popular. Requisito. Ilegalidade. Suficiência para o cabimento da ação. Lesividade de que dela decorre. Decretos baixados pelo Prefeito eivados de mácula. Abertura de créditos suplementares sem autorização do Legislativo, em percentual elevadíssimo, e inexistência de motivação que autorizasse a medida de ‘estado de comoção interna’, que nem é de sua competência. Sentença de procedência parcial confirmada. Recurso não provido.”

Contra referido **decisum** o ora embargante interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o qual foi parcialmente conhecido, porém, desprovido, em acórdão da relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, nos seguintes termos do voto condutor:

“Entendo que foram prequestionados todos os dispositivos legais impugnados no especial, o que levou à admissibilidade do recurso pela letra **a** do permissivo.

De referência aos arts. 128 e 460 do CPC, dito violados por ausência de prequestionamento, efetivamente a sentença de 1ª grau não fundamentou-se na ausência de licitação dos contratos para concluir que eram ilegais as avenças (fl. 554).

Tal aspecto veio a ser posto pelo voto condutor do apelo, sem ao menos ter sido questionado na inicial.

Houve prequestionamento via embargos de declaração (fl. 567), mas o Tribunal rejeitou-os. Com efeito, foram violados os arts. 128 e 460 do CPC, pela demasia da fundamentação impertinente, o que, entretanto, não é suficiente para liquidar o acórdão, se pertinentes os demais fundamentos. A ausência de licitação foi mencionada pelo Relator do acórdão como uma espécie de reforço de argumentação, se por outros aspectos não fosse condenável o acórdão.

O segundo fundamento para este especial foi a alegação de que houve violação aos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC.

Tais artigos não foram vulnerados na medida em que não ocorreu decisão desfundamentada.

Ao contrário, foi até demasiadamente fundamentada, com reforço de argumentação, como censurado.

Por fim, temos os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, por entender o recorrente que a ação popular só se presta quando há lesão efetiva ao Erário, lesão esta de natureza econômica que não pode ser presumida.

A tese defendida no recurso não tem qualquer pertinência, principalmente dentro da nova ótica da ação popular.

Em verdade, desenvolveu-se, entre os juristas e magistrados, o errôneo entendimento de que a ação popular só se fazia pertinente quando provada lesão econômica (desfalque patrimonial).

O entendimento pretoriano foi, aliás, uma das razões de ter sido a ação popular, durante muitos anos, inútil instrumento de cidadania, diante das dificuldades para chegar-se até ao quantitativo da lesão.

Este posicionamento hoje está inteiramente superado, de forma que, independentemente de não ter o ato impugnado conteúdo econômico, se, de alguma forma, causa lesão ao patrimônio estatal, inclusive à moralidade

administrativa, ao patrimônio artístico e paisagístico pode sofrer a reprimenda por via da ação popular, já que não se pode medir, pesar ou contar em termos quantitativos o prejuízo.

A certeza da ilegalidade de um ato administrativo leva a uma só consequência: prejuízo ao patrimônio por falta de moralidade, requisito que hoje está explicitado na CF/1988 como princípio da Administração Pública.

Conseqüentemente, é possível lesão presumida, na medida em que moralidade administrativa passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito subjetivo público.

Ademais, temos como fundamento para a impugnação do ato não apenas o desvio da moralidade e, sim, a própria legalidade formal dos decretos municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida.

Acórdão desta Corte entendeu indispensável a manifestação, no processo, da lesão efetiva, lesão esta que não se consubstancia na só ilegalidade.

Entretanto, pedindo vênias aos posicionamentos em contrário, entendo que se há ato ilegal e imoral há lesão presumida a justificar a ação popular. Colecionei excelente acórdão desta Segunda Turma no REsp n. 29.094-0-MG, cujo Relator, o Ministro Pádua Ribeiro, bem enfocou a querela no item III da ementa que transcrevo:

“Ação popular. Resolução da Câmara Municipal sobre remuneração dos vereadores, prefeito e vice-prefeito, a vigorar na mesma legislatura. Citação da edilidade. Desnecessidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

I - Na ação popular, visando à declaração de nulidade de resolução da Câmara Municipal, que fixou a remuneração dos vereadores, prefeito e Vice-Prefeito para a mesma legislatura, é suficiente a citação dos beneficiários do ato e do Município. Em tal caso, é dispensável a citação da Câmara Municipal, pois esta carece de personalidade jurídica.

II - (...)

III - Se a efetiva lesão decorre do próprio ato, cuja nulidade se pretende, desnecessária a produção da prova pericial. Violação ao art. 1º da Lei n. 4.717, de 1965, não configurada.

IV - (...)

V - (...)

VI - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 29.094-0-MG, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, unânime, DJ 10.06.1996)

Como bem anotado pela Professora **Lúcia Valle Figueiredo**:

‘Não mais temos na ação popular restrição no tocante à necessidade de que o ato seja ilegal e lesivo. Não se trata mais de ‘e’, mas sim de ‘ou’ lesivo.

(...) (“Curso de Direito Administrativo”; 4ª ed.; p. 400)

Da mesma forma prevê o Professor **Celso Antonio Bandeira de Mello**:

‘A ação popular, contemplada no inciso LXXIII do referido art. 5º, é o instrumento deferido a qualquer cidadão para anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.’ (Ressalva dos grifos, o Controle da Administração Pública, *in* “Curso de Direito Administrativo”; 11 ed. p. 173)

Veja-se, ainda, os Comentários à Constituição Federal de 1988, por **José Afonso da Silva**, que assevera, pela leitura do inciso LXXIII do art. 5º que é a ação popular a indicada para defesa do meio ambiente e da moralidade.

Por fim, trago acórdão do STF:

‘Ação popular. Procedência. Pressupostos. Na maioria das vezes a lesividade ao Erário Público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando se dá a contratação, por Município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa, (STF, RE n. 160.381-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, Decisão 29.03.1994)

Os aspectos fáticos examinados pelo TJSP não são passíveis de exame neste recurso, por força da Súmula n. 7-STJ.

Assim, não tenho dúvida em endossar a moderna tese do acórdão, não conhecendo do recurso pela alínea **a** e negando-lhe provimento pela alínea **c**.

É o voto.”

Nos presentes embargos de divergência, alega o embargante que são pressupostos necessários para o ajuizamento da ação popular a ilegalidade e a lesão efetiva, de natureza econômica, aos cofres públicos, provocada pelo ato administrativo, não

bastando a presunção de lesividade ao patrimônio estatal, aduzindo, ainda, que o tema referente à moralidade administrativa, que conduziu a fundamentação do voto condutor do acórdão embargado, é estranho aos autos porquanto, na inicial da ação popular, cuja **causa petendi** consubstanciou-se, tão-somente, na ilegalidade da conduta do ex-prefeito, não se alegou lesividade ou imoralidade.

Por sua vez, em sua impugnação, o embargado sustenta, em síntese, que a sentença de 1ª grau, mantida pelo Tribunal **a quo**, acolheu parcialmente o pedido inicial ante a configuração da lesividade e ilegalidade perpetrada pela edição dos Decretos ns. 3.425 e 3.426/1992, e condenou o embargante na restituição aos cofres públicos da quantia correspondente ao crédito orçamentário extraordinário, o que revela evidente a ocorrência da lesividade efetiva ao Erário. Ademais, alegou que, ainda que não configurada a lesão patrimonial, o entendimento do acórdão embargado, com apoio na doutrina, entendeu acertadamente pela dispensabilidade de referido requisito, uma vez demonstrada a lesão à moralidade administrativa.

Deveras, a ação popular regulada pela Lei n. 4.717/1965, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade, **verbis**:

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

A partir da interpretação de referido dispositivo legal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça construiu entendimento segundo o qual, para ser objeto de ação popular, o ato da Administração Pública deveria causar lesão efetiva ao Erário. Neste sentido, a título de exemplo, os precedentes:

“Processual Civil. Ação popular. Lesividade. Prova. Necessidade.

Na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade.

Recurso provido.” (REsp n. 250.593-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 04.09.2000)

“Ação popular. Lesividade. Ilegalidade.

Para ensejar a propositura de ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público.

Recursos improvidos.” (REsp n. 111.527-DF, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 20.04.1998)

Ocorre que, com o advento do Texto Constitucional de 1988, restou expresso no art. 5º, LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

É que a Carta de 1988, evidenciando a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Resta estreme de dúvidas que, a partir da Constituição de 1988 tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral como também os que se limitam a afrontar a moralidade administrativa.

Nesse sentido, os mais recentes julgados deste egrégio STJ:

“Administrativo. Ação popular. Procedimento licitatório. Desobediência aos ditames legais. Contrato de quantia vultosa. Designação da modalidade ‘tomada de preços’ no lugar de ‘concorrência pública’. Inserção no edital de cláusulas restritivas do caráter competitivo do certame e estabelecimento de cláusulas que permitiram preferências e distinções injustificadas. Desvirtuamento do princípio da igualdade entre os licitantes. Ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativas. Lesão ao Erário

Público configurada. Nulidade. Preservação do posicionamento do julgado de 2ª grau.

1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria Administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.

3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (**Rafael Bielsa**, “A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, RDA 38/40).

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL n. 2.300/1986 e do parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.666/1993 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.

5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.

6. Recursos especiais improvidos.” (REsp n. 579.541-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 19.04.2004)

“Recurso especial. Ação popular. Julgamento antecipado da lide.

(...) **Omissis**

3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da ação popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII, da **Lex Magna**. Aliás, o atual microsistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de ação popular.

(...) **omissis**

7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.” (REsp n. 474.475-SP, deste Relator, DJ 25.02.2004)

Ademais, a questão ora em debate já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE n. 170.768-SP, da relatoria do eminente Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ 13.08.1999, externou o seguinte entendimento:

“O entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.”

No mesmo sentido, a lição de **Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, Malheiros, 2003, pp. 125/126:

“(…)

Desse entender não dissente **Bielsa**, ao sustentar, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. E acrescenta textualmente o autorizado publicista que ‘o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo’.

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI; 24, VI; 170, VI, e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.

(…)”

Impende ressaltar, ainda, que, **in casu**, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória, que a edição dos decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindicável pelo egrégio STJ, à luz da Súmula n. 7.

Ante o exposto, prestigiando o entendimento do STF, *rejeito os presentes embargos de divergência*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de embargos de divergência interpostos de acórdão oriundo da Segunda Turma, relatado pela Ministra Eliana Calmon, fulcrado no juízo de que, para o cabimento da ação popular, basta que se demonstre a ilegalidade do ato administrativo, dispensável a prova de sua lesividade.

Em sua manifestação, o Ministro Luiz Fux, Relator do feito, conheceu do recurso e, no mérito, negou-lhe provimento, por entender que, a despeito da

redação emprestada ao art. 1º da Lei n. 4.717/1965 — que limita o cabimento da ação popular às hipóteses de lesividade ao patrimônio público —, com o advento da Constituição Federal de 1988, estendeu-se o âmbito da ação para abranger os atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com o que se tornou dispensável a demonstração do prejuízo material.

Em apoio à sua argumentação, cita doutrina de **Hely Lopes Meirelles** e julgado do excelso Supremo Tribunal Federal.

Solicitei vista para melhor apreciação da matéria e, após atento exame dos autos, cheguei à conclusão em sentido diverso daquele manifestado pelo Relator.

Não se questiona que a ação popular visa a proteger, não só o patrimônio público material, mas, também, valores outros, de ordem moral ou cívica, caros aos cidadãos e passíveis de serem lesados por ato ilegal do administrador público.

Ainda assim, o fato de a Constituição de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem, a meu ver, o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Nesse contexto, não vejo como aplicar ao presente feito, com o sentido que se lhe pretendeu atribuir o eminente Relator, a doutrina reproduzida em seu voto, da lavra do Professor **Hely Lopes Meirelles**, que, em nenhum momento afastou a lesividade como elemento intrínseco da ação popular.

Muito se debateu aqui sobre a gravidade do dano provocado ao Estado pela conduta ilegal do administrador, chegando mesmo o Ministro Luiz Fux a fundamentar que “restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória, que a edição dos decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindível pelo egrégio STJ, à luz da Súmula n. 7”.

Entretanto, examinei atentamente os autos e pude verificar que, ao contrário do que assevera o Relator, inexistente prova efetiva da alardeada lesão, senão aquela presumida pela Ministra Eliana Calmon quando ressalta que o fundamento para a impugnação do ato decorre sobretudo da “própria ilegalidade formal dos decretos municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida”.

Com efeito, a inexistência de lesão ao patrimônio público é atestada pela própria sentença de 1º grau quando, à fl. 487, registra, com todas as letras, que “o laudo pericial realizado pela polícia técnica nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público e nem poderia, posto que a análise deve ser feita

conjugando-se vários conceitos, como acima exposto” (grifei). Mais adiante, arre-mata que “nada influencia o julgamento a alegada boa-fé, posto que dela não se cogita, no tocante à lesão, porque mesmo de boa-fé, o agente político pode dar origem ao ato lesivo, como ocorre em casos de incompetência do agente ou vício de forma”.

Em síntese, o que se tem de concreto é que, tal qual ocorre no presente julgamento, também no âmbito da 1ª instância, contentou-se o magistrado em acolher a tese da lesividade presumida, em função da irregularidade formal do ato, conforme conclusões de relatório do Tribunal de Contas do Estado. Não teve sequer o cuidado de adentrar nos aspectos relativos aos resultados materiais da medida que, conforme comprovado documentalmente, repita-se, segundo consignado na própria sentença de 1ª grau — e aqui sim haveria que se aplicar o óbice da Súmula n. 7 da Corte — não demonstraram nenhuma lesão efetiva aos cofres públicos.

Resta, então, examinar a ocorrência de eventual dano à moralidade pública. Nesse ponto, também não vejo nos autos lesão de tal natureza, que justifique a condenação do administrador a restituir o crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, especialmente porque tais recursos, ainda que obtidos sem a observância das formalidades legais, atenderam ao interesse público na medida em que foram utilizados em benefício da comunidade local, seja para saldar dívidas do Município, seja para colocar em dia os salários do funcionalismo público, fatos incontroversos nos autos.

Ante o exposto, entendendo não evidenciada a lesividade do ato impugnado ao patrimônio público, seja sob o aspecto puramente material, seja sob a perspectiva do dano moral, peço vênha ao Relator para dar provimento aos embargos.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Sr. Presidente, cuida-se de embargos de divergência em recurso especial interposto contra acórdão da Segunda Turma, relatado pela Ministra Eliana Calmon, assim ementado:

“Administrativo e Processo Civil. Ação popular. Lesão ou dano ao Erário.

1. A ação civil pública subsumiu a ação popular que permaneceu importante em razão da específica legitimação para agir.

2. Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental, etc., ou do patrimônio moral.

3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular.

4. Recurso especial improvido.”

Do voto de S. Ex^a., sublinha-se o seguinte fragmento:

“A certeza da ilegalidade de um ato administrativo leva a uma só consequência: prejuízo ao patrimônio por falta de moralidade, requisito que hoje está explicitado na CF/1988 como princípio da Administração Pública.

Conseqüentemente, é possível lesão presumida, na medida em que moralidade administrativa passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito subjetivo público.

Ademais, temos como fundamento para a impugnação do ato não apenas o desvio da moralidade e, sim, a própria legalidade formal dos decretos municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida.”

Com o objetivo de comprovar a divergência, o embargante trouxe à colação arestos da Primeira Turma. Destaca-se o Recurso Especial n. 407.075-MG, relatado pelo Ministro Luiz Fux, que recebeu a ementa a seguir:

“Processual Civil. Ação popular. Lei n. 4.717/1965. Requisitos. Ausência da lesividade. Improcedência.

1. A ação popular reclama com requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do Poder Público. A lesividade presumida admite a contraprova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da ‘lesividade à ordem jurídica’. A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o Erário Público.

2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a Municipalidade da mão-se-obra prestada. Ausência de lesividade. Precedentes.

3. A contratação de mão-de-obra temporária em razão de situação excepcional, comprovada pela existência de mais de uma centena de ações trabalhistas nas quais os juízos reconheceram a excepcionalidade e a necessidade das referidas contratações para não paralisar os serviços públicos, é matéria fática, cujo conhecimento esbarra na Súmula n. 7-STJ. Não obstante, verossímil a alegação, a contratação de profissionais temporários enquadra-se no disposto no inciso IX do art. 37 da CF, **in casu** coadjuvado

pela Lei Municipal 1.137/1990. Contratação temporária com o escopo de atender ao interesse público até a realização de concurso que efetivamente se operou. Lesividade inexistente. Precedentes.

4. Recurso especial provido.”

Do voto condutor do julgamento, vale a pena transcrever os excertos seguintes:

“Cumpre destacar, desde logo, que a Lei n. 4.717/1965 condiciona sejam os atos administrativos considerados nulos quando da conjugação de dois requisitos: a irregularidade e a lesão ao Estado. Assim, não há como se conceber o instituto da ação popular sem que estes requisitos estejam devidamente configurados, não cabendo se perquirir acerca de lesividade presumida, antes, porém, deve ser demonstrada.”

“Esta fundamentação, inclusive, serve de espeque para que não se cogite acerca da devolução dos valores relativos aos contratos para os cofres públicos, isso porque, de um lado, os contratados auferiram a remuneração devida, e, de outro, o Município se beneficiou da mão-de-obra prestada, pois, assim decidindo, estar-se-ia amparando o enriquecimento ilícito da Administração, o que ressoa inadmissível.

Patente, resta, então, a impossibilidade de se retornar ao **statu quo ante**, seja pela impossibilidade de se devolver aos empregados a força de trabalho empregada, seja de cobrar dos mesmos a devolução dos salários percebidos, estando ambas as partes quites, demonstrando cabalmente a tão aludida ausência de prejuízo.

Em conseqüência, o acórdão estadual merece reforma, de modo a se modificar a sentença que o integrou na forma regimental, não só no que tange à condenação na devolução dos valores referentes aos contratos em tela, mas também para entrever a ausência de lesividade ao Erário, concedendo-se, assim, provimento ao recurso especial.”

Após o voto do Relator, Ministro Luiz Fux, que negava provimento aos embargos, e do voto divergente do Ministro João Otávio de Noronha, que provia o recurso, pedi vista dos autos para um melhor exame na sessão de 10 de agosto de 2005.

Analiso, preliminarmente, o conhecimento do recurso.

É notória a divergência. Enquanto a Segunda Turma, no aresto embargado, concluiu ser desnecessária a prova da lesividade do ato impugnado na ação popular, por entender que é decorrência da própria ilegalidade da ação ou omissão

administrativa, a Primeira Turma, nos acórdãos paradigmas, assentou que a ação não procede sem a demonstração do binômio ilegalidade/lesividade do ato. Portanto, admito os embargos.

Passo ao mérito.

A ação popular é uma ação desconstitutiva, ou constitutiva-negativa (em que se objetiva a anulação de ato supostamente lesivo ao patrimônio público) e condenatória (em que se pleiteia a responsabilização do agente público). O comando condenatório, entretanto, não se reveste de caráter exclusivamente pecuniário — situação em que o responsável pela malversação do dinheiro público deve recompor o Erário —, mas são possíveis condenações de outra categoria, compreensivas de prestações positivas e negativas, concernentes a valores não-materiais, como a proteção de certa paisagem ou de um bem do domínio cultural.

Na ação popular distinguem-se, portanto, dois efeitos: o desconstitutivo, relacionado à anulação do ato lesivo, e o condenatório, referente à responsabilização dos réus pelo ressarcimento ao Erário.

O pedido de natureza desconstitutiva independe de prova da lesão. Constatada a ilegalidade do ato impugnado, impõe-se, salvo situações excepcionais que autorizam a sua convalidação, o decreto de nulidade por vício de forma, incompetência do agente, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade.

O pedido condenatório, entretanto, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o Erário, deverá fazer prova concreta da lesão. Como se sabe, o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado por ação ou omissão dolosa ou culposa. O hoje Ministro Eros Grau, analisando a questão da lesividade como requisito da ação popular, brindou-nos com os seguintes ensinamentos:

“Podemos agora distinguir, nitidamente, dois efeitos na ação popular:

1. a anulação ou declaração da nulidade do ato lesivo (lesividade provada ou lesividade presumida) e
2. a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes da prática do ato. Ao primeiro efeito respeitam os arts. 2º e 4º da Lei n. 4.717/1965; ao segundo, o art. 11 da mesma Lei n. 4.717/1965. Admite-se, nos casos do art. 4º, a declaração de nulidade independentemente da comprovação da lesividade do ato. Não se pode admitir, contudo, a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes de lesão apenas presumida. Essa condenação reclama a efetiva comprovação da lesividade do ato. Sem dano comprovado inexistente responsabilidade civil, ainda que possa haver a declaração da nulidade do ato, nos

casos do art. 4º” (Requisitos da Lesividade na Ação Popular. “Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba”. Organização **Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 341).

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) prevê a responsabilização do agente público quando da prática de atos que importem: a) enriquecimento ilícito do gestor (art. 9º); b) prejuízo ao Erário (art. 10) e c) lesão aos princípios da Administração Pública (art. 11).

Em seu art. 12, a Lei em destaque estabelece quais são as penalidades aplicáveis a cada uma dessas hipóteses nos seguintes termos:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º [atos que importem enriquecimento ilícito], perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (...);

II - na hipótese do art. 10 [atos que importem prejuízo ao Erário], ressarcimento integral do dano (...);

III - na hipótese do art. 11 [atos que violem os princípios da Administração Pública], ressarcimento integral do dano, *se houver* (...)” (grifos nossos)

Como se vê, na hipótese de enriquecimento ilícito (art. 9º), a ação de improbidade não será procedente se não houver prova da lesão (locupletamento sem causa do gestor público). Condenado o réu, perderá os “bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”.

Tratando-se de ação fundada no art. 10 (prejuízo ao Erário), igualmente deverá o autor fazer prova da lesividade do ato, ou seja, do desfalque patrimonial experimentado pelo Poder Público. Assim, será o réu condenado ao “ressarcimento integral do dano”.

Já no art. 11 (violação a princípios administrativos), a Lei fala em “ressarcimento integral do dano, *se houver*”, o que deixa claro que o pedido condenatório somente será julgado procedente caso o autor faça prova do prejuízo.

Assim, ainda que a responsabilização do gestor público decorra de violação a princípios administrativos (como o da moralidade, por exemplo), não poderá ser condenado a ressarcir o Erário se não houver prova concreta da lesão ao patrimônio público. Sobre a questão, **Rodolfo de Camargo Mancuso** ensina:

“**Luiz Manoel Gomes Júnior** exemplifica com ‘a emissão de empenho na qual tenha sido violada a regra da antiguidade, pois os débitos

anteriores devem ser empenhados em primeiro lugar que os posteriores' (...) 'Ainda que seja imoral, sob o ponto de vista administrativo, a emissão do empenho em primeiro lugar em favor dos débitos posteriores, não há qualquer prejuízo. Em tal hipótese é justificável o acolhimento do pedido em sede de ação popular, ainda que violado o princípio da moralidade administrativa? Temos que a resposta somente pode ser negativa, até pela evidente inutilidade da demanda'. Adiante, remata o autor: 'Assim, para que se possa acolher o pedido em ação popular, fundamentado na violação ao princípio da moralidade administrativa, deve haver o desatendimento de alguma regra escrita, e, ainda, a demonstração do prejuízo efetivo ou potencial, ainda que presumido, sendo este último de forma clara e precisa, pois a utilização de frase de efeito — o prejuízo estaria na violação ao princípio da moralidade administrativa — apenas denota a incapacidade de descrevê-lo e a inutilidade da via eleita do ponto de vista prático — falta de interesse de agir até mesmo violando o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais"' ("Ação Popular". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 118).

Compulsando os autos, verifico que o autor popular formulou pedido desconstitutivo (anulação do ato impugnado) e condenatório (responsabilização do réu ao ressarcimento das perdas e danos experimentados pela Municipalidade). Da postulação inicial, destaca-se o fragmento que segue:

"Pleiteia seja a ação julgada procedente para o fim de serem declarados inválidos e de nenhum efeito os decretos acima referidos, bem como os atos deles decorrentes, precipuamente os empenhos e os pagamentos que tinham sido feitos por força do crédito extraordinário aqui guerreado, condenando-se o Sr. Prefeito Municipal, que baixou tais decretos, a restituir aos cofres públicos os referidos pagamentos, bem como a pagar as perdas e danos decorrentes (arts. 11 e 14 da Lei n. 4.717/1965), tudo devidamente corrigido, além de custas, honorários de advogado incidentes sobre o montante final e total da condenação que se venha a impor, e demais cominações legais" (fl. 12).

O conteúdo desconstitutivo da lide não está em debate. Os decretos impugnados na ação datam de 1992, tendo irradiado todos os seus efeitos. Ademais, o crédito extraordinário aberto pelo réu destinou-se ao pagamento dos servidores públicos municipais, cujos vencimentos, à época, estavam em atraso.

O que se discute é somente a postulação condenatória. Quanto à espécie, não há nos autos qualquer elemento de prova que demonstre prejuízo ou lesão experimentados pelo Município. Tal fato, inclusive, foi reconhecido na sentença,

quando registra que “o laudo pericial realizado pela polícia técnica nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público e nem poderia, posto que a análise deve ser feita conjugando-se vários conceitos como acima exposto” (fl. 487).

Há, ainda, outro argumento.

A Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) traz implícita a noção de lesividade do ato objeto de impugnação. Regra geral, a lesão precisa ser demonstrada pelo autor popular (lesividade provada). Como exceção, situam-se as hipóteses constantes do art. 4º da referida Lei, em que a lesividade é presumida. Nesse caso, a presunção é apenas relativa, já que admite prova em contrário a cargo do réu.

Em ambas as espécies não se afasta o requisito da lesividade. Na primeira, a prova competirá ao autor; na segunda, por força da presunção legal e da inversão do ônus da prova, caberá ao réu, que deverá demonstrar a ausência de lesão. Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de **Hely Lopes Meirelles**:

“Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o Erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, RTJ 103/683). Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos — condição de eleitor, ilegalidade e lesividade —, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. 23ª ed. atualizada por **Arnoldo Wald** e **Gilmar Ferreira Mendes**. São Paulo: Malheiros, 2001).

Compulsando os autos, verifico que o ato impugnado na ação popular não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 4º da Lei n. 4.717/1965, razão porque não lhe pode ser aplicada a lesividade presumida.

A prova da lesão compete ao autor através de documentos juntados à exordial ou de prova técnica realizada em juízo. Na hipótese, como afirmado, o demandante nada alegou a respeito da lesão, não juntou um único documento

comprobatório da lesividade e a prova técnica “nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público”.

Diga-se, ainda, que a lesividade presumida do art. 4º refere-se apenas à anulação do ato (pedido desconstitutivo) e não à responsabilização do réu pelo ressarcimento ao Erário (postulação condenatória). São estas as lições apresentadas por **Rodolfo de Camargo Mancuso** ao citar **José Ignácio Botelho de Mesquita**:

“Ainda a propósito dos casos de lesividade presumida, elencados no art. 4º da Lei n. 4.717/1965, **José Ignácio Botelho de Mesquita** esclarece que eles ‘não se referem em momento algum à responsabilidade pelo ressarcimento de danos; limitam-se, exclusivamente, a dispor sobre os vícios que autorizam a anulação do ato mediante a ação popular’. E, na seqüência: ‘Assim, o tema da lesividade presumida, a que estaria preso o art. 4º da lei, também nada tem a ver com responsabilidade dos réus pela reparação das perdas e danos. A discriminação, aliás, entre lesividade provada e lesividade presumida não está na lei. É criação doutrinária destinada a harmonizar o texto da lei com a Constituição. Como, na Constituição, a ação popular é ação para anular o ato lesivo, a única forma de conciliar o disposto no art. 4º da lei com o preceito constitucional é dar como presumida a lesividade nas hipóteses de nulidade por ele elencadas. O art. 4º simplesmente dispôs a prova da lesão como requisito autônomo para a anulação do ato. Vale dizer, a lesividade só se presume para os efeitos da Constituição e esta, por sua vez, só se refere à anulação, ou declaração da nulidade do ato. Em outras palavras: apenas para a declaração da nulidade do ato, nos casos do art. 4º, ficou dispensada a prova da lesividade. Não para a condenação” (“Ação Popular”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 105/106).

É incorreto falar-se, portanto, em lesividade presumida quanto ao conteúdo condenatório da ação.

Anoto, por fim, que não se deve aderir de forma categórica e imperativa a qualquer das teses consagradas nos arestos em confronto. É preciso temperamento. A solução adequada demanda análise caso a caso. A controvérsia deve ser apreciada à luz de cada um dos pedidos formulados pelo autor popular, para se concluir se é exigível ou não a prova da lesividade.

Ante o exposto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, *conheço dos embargos para dar-lhes provimento*.

É como voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Processual Civil. Ação popular. Anulação de ato administrativo. Indispensabilidade do requisito da lesividade, efetiva (Lei n. 4.717/1965, arts. 2ª e 3ª) ou presumida (art. 4ª), salvo se se tratar de ato alegadamente violador da moralidade administrativa. Caso concreto: a) inexistência de prejuízo ao Erário; b) não-configuração de qualquer das hipóteses em que se presume a lesividade; c) ofensa à moralidade administrativa não articulada na inicial como causa de pedir. Embargos de divergência providos, acompanhando os Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Cuida-se de embargos de divergência apresentados em face de acórdão da Segunda Turma que, em ação popular, negou provimento a recurso especial, decidindo que a) o ato impugnado pela via da ação popular não precisa importar necessariamente desfalque econômico ao Erário, sendo suficiente que atente contra a moralidade administrativa, a partir do que a lesão é presumida; b) ademais, no caso concreto, a lesividade também se presume a partir da afirmação da ilegalidade dos decretos municipais atacados (fls. 797/816).

O embargante aponta dissídio entre o entendimento firmado no acórdão embargado e aquele esposado em julgados da Primeira Turma em que se considerou indispensável à anulação de ato, por meio de ação popular, a comprovação de prejuízo aos cofres públicos. Aduz não ter havido, na hipótese dos autos, sequer alegação na inicial de lesividade ou de imoralidade dos atos, mas apenas de sua ilegalidade. Sustenta, por fim, que os créditos abertos pelos decretos foram integralmente utilizados no pagamento de dívidas da Municipalidade, sem que se cogite de qualquer enriquecimento do réu, razão pela qual é incabível a sua condenação à restituição dessas quantias.

O Relator, Ministro Luiz Fux, rejeitou os embargos, em voto sumariado na seguinte ementa:

“Processual Civil. Ação popular. Ausência de lesividade material. Ilegalidade. Possibilidade. Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Abertura de crédito suplementar sem autorização legislativa.

(Omissis)

2. A ação popular regulada pela Lei n. 4.717/1965, art. 1º, limitava o cabimento da ação às hipóteses de lesividade ao patrimônio público, por isso que restava suficiente, à anulação do ato por via da ação popular, a mera ilegalidade.

3. Restando evidenciada a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou-se um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

4. Consectariamente, a partir da Constituição de 1988 tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

5. Precedente do STF no sentido de que: ‘O entendimento no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.’ (RE n. 170.768-SP Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999).

5. Deveras é assente na melhor sede doutrinária do tema que:

‘(...) Desse entender não dissente **Bielsa**, ao sustentar, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. E acrescenta textualmente o autorizado publicista que ‘o móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo’.

Entender-se, restritivamente, que a ação popular só protege patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI; 24, VI; 170, VI, e 225). Esta proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o

patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração. (**Hely Lopes Meirelles**, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**”, Malheiros, 2003. pp. 125/126)

6. Destarte, **in casu**, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com ampla cognição probatória que a edição dos decretos atacados resultou em lesividade patrimonial efetiva aos cofres públicos, tanto que a sentença condenou o ex-prefeito ao ressarcimento pecuniário ao Erário, matéria insindicável pelo egrégio STJ à luz da Sumula n. 7.

7. Embargos de divergência rejeitados.”

O Ministro João Otávio de Noronha divergiu do Relator, anotando, em voto-vista, o seguinte:

“Não se questiona que a ação popular visa a proteger não só o patrimônio público material, mas, também, valores outros, de ordem moral ou cívica, caros aos cidadãos e passíveis de serem lesados por ato ilegal do administrador público.

Ainda assim, o fato de a Constituição de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem, a meu ver, o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

(...)

Examinei atentamente os autos e pude verificar que, ao contrário do que assevera o Relator, inexistente prova efetiva da alardeada lesão, senão aquela presumida pela Ministra Eliana Calmon quando ressalta que o fundamento para a impugnação do ato decorre sobretudo da ‘própria ilegalidade formal dos Decretos Municipais impugnados, que ensejam a lesividade presumida’.

Com efeito, a inexistência de lesão ao patrimônio público é atestada pela própria sentença de 1º grau quando, à fl. 487, registra, com todas as letras, que ‘o laudo pericial realizado pela polícia técnica *nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao Erário Público* e nem poderia, posto que a análise deve ser feita conjugando-se vários conceitos, como acima exposto’ (grifei). Mais adiante, arremata que ‘nada influencia o julgamento a alegada boa-fé, posto que dela não se cogita, no tocante à lesão, porque

mesmo de boa-fé, o agente político pode dar origem ao ato lesivo, como ocorre em casos de incompetência do agente ou vício de forma’.

Em síntese, o que se tem de concreto é que, tal qual ocorre no presente julgamento, também no âmbito da 1ª instância, contentou-se o magistrado em acolher a tese da lesividade presumida, em função da irregularidade formal do ato, conforme conclusões de relatório do Tribunal de Contas do Estado. Não teve sequer o cuidado de adentrar nos aspectos relativos aos resultados materiais da medida que, conforme comprovado documentalmente, repita-se, segundo consignado na própria sentença de 1ª grau — e aqui sim haveria que se aplicar o óbice da Súmula n. 7 da Corte — não demonstraram nenhuma lesão efetiva aos cofres públicos.

Resta, então, examinar a ocorrência de eventual dano à moralidade pública. Nesse ponto, também não vejo nos autos lesão de tal natureza, que justifique a condenação do administrador a restituir o crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, especialmente porque tais recursos, ainda que obtidos sem a observância das formalidades legais, atenderam ao interesse público na medida em que foram utilizados em benefício da comunidade local, seja para saldar dívidas do Município, seja para colocar em dia os salários do funcionalismo público, fatos incontroversos nos autos.

Ante o exposto, entendendo não evidenciada a lesividade do ato impugnado ao patrimônio público, seja sob o aspecto puramente material, seja sob a perspectiva do dano moral, peço vênia ao Relator para dar provimento aos embargos.”

Foi acompanhado pelo Ministro Castro Meira, cujo voto-vista traça distinção entre os efeitos desconstitutivo (relacionado à anulação do ato lesivo) e condenatório (referente à responsabilização do réu pelo ressarcimento ao Erário) da ação popular, afirmando que, para o acolhimento de pedido condenatório, é indispensável a prova do prejuízo aos cofres públicos, inexistente, na hipótese. Destaca ainda que os fatos narrados na inicial não se enquadram nas previsões do art. 4º da Lei n. 4.717/1965, em que a lesividade é presumida, admitindo prova em contrário a cargo do réu.

Pedi vista.

2. Segundo decorre do texto constitucional expresso — que, no particular, reproduz a essência do que também já previam as Constituições anteriores — a ação popular tem por objeto específico o de “anular ato lesivo” a um dos seguintes bens jurídicos: a) ao patrimônio público, b) à moralidade administrativa, c) ao meio ambiente ou d) ao patrimônio histórico ou cultural (art. 5º, LXXIII). A

lesividade constitui, portanto, requisito indispensável para que o ato fique submetido a controle por essa especial via judicial [Grau, Eros Roberto. “Requisito da lesividade na ação popular”. In Mello, Celso Antônio Bandeira de (coord.). “Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 339; Prade, Péricles. “Lesividade e Ilegalidade como Pressupostos da Ação Popular Constitucional”. Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, abr./jun. 1986, pp. 259/270]. É certo que, ao especificar os casos de nulidade e de anulabilidade de atos administrativos a que se referia, a Lei da Ação Popular fez menção explícita ao requisito da lesividade em relação a uns (os aludidos em seus arts. 2º e 3º), mas não o fez em relação a outros (os alinhados em seu art. 4º). Para compatibilizar a falta de referência específica, por parte da lei, com a exigência afirmada expressamente na Constituição, a doutrina assentou entendimento de que, nos casos do art. 4º, a lesividade é presumida (presunção *iuris tantum*) [Grau, Eros Roberto. *Ibidem*, p. 340; Meirelles, Hely Lopes. “Mandado de Segurança”. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138]. Ela, portanto, não está dispensada. O autor é que está dispensado de demonstrá-la, cabendo ao réu, se for o caso, provar que, naqueles casos, a lesão não ocorreu. Há, na jurisprudência mais recente do STF, uma nítida tendência no sentido de ampliar os casos de presunção de lesividade, que, “na maioria das vezes (...) decorre da própria ilegalidade do ato impugnado” [STF, Segunda Turma, RE n. 160.381-0, Relator: Marco Aurélio, DJ 12.08.1994. Também na mesma linha: STF, RE n. 120.768, Relator: Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999; STF, Primeira Turma, RE n. 113.729-1, Relator: Moreira Alves, DJ 25.08.1989, RTJ 129:1339; STF, Primeira Turma, RE n. 105.520. Relator: Octávio Gallotti, RTJ 118:717].

O requisito da lesividade resulta ainda mais evidente quando se leva em conta a possibilidade de convalidação dos atos administrativos, que é forma de restaurar a ordem jurídica atingida pelo ato inválido: “o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada” [Zancaner, Weida. “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56]. Ora, conforme prevê o art. 55 da Lei n. 9.784, de 1999, são passíveis de convalidação os atos administrativos, atingidos por irregularidades sanáveis, quando “se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiro”. A convalidação, nesses casos, não é mero ato discricionário, cuja prática fica a critério do administrador, mas é ato vinculado, constituindo-se em dever da Administração [Zancaner, Weida. “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59]. Se o ato inválido não causou

lesão, ele poderá, ou melhor, deverá (desde que presentes os demais requisitos para tanto), ser convalidado, sendo descabida, conseqüentemente, a sua anulação, mesmo por ação popular.

Assim, ressalvadas as hipóteses de lesividade presumida (presunção que cabe ao réu desfazer) e a de lesão à moralidade administrativa (que dispensa qualquer prova, porque se configura em plano estritamente jurídico), cumpre ao autor, conforme estabelece a regra processual de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, I), demonstrar em que consistiu, na prática, a conseqüência lesiva provocada pelo ato atacado.

3. Na hipótese dos autos, não está configurada qualquer das hipóteses em que a lei (art. 4º da Lei n. 4.717/1965) presume a lesividade, b) nem foi articulada como causa de pedir, na inicial, a ofensa à moralidade administrativa. Era indispensável, pois, a prova pelo autor do prejuízo efetivamente decorrente do ato, a qual, porém, como bem destacou o Ministro João Otávio de Noronha no voto-vista proferido, não foi realizada.

4. Pelas razões expostas, acompanho os Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira, dando provimento aos embargos.

É o voto.

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 669.384-SC (2004/0104915-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Cíntia Tocchetto Kasparly e outros

Agravada: Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Empregados das Indústrias Têxteis e do Vestuário da Região de Blumenau Ltda — Creditextil

Advogados: Fernando Gouvêa e outros

EMENTA

Tributário. PIS e Cofins. Cooperativa de créditos. Atos cooperativos.

1. Mandado de segurança impetrado por cooperativa de crédito contra ato de Delegada da Receita Federal em Londrina - PR, com o escopo de suspender a exigibilidade do PIS e da Cofins incidentes sobre atos próprios ao cumprimento das finalidades da impetrante, quais sejam, “a defesa da economia de seus associados, através da ajuda mútua, assim como a educação e doutrinação em prol do movimento cooperativista brasileiro” (art. 3^a do Estatuto Social), alegando-se que suas operações são efetuadas sem qualquer finalidade lucrativa própria, nos termos da Lei n. 5.764/1971.

2. Os atos normativos e exegese jurisprudencial descaracterizam as cooperativas de crédito como entidades bancárias assemelhadas, a saber: (*Resolução n. 3.106/2003 Bacen*, restringiu as atividades das cooperativas de crédito somente com cooperados, limitando-as à prática de atos cooperados; *Circular Bacen n. 3.238/2004*, que, ao estabelecer o Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional — Cosif, e aduzir à centralização financeira como sendo autêntico ato cooperativo, atesta, jurídico-contabilmente, a efetiva prática destes atos pelas cooperativas de crédito; *Resolução n. 2.788/2000 CMN*, que, ao permitir que somente as cooperativas centrais de crédito participem acionariamente de bancos, e como forma de viabilizar sua atividade, o que por si os diferencia; *Parecer PGFN/CPA n. 1.088/1999*, que concluiu pelas diferenças estruturais e funcionais existentes entre as sociedades cooperativas de crédito e os bancos, obstando, assim, que aquelas atuassem como órgãos arrecadadores federais, posto não ostentarem natureza de agência ou posto bancário; *RR n. 5.919/1988.2-SP*, Relator Ministro

Ermes Pedro Pedrassani, DJ 25.08.1989; RR n. 214.732/1995.3-MG, Relator Ministro Armando de Brito, DJ 16.05.1997).

3. Deveras, a Lei n. 5.764/1971, mercê de posterior à Lei do Mercado de Capitais, é especial em relação à mesma. Art. 2º, § 2º, da LICC. **Lex generalis** convive com a **lex specialis**.

4. No campo da exação tributária com relação às cooperativas, a aferição da incidência do tributo impõe distinguir os atos cooperativos através dos quais a entidade atinge os seus fins e os atos não-cooperativos; estes extrapolantes das finalidades institucionais e geradores de tributação; diferentemente do que ocorre com os primeiros. Precedentes jurisprudenciais.

5. A cooperativa, prestando serviços a seus associados, sem interesse negocial, ou fim lucrativo, goza de completa isenção, porquanto o fim da mesma não é obter lucro, mas, sim, servir aos associados.

6. Os atos cooperativos não estão sujeitos à incidência do PIS e da Cofins, porquanto o art. 79 da Lei n. 5.764/1971 (Lei das Sociedades Cooperativas) dispõe que o ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

7. Não implicando o ato cooperativo operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, a revogação do inciso I do art. 6º da LC n. 70/1991, em nada altera a não-incidência da Cofins sobre os atos cooperativos. O parágrafo único do art. 79 da Lei n. 5.764/1971, não está revogado por ausência de qualquer antinomia legal.

8. A Lei n. 5.764/1971, ao regular a Política Nacional do Cooperativismo, e instituir o regime jurídico das sociedades cooperativas, prescreve, em seu art. 79, que constituem “atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais”, ressalva, todavia, em seu art. 111, as operações descritas nos arts. 85, 86 e 88 do mesmo diploma, como aquelas atividades denominadas “não-cooperativas” que visam ao lucro. Dispõe a Lei das Cooperativas, ainda, que os resultados dessas operações com terceiros “serão contabilizados em separado, de molde a permitir o cálculo para incidência de tributos” (art. 87).

9. É princípio assente na jurisprudência que: “Cuidando-se de discussão acerca dos atos cooperados, firmou-se orientação no sentido

de que são isentos do pagamento de tributos, inclusive da Contribuição Social sobre o Lucro'. (Ministro Milton Luiz Pereira, REsp n. 152.546, DJ 03.09.2001, unânime)

10. A doutrina, por seu turno, é uníssona ao assentar que pelas suas características peculiares, principalmente seu papel de representante dos associados, os valores que ingressam, como os decorrentes da conversão do produto (bens ou serviços) do associado em dinheiro ou crédito nas de alienação em comum, ou os recursos dos associados a serem convertidos em bens e serviços nas de consumo (ou, neste último caso, a reconversão em moeda após o fornecimento feito ao associado), não devem ser havidos como receitas da cooperativa.

11. Incidindo o PIS e a Cofins sobre o faturamento/receita bruta, impõe-se aferir essa definição à luz do art. 110 do CTN, que veda a alteração dos conceitos do Direito Privado. Consectariamente, faturamento é o conjunto de faturas emitidas em um dado período ou, sob outro aspecto vernacular, é a soma dos contratos de venda realizados no período. Não realizando a cooperativa contrato de venda, não há incidência do PIS e da Cofins.

12. Recentemente, a Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 591.298-MG, Relator para o acórdão o Ministro Castro Meira, sessão de 27 de outubro de 2004, firmou o entendimento de que os atos praticados pelas cooperativas de crédito não são passíveis de incidência tributária, uma vez que a captação de recursos e a realização de aplicações no mercado financeiro, com o intuito de oferecer assistência de crédito aos associados, constituem atos cooperativos.

13. Ademais, matéria semelhante à dos autos (relacionada às sociedades civis), vem sendo discutida pelas Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior, que, com fulcro no princípio da hierarquia das leis, têm-se posicionado no sentido de que Lei Ordinária não pode revogar determinação de Lei Complementar, pelo que ilegítima seria a revogação instituída pela Lei n. 9.430/1996 da isenção conferida pela LC n. 70/1991 às sociedades civis prestadoras de serviços, entendimento, hodiernamente, sufragado pela Seção do Direito Público. Isto porque é direito do contribuinte ver revogada a suposta isenção pela mesma lei que o isentou, máxime quando a vontade política nela encartada revela **quorum** qualificado. Sob esse enfoque, a egrégia Primeira Seção no REsp n. 616.219-MG.

14. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 02 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Fazenda Nacional interpõe agravo regimental contra decisão monocrática de minha autoria, cuja ementa merece transcrição:

“Tributário. PIS e Cofins. Cooperativa de crédito. Atos cooperativos.

1. Mandado de segurança impetrado por cooperativa de crédito contra ato de Delegada da Receita Federal em Londrina-PR, com o escopo de suspender a exigibilidade do PIS e da Cofins incidentes sobre atos próprios ao cumprimento das finalidades da impetrante, quais sejam, “a defesa da economia de seus associados, através da ajuda mútua, assim como a educação e doutrinação em prol do movimento cooperativista brasileiro” (art. 3º do Estatuto Social), alegando-se que suas operações são efetuadas sem qualquer finalidade lucrativa própria, nos termos da Lei n. 5.764/1971.

2. Os atos normativos e exegese jurisprudencial descaracterizam as cooperativas de crédito como entidades bancárias assemelhadas, a saber: *Resolução n. 3.106/2003 Bacen*, restringiu as atividades das cooperativas de crédito somente com cooperados, limitando-as à prática de atos cooperados; *Circular Bacen n. 3.238/2004*, que, ao estabelecer o Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional — Cosif, e aduzir à centralização financeira como sendo autêntico ato cooperativo, atesta, jurídico-contabilmente, a efetiva prática destes atos pelas cooperativas de crédito; *Resolução n. 2.788/2000 CMN*, que, ao permitir que somente as cooperativas centrais de crédito participem acionariamente de bancos, e como forma de viabilizar sua atividade, o que por si os diferencia; *Parecer PGFN/CPA n. 1.088/1999*, que concluiu pelas diferenças estruturais e funcionais existentes entre as sociedades cooperativas de crédito e os bancos, obstando, assim, que aquelas

atuassem como órgãos arrecadadores federais, posto não ostentarem natureza de agência ou posto bancário; *RR n. 5.919/1988.2-SP*, Relator Ministro Ermes Pedro Pedrassani, DJ 25.08.1989; *RR n. 214.732/1995.3-MG*, Relator Ministro Armando de Brito, DJ 16.05.1997).

3. Deveras, a Lei n. 5.764/1971, mercê de posterior à Lei do Mercado de Capitais, é especial em relação à mesma. Art. 2º, § 2º, da LICC. **Lex generalis** convive com a **lex specialis**.

4. No campo da exação tributária com relação às cooperativas, a aferição da incidência do tributo impõe distinguir os atos cooperativos através dos quais a entidade atinge os seus fins e os atos não-cooperativos; estes extrapolantes das finalidades institucionais e geradores de tributação; diferentemente do que ocorre com os primeiros. Precedentes jurisprudenciais.

5. A cooperativa, prestando serviços a seus associados, sem interesse negocial, ou fim lucrativo, goza de completa isenção, porquanto o fim da mesma não é obter lucro, mas, sim, servir aos associados.

6. Os atos cooperativos não estão sujeitos à incidência do PIS e da Cofins, porquanto o art. 79 da Lei n. 5.764/1971 (Lei das Sociedades Cooperativas) dispõe que o ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

7. Não implicando o ato cooperativo em operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, a revogação do inciso I do art. 6º, da LC n. 70/1991, em nada altera a não-incidência da Cofins sobre os atos cooperativos. O parágrafo único do art. 79 da Lei n. 5.764/1971, não está revogado por ausência de qualquer antinomia legal.

8. A Lei n. 5.764/1971, ao regular a Política Nacional do Cooperativismo, e instituir o regime jurídico das sociedades cooperativas, prescreve, em seu art. 79, que constituem 'atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais', ressalva, todavia, em seu art. 111, as operações descritas nos arts. 85, 86 e 88 do mesmo diploma, como aquelas atividades denominadas 'não-cooperativas' que visam ao lucro. Dispõe a Lei das Cooperativas, ainda, que os resultados dessas operações com terceiros 'serão contabilizados em separado, de molde a permitir o cálculo para incidência de tributos, (art. 87).

9. É princípio assente na jurisprudência que: 'Cuidando-se de discussão acerca dos atos cooperados, firmou-se orientação no sentido de que são isentos do pagamento de tributos, inclusive da Contribuição Social sobre

o Lucro”. (Ministro Milton Luiz Pereira, REsp n. 152.546, DJ 03.09.2001, unânime)

10. A doutrina, por seu turno, é uníssona ao assentar que pelas suas características peculiares, principalmente seu papel de representante dos associados, os valores que ingressam, como os decorrentes da conversão do produto (bens ou serviços) do associado em dinheiro ou crédito nas de alienação em comum, ou os recursos dos associados a serem convertidos em bens e serviços nas de consumo (ou, neste último caso, a reconversão em moeda após o fornecimento feito ao associado), não devem ser havidos como receitas da cooperativa.

11. Incidindo o PIS e a Cofins sobre o faturamento/receita bruta, impõe-se aferir essa definição à luz do art. 110 do CTN, que veda a alteração dos conceitos do Direito Privado. Consectariamente, faturamento é o conjunto de faturas emitidas em um dado período ou, sob outro aspecto vernacular, é a soma dos contratos de venda realizados no período. Não realizando a cooperativa contrato de venda, não há incidência do PIS e da Cofins.

12. Recentemente, a Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 591.298-MG, Relator para o acórdão o Ministro Castro Meira, sessão de 27 de outubro de 2004, firmou o entendimento de que os atos praticados pelas cooperativas de crédito não são passíveis de incidência tributária, uma vez que a captação de recursos e a realização de aplicações no mercado financeiro, com o intuito de oferecer assistência de crédito aos associados, constituem atos cooperativos.

13. Ademais, matéria semelhante à dos autos (relacionada às sociedades civis), vem sendo discutida pelas Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior, que, com fulcro no princípio da hierarquia das leis, têm-se posicionado no sentido de que Lei Ordinária não pode revogar determinação de Lei Complementar, pelo que ilegítima seria a revogação instituída pela Lei n. 9.430/1996 da isenção conferida pela LC n. 70/1991 às sociedades civis prestadoras de serviços, entendimento, hodiernamente, sufragado pela Seção do Direito Público. Isto porque é direito do contribuinte ver revogada a suposta isenção pela mesma lei que o isentou, máxime quando a vontade política nela encartada revela **quorum** qualificado. Sob esse enfoque, a egrégia Primeira Seção no REsp n. 616.219-MG.

14. Recurso especial provido com ressalvas (art. 557, § 1^a-A, do CPC).”

Em suas razões, aduz a Fazenda que o STJ é incompetente para julgar recurso especial no qual se visa reconhecer ofensa direta a dispositivo constitucional.

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada, ou, em caso negativo, que seja submetido o presente agravo à apreciação da colenda Primeira Turma na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A decisão agravada está assim redigida:

“Trata-se de recurso especial interposto pela Cooperativa de Crédito Mútuo dos Funcionários da Corol — Coopercorol, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

‘Constitucional e Tributário. PIS. Cofins. Cooperativa de crédito. Ato cooperativo. Incidência. Arts. 146, III, **c** e 174, § 2º, da CF/1988. Ofensa inconfigurada. Aplicabilidade princípio da solidariedade (CF/1988: art. 195, **caput**). Leis ns. 9.715 e 9.718 e MP n. 1.807 e reedições sob n. 1.858, 1991, 2.037, 2.113 e 2.158. Inconstitucionalidade. Inexistência.

1. Por ‘adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas’ (CF/1988: art. 146, III, **c**) não se pode inferir tivesse o constituinte tido a intenção de atribuir às cooperativas de crédito tratamento tributário privilegiado no que tange ao financiamento da Seguridade Social, uma vez que esta ‘será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei’ (art. 195, **caput**, da CF/1988), sem exclusão, portanto, das cooperativas de crédito. Inexistência também de ofensa ao art. 174, § 2º, da CF.

2. A circunstância de a autora ostentar natureza de cooperativa e/ou de praticar atos cooperativos, em nada a diferencia das demais pessoas jurídicas com fins lucrativos porquanto somente ‘haverão de ter um adequado tratamento tributário, quando sobrevier a lei complementar programada no texto complementar [art. 146, III, **c**, da CF/1988]. Nada mais do que isso. (...) Enquanto não foi editada a lei complementar prevista no art. 146, III, **c**, da CF de 1988, as sociedades cooperativas permanecem na situação de qualquer sociedade quanto à imposição de tributos’ (TRF-4ªR, Corte Especial, AMS n. 1999.70.05.003502-0-PR, maioria, rejeição do incidente de inconstitucionalidade do art. 56, inciso II, alínea **a**, da Medida Provisória

n. 2.113-27/2001, Relator para o acórdão Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, *in* RTRF-4ªR n. 43, pp. 326 e 357).

3. Ao conceder financiamento a associado em taxa superior à que a captada, ainda que do mesmo ou mesmos associados, a cooperativa de crédito, pessoa jurídica distinta da pessoa de seus sócios, denota capacidade contributiva e pratica atos que, mercantis ou não, configuram faturamento na acepção fiscal.

4. Sendo a tributação atacada extensiva a todas as cooperativas de crédito e, não superiores à imposta às instituições financeiras, não há maltrato ao princípio isonômico em relação às demais pessoas jurídicas. Ademais, faturamento ou receita não são característicos de atos cooperativos: auferindo receita a entidade e o quanto basta à incidência da exação atacada.

5. A MP n. 1.991-12, art. 35, I (atualmente art. 93, I, da MP n. 2.158-35, de 24.08.2001), ao revogar o art. 2ª, II, da Lei n. 9.715, relativamente ao PIS, e a mesma MP n. 1.991-12, art. 35, II, **a** (atualmente art. 93, II, **a**, da MP n. 2.158-35, de 24.08.2001), ao revogar isenção da Cofins sobre ato cooperativo (LC n. 70/1991, art. 6ª, I), tão-só extraiu maior eficácia do princípio da solidariedade no financiamento da Seguridade Social (CF/1988, art. 195, **caput**), em nada vulnerando o art. 146, III, **c**, da CF/1988.

6. Constitucional o art. 15 da MP n. 1.991-12 que reduz base de cálculo.

7. O STF (ADIn n. 1.417) já assentou que o PIS, por ter matriz constitucional no art. 239 da CF pode ser alterado por lei ordinária sem o rito qualificado da lei complementar. A Cofins por ter matriz constitucional no art. 195, I, redação original, da CF segue mesma regra.

8. A Lei n. 9.718/1998 não padece de eiva de inconstitucionalidade seja no alargamento da base de cálculo seja na majoração da alíquota. Entendimento afeiçoado ao do Pleno desta egrégia Corte apurado em sede de Arguição de Inconstitucionalidade n. 1999.04.01.080274-1.

9. Apelação e remessa oficial providas.º

Opostos embargos de declaração pela cooperativa, restaram os mesmos parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento.

Noticiam os autos que a Coopercorol impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra ato de Delegada da Receita Federal em Londrina-PR, pleiteando que a autoridade apontada como coatora abstenha-se de exigir-lhe o recolhimento do PIS e da Cofins, nos moldes previstos na Medida Provisória n. 1.858/1999, e reedições posteriores, devendo-lhe ser reconhecidas as isenções concedidas pela Lei Complementar n. 70/1991 (Cofins) e pela Lei n. 9.715/1998 (PIS). Na inicial, sustentou a ora recorrente que seus objetivos sociais são ‘a defesa da economia de seus associados, através da ajuda mútua, assim como a educação e doutrinação em prol do movimento cooperativista brasileiro’ (art. 3º do Estatuto Social). Alegou que suas operações são efetuadas sem qualquer finalidade lucrativa própria, nos termos da Lei n. 5.764/1971.

Sobreveio sentença que concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que se abstivesse de ‘exigir o recolhimento da Cofins e do PIS incidente sobre valores decorrentes da prática de atos cooperativos próprios da finalidade da impetrante, nos moldes da Medida Provisória n. 2.037-23/2000, atualmente sob o n. 2.113-27/2001, inclusive suas reedições, permanecendo sujeita à disciplina legal anterior’.

Sobre os atos cooperativos isentos, assim discorreu o Juízo Monocrático:

‘Como se observa, em consonância com as regras específicas aplicáveis às sociedades cooperativas, as operações realizadas por estas com seus cooperados caracterizam-se como *atos cooperativos* e *não como compra e venda*.

O mesmo raciocínio é válido para as cooperativas de crédito, como a impetrante. Da mesma forma que o negócio jurídico entre a cooperativa de produção e seu cooperado não consiste numa compra e venda de mercadoria, aqueles realizados entre a cooperativa de crédito e seu associado igualmente não configuram uma compra e venda de mercadorias ou serviços, mas, sim, um ato cooperativo.’

Irresignada, a Fazenda interpôs apelação, provida pelo Tribunal de origem, nos termos da ementa supratranscrita.

Na presente irrisignação especial, alega a cooperativa que o acórdão hostilizado negou vigência ao disposto nos arts. 79, parágrafo único; 87, e 111 da Lei n. 5.764/1971, uma vez que ‘não implicando operação de mercado, nem tampouco contrato de compra e venda, o ato cooperativo se mostra destituído de conteúdo econômico, não representando receita para

fins de incidência de PIS e Cofins'. Sustenta que a 'cooperativa de crédito somente pode praticar atos com cooperados, atos cooperativos, portanto, segundo expressa determinação do Bacen, como se afere da Resolução n. 2.771/2000'. Aponta ainda como violados os arts. 3º e 4º da Lei Complementar n. 7/1970, e 6º, I, da Lei Complementar n. 70/1991, porquanto estabelecida a isenção de Cofins e de PIS em lei complementar, ilícita a supressão do favor fiscal por lei ordinária. Caso não sejam considerados prequestionados os dispositivos legais apontados, invoca violação ao art. 535 do CPC. Por fim, traz arestos de outros tribunais, inclusive do STJ, para confronto.

Oferecidas contra-razões às fls. 443/444, pugnando, de forma genérica, pela manutenção do acórdão recorrido.

O recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na instância de origem, tendo sido interposto agravo de instrumento, o qual foi provido por esta relatoria.

Relatados, decido.

Preliminarmente, conheço do recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada, bem como demonstrada a divergência jurisprudencial, nos moldes exigidos pelo RISTJ.

O art. 6º, I, da Lei Complementar n. 70/1991, que instituiu a Cofins, preceitua:

'art. 6º São isentas da contribuição:

I - as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades; (...)'

Entretanto, o benefício da isenção concedido pela Lei Complementar n. 70/1991 restou revogado pelo art. 23, inciso II, alínea **a**, da Medida Provisória n. 1.858-6/1999 (atualmente, art. 93, inciso II, **a**, da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.08.2001), que assim prescreve, **verbis**:

'Art. 23. Ficam revogados:

II - a partir de 30 de junho de 1999:

a) os incisos I e III do art. 6º da Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991;'

Questão relevante reside em saber se os atos cooperativos próprios foram abrangidos pela Medida Provisória n. 2.158-35.

Sabe-se que atos cooperativos, à luz da definição trazida pelo regime jurídico das entidades cooperativas (art. 79 da Lei n. 5.764/1971), são *‘os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais’*. E continua no parágrafo único: *‘O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria’*.

Deveras, o art. 15 da MP n. 2.158-35, ao determinar o recolhimento para a Cofins e PIS em relação às cooperativas, excluiu da incidência os atos cooperativos próprios, assim considerados: I - os valores repassados aos associados, decorrentes da comercialização de produto por ele entregues à cooperativa; II - as receitas de venda de bens e mercadorias a associados; III - as receitas decorrentes da prestação, aos associados, de serviços especializados aplicáveis na atividade rural, relativos à assistência técnica, extensão rural, formação profissional e assemelhadas; IV - as receitas decorrentes do beneficiamento, armazenamento e industrialização de produção do associado; V - as receitas financeiras decorrentes de repasse de empréstimos rurais contraídos junto a instituições financeiras, até o limite dos encargos a estas devidos.

Nesse segmento, não há falar em tributação de atos cooperativos propriamente ditos. Aliás, esse é o entendimento sufragado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no trato das questões inerentes às cooperativas, notadamente quanto à incidência tributária sobre os atos — fim da entidade.

Em sede pátria, a doutrina especializada não discrepa da jurisprudência e é unânime ao afirmar a necessidade de um tratamento diferenciado às sociedades cooperativas. Neste sentido, destaca o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e ex-Procurador Geral da República, A. Gonçalves de Oliveira, no artigo intitulado “A Cobrança do ICM das Cooperativas de Consumo e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” in *Cadernos de Direito Tributário, Revista de Direito Público* n. 23, pp. 228/229:

‘A tributação aqui prevista, com efeito, não poderia atingir as cooperativas nos seus fornecimentos de bens e serviços aos próprios associados, pelo conceito mesmo de cooperativa, tal como definida na Lei Cooperativista. Assim é que se poderiam interpretar as normas do Código Tributário, Decreto-Lei n. 406, Ato Complementar n. 27, ao referir-se à tributação de cooperativas, na conjunção dessas normas

com a Lei Cooperativista e a natureza de suas operações com seus associados.’

Outro não é o entendimento do ilustre Professor **Carlos Ervino Gulyas**, ‘Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas e as Sociedades Cooperativas’, in Revista de Direito Tributário n. 17, p. 25:

‘A receita originada pela venda desses bens ou serviços de associados, por sua vez, não pode constituir receita da cooperativa porque esta nada adquiriu daqueles, a quem, aliás, devem ser transferidas as vantagens da venda, mesmo que com prévia dedução dos encargos correspondentes aos gastos da prestação do serviço.’

Adiante, e utilizando a doutrina de **Luciano Pereira**, citado por **Fábio Luz Filho**, o Professor **Carlos Ervino**, ob. cit., p. 26, assim assentou:

‘A operação é feita, na realidade, por estes, representados pela cooperativa, como simples mandatária. Assim, quando ela coloca, no mercado consumidor uma partilha de produtos, quem o faz é o próprio produtor e não ela cooperativa, que não age por conta própria, mas pelo do associado, mediante um pequeno desconto no preço da venda, que não pode ser considerado comissão mercantil porque não é lucro, pois que se destina ao custeio dos serviços da cooperativa, distribuindo-se os excessos pelos associados, na proporção das respectivas entregas de produtos.’

Finalizando sua intervenção, o Professor **Gulyas** conclui quanto à impossibilidade de se classificar as operações realizadas pelas cooperativas como produtoras de receitas (base de cálculo da Cofins e do PIS):

‘Pelas suas características peculiares, principalmente seu papel de representante dos associados, os valores que ingressam, como os decorrentes da conversão do produto (bens ou serviços) do associado em dinheiro ou crédito nas de alienação em comum, ou os recursos dos associados a serem convertidos em bens e serviços nas de consumo (ou, neste último caso, a reconversão em moeda após o fornecimento feito ao associado), não devem ser havidos como receitas da cooperativa.’ (**Gulyas, Carlos Ervino**, ob. cit. p., 30)

No mesmo sentido é a orientação do Professor **Waldirio Bulgarelli** que analisando os atos efetivados pelas sociedades cooperativas, não identifica os atos cooperativos como hipótese de incidência tributária descrita na legislação pátria:

‘Por suas características e objetivos definidos minuciosamente pelo Direito Privado, não se ajustam às hipóteses da legislação tributária, caracterizando-se a não-incidência sobre suas operações com seus associados.’ (“Regime Tributário das Cooperativas — À luz da nova Lei Cooperativista n. 5.764, 16 de dezembro de 1971” — São Paulo, Editora Saraiva, 1974, p. 40)

Forçoso, ainda, destacar a doutrina de **Flávio Augusto Dumont Prado**, “Da Inconstitucional Exigência do PIS e da Cofins das Cooperativas de Crédito”, Revista Dialética de Direito Tributário n. 58, p. 39:

‘Todavia, independentemente de se considerar como faturamento ou receita bruta a base de cálculo dessas contribuições, há que se destacar que as cooperativas, em virtude das características que lhe são peculiares, não possuem receita bruta, e tampouco faturamento, no sentido técnico que a palavra apresenta e no sentido técnico utilizado pelo constituinte para permitir a incidência de tributos, tais como os ora analisados.

Sabe-se, e quanto a isto não se tem dúvidas, que as sociedades cooperativas não têm objetivo de lucro, uma vez que são criadas única e exclusivamente para prestarem serviços aos seus associados.

Considerando que as cooperativas não visam a lucro, e partindo-se do pressuposto de que praticam exclusivamente atos cooperados, há que se reconhecer que o objetivo delas não é mercantil, mas sim, social, pois visam, tão-somente, no caso das cooperativas de crédito, ajudar seus associados a investir e a captar recursos com uma taxa mais vantajosa. (.) Esta conclusão resta ainda mais evidente quando se analisa o art. 79 da Lei n. 5. 764/1971, que define atos cooperados, haja vista que reconhece, expressamente, que ato cooperativo não implica operação de mercado, **in verbis**: (..)

‘Ora, considerando que não há negócio mercantil, como podem os resultados auferidos com a prática de atos cooperados serem considerados com base de cálculo do PIS e da Cofins, sendo que, para o Direito Tributário e para o Direito Comercial Privado, para que se tenha receita bruta, é mister a existência de atos de comércio?’

De extrema felicidade o raciocínio jurídico do ilustre Professor **Renato Lopes Becho**, in “Tributação das Cooperativas”, Ed. Dialética, 1999, **verbis**:

“Essa base de cálculo é o ponto central para nosso estudo, como afirmado. Vale repetir que a Cofins incidirá sobre a receita bruta das vendas, de mercadorias e serviços e de serviço.

Diante desse dado, o técnico precisará, antes de qualquer providência a respeito desse tributo, averiguar se os tipos de atos cooperativos e atos não-cooperativos praticados por sua cooperativa estão sujeitos à hipótese de incidência da Cofins. Essa análise provavelmente variará de acordo com o tipo de cooperativa (de consumo, de produção, de crédito, de trabalho, habitacional, etc.)

Por exemplo: tendo a Cofins por hipótese de incidência tributária o faturamento/receita bruta, temos que buscar a definição do que isso seja (lembramos que o art. 110 do CTN proíbe a manipulação de conceitos do Direito Privado). Bem, faturamento é o conjunto de faturas emitidas em um dado período, ou sob, outro giro verbal, é a soma dos contratos de venda realizados no período. Acertadamente, o art. 2º citado, confirma, como não poderia ser diferente, essa afirmativa. Se a cooperativa não realiza contratos de venda, não haverá incidência da Cofins’.

No que se refere ao adequado tratamento tributário, importantes são as palavras do Professor **Celso Ribeiro Bastos**, em “Comentários à Constituição do Brasil”, p. 122:

‘Por adequado tratamento deve-se entender a outorga de isenções tributárias para os casos em que a cooperativa atua dentro de seus objetivos, levando-se em conta que é propósito constitucional o apoio ao cooperativismo. Tomando-se em consideração que na atividade especulativa (**sic**) não há o espírito de lucratividade, conjugado com o mandamento que ordena conferir um tratamento adequado, tributariamente falando, ao ato cooperativo, tudo isso parece conduzir à inevitável conclusão de que a outorga de isenções em benefício destas entidades é a forma que melhor preenche o desiderato constitucional.’

Voltando à análise da natureza do ato desenvolvido pelas sociedades cooperativas, no sentido de se demonstrar a inexistência do caráter mercantil nos mencionados atos, assim leciona o Professor **Roque Carrazza** (“Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 388):

‘No ato cooperativo inexistem negócio mercantil e mutação de titularidade da coisa. É que a cooperativa atua em nome, por conta e em benefício do cooperado. (.)

Finalmente, com lei complementar ou sem ela, parece-nos evidente que as pessoas políticas devem dispensar ‘adequado tratamento

tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas'. Entretanto, é a própria Constituição, sistematicamente interpretada e aplicada, que determina em que consiste tal tratamento tributário adequado. Esta Lei Complementar não poderá, *v.g.*, considerar o 'ato cooperativo praticado pelas cooperativas', como sendo uma operação mercantil, de modo a permitir que sobre ela incida o ICMS. O legislador complementar não está mais autorizado do que o legislador ordinário das várias pessoas políticas tributantes a captar, também neste passo, o desígnio constitucional.'

Neste sentido também é o entendimento do Professor **Renato Lopes Becho**, in "O Lucro em Aplicações Financeiras das Cooperativas e a Recente Jurisprudência do STJ", Revista Dialética de Direito Tributário n. 41, p. 85:

'Como vimos pelo parágrafo único do artigo citado, o legislador reconheceu e exteriorizou que os atos cooperativos não são operações mercantis, não estando, portanto, sujeitos ao ICMS. A norma do art. 79 e seu parágrafo único não é isentiva, mas declaratória da não-incidência, não fazendo diferença nenhuma, em interpretação sistemática, que ela exista ou não.

Pois bem. Ser ou não operação de mercado é relevante para fins de ICMS, que tributa as operações mercantis. Essas operações não compõem, por si, a hipótese de incidência do IR. Por isso, dissemos que a norma do art. 79 e seu parágrafo único direcionam-se ao ICMS. Tanto ela é aplicável ao IR, que o Regulamento do Imposto sobre a Renda não a reproduziu. Para configuração da renda das cooperativas, importante e aplicáveis são os arts. 85, 86, 88 e 111 da Lei n. 5.764/1971.

(...)

As aplicações financeiras das cooperativas visam à proteção do patrimônio líquido dos cooperados, não visando a lucro e não estando sujeitas ao Imposto sobre a Renda, quer pelo princípio da estrita legalidade, quer pelo princípio da capacidade contributiva."

Mais especificamente, em relação à natureza do ato cooperativo, cabe transcrever a doutrina de **Reginaldo Ferreira Lima**, in "Direito Cooperativo Tributário", Ed. Max Limonad, p. 56:

'O conceito de ato não-cooperativo é de definição restrita, atingindo apenas a eventual atuação da sociedade junto a pessoas que

tenham condições virtuais de integrar o rol de sócios, mas que não são sócios, por razão de interesse particular.

Pois bem, desde que orientada pelo interesse global dos sócios, venha a sociedade prestar serviços às pessoas que se enquadram no figurino acima, reafirmando que estes serviços constarão da agregação da atividade do não-cooperado nos mesmos moldes dos associados, estará, então — e só nos fatos que se comportem nessa hipótese — praticando o ato não-cooperativo, cujos resultados econômicos poderão gerar tributos desde que positivos.’

Este também o entendimento do ilustre Professor **Kyoishi Harada**:

‘Dentro da pureza do sistema cooperativista, a cooperativa de médicos não está sujeita ao art. 188, quer porque suas atividades não constituem serviços tributáveis, quer porque o seu estabelecimento não configura empresa a que alude o art. 8º do Decreto-Lei n. 406/1968, ao menos enquanto a Lei Complementar referida no art. 146, III, c, da CF não modificar a situação jurídica vigente.’ (‘ISS e as Cooperativas de Serviços Médicos’, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. n. 4. pp. 59/60)

Mais uma vez, importante é a transcrição dos ensinamentos do Professor **Carlos Ervino Gulyas**:

‘A ausência de lucro, no caso, implica insuficiência do suporte fático e, portanto, acarreta a não-incidência da regra tributária, o que, aliás, ocorre sempre que qualquer pessoa jurídica não tenha apurado lucro fiscal. Resta concluir, assim, que o regime tributário das cooperativas decorre naturalmente do próprio reconhecimento desse tipo societário pela ordem jurídica, o que importa dizer: não se sujeita ao tributo o resultado que provier de atos típicos, pois estes não geram lucros; ao contrário, sujeitam-se ao imposto os resultados que decorram de atividade não ligada ao objetivo principal, como as descritas nos arts. 85, 86 e 88 da Lei n. 5.764/1971, bem como outros que contenham o elemento lucro. Os resultados tributáveis deverão ser apurados com apoio em escrituração contábil que apresente destaque das receitas e correspondentes custos, despesas e encargos. Desta forma, consegue-se obedecer ao princípio constitucional da isonomia no tratamento fiscal, das pessoas jurídicas, mediante imposição, a cada uma, de ônus na exata medida em que revelam sua capacidade de contribuir.’ (‘Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas e as Sociedades

Cooperativas”. Revista de Direito Tributário. Ano VII, julho/dezembro de 1983, RT, p. 263)

Ricardo Mariz de Oliveira, ilustre tributarista, sob essa ótica expõe:

‘A cooperativa, que apenas presta serviços aos cooperados sem intuito de lucro para si e, portanto, não ficando com lucro gerado pelos cooperados por seu intermédio, não está no campo de incidência do imposto de renda, cujo substrato fático é a existência de acréscimo patrimonial — aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou provento, segundo o art. 43 do CTN — sendo o contribuinte aquele que for titular dessa disponibilidade, segundo o art. 44; a cooperativa não tem acréscimo patrimonial e não tem a titularidade da disponibilidade de renda ou proventos.

O contribuinte é o cooperado, quando as sobras lhe são distribuídas, porque é ele que tem o acréscimo patrimonial, sendo ele titular da disponibilidade de renda ou provento gerada através da cooperativa: por isso a Lei n. 5.764/1971 alude a ‘retorno de sobras líquidas’ na proporção da contribuição do cooperado para o resultado produzido em proveito comum da cooperativa.’ (“O Certo e o Errado a Respeito da Tributação de suas Aplicações Financeiras”. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 12, p. 65, 1998.)

Vale lembrar doutrina de **Reginaldo Pereira Lima**, in “Manual do Imposto sobre Serviços”, Ed. Atlas, 2000:

‘Como o fim da cooperativa é prestar serviços aos sócios, a disposição em questão mostra que a sociedade, como pessoa jurídica autônoma, não tem despesas e, por conseguinte, não dispõe de receita, visto que mesmo efetuando o pagamento do custo de sua estrutura administrativa, paga em nome dos cooperativados, portanto, com os recursos destes, e não a pessoa jurídica.’

Analisando situação semelhante à dos presentes autos, não-incidência da Cofins sobre atos cooperativos, assim se manifestou o Professor **José Antônio Minatel**:

‘É possível colocar as sociedades cooperativas como contribuintes da Cofins, tendo como parâmetro, para a apuração da base de cálculo, os gastos realizados pela cooperativa com os chamados atos auxiliares?’

Resposta: Não, uma vez que as sociedades cooperativas não auferem receitas quando praticam o verdadeiro ato cooperativo.’ (“Não-Incidência da Cofins na Prática do Ato Cooperativo”. Revista Dialética de Direito Tributário n. 64, p. 144)

Firmados ainda na doutrina do ilustre Professor, cumpre transcrever:

‘Assim, no tocante às demais cooperativas (excluídas as de consumo), permanecem em vigor:

a) a regra do art. 111 da Lei n. 5.764/1971, que considera tributável pelo imposto de renda só os resultados obtidos na operações que refogem ao objeto principal do cooperativismo, porque só nessas haveria de se admitir a intenção lucrativa;

b) a regra do art. 6^a da LC n. 70/1991, que concede isenção da Cofins ‘às sociedades cooperativas que observarem o disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades;

c) a regra prevista no § 1^o do art. 2^o da Medida Provisória n. 1.623-31, publicada no DOU de 13.04.1998, que continua exigindo a contribuição relativa ao PIS incidente sobre o faturamento, unicamente sobre ‘as receitas decorrentes de operações praticadas com não associados’. (“Tributação das Sociedades Cooperativas a partir de 1^o.01.1998”. Revista Dialética de Direito Tributário n. 36, p. 67)

Outro também não é o entendimento mantido pelo Professor **Paulo César Andrade Siqueira, litteris:**

‘Visto o ato cooperativo adequadamente, é impossível, com as limitações constitucionais ao poder de tributar atualmente existentes, que se consigne, ao menos validam ente, tributá-lo. (...) Dessa forma, a Cofins e o PIS não poderão ser exigidos. (...) O faturamento ou a receita bruta da cooperativa, na verdade, não existem.’ (“Adequação Tributária dos Atos Cooperativos de Cooperativas de Trabalho”. Revista Dialética de Direito Tributário n. 60, p. 97)

Outrossim, atos normativos e exegese jurisprudencial descaracterizam as cooperativas de crédito como entidades bancárias assemelhadas, a saber: (Resolução n. 3.106/2003 Bacen, restringiu as atividades das cooperativas de crédito somente com cooperados, limitando-as à prática de atos cooperados; Circular Bacen n. 3.238/2004, que, ao estabelecer o Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional — Cosif, e aduzir à centralização financeira como sendo autêntico ato cooperativo, atesta, jurídico-contabilmente a efetiva

prática destes atos pelas cooperativas de crédito; Resolução n. 2.788/2000, que, ao permitir que somente as cooperativas centrais de crédito participem acionariamente de bancos, e como forma de viabilizar sua atividade, o que por si os diferencia; Parecer PGFN/CPA n. 1.088/1999, que concluiu pelas diferenças estruturais e funcionais existentes entre as sociedades cooperativas de crédito e os bancos, obstando, assim, que aquelas atuassem como órgãos arrecadadores federais, posto não ostentarem natureza de agência ou posto bancário).

No mesmo sentido firmou-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consoante os seguintes julgados, **verbis**:

‘Cooperativa de crédito rural. Enquadramento como instituição financeira. Enunciado n. 55 do TST, e subordinação da eficácia da relação de emprego à regulamentação legal especial do trabalho bancário. Revista conhecida por divergência jurisprudencial e a que se dá provimento de vez que tais instituições, regidas pela Lei n. 5.764, de 1971, não podem ser equiparadas aos estabelecimentos bancários comerciais, que atuam nas atividades financeiras, porque dirigidas aos interesses comuns dos cooperativados e não visam a lucro.’ (RR n. 5.919/1988.2-SP, Relator Ministro Ermes Pedro Pedrassani, DJ 25.08.1989)

‘Bancário. Trabalhador em cooperativa de crédito rural. A cooperativa de crédito rural é distinta das instituições bancárias, não se aplicando a seus empregados as disposições próprias dos bancários. A definição da atividade econômica, exercida pelo empregador e sua finalidade são fundamentais, no exame da controvérsia, para a verificação das normas aplicáveis aos respectivos trabalhadores. Ainda que haja semelhanças no funcionamento das entidades, existem diferenças essenciais, que as distinguem por completo. Não está o trabalho em cooperativas de crédito rural incluído entre as atividades descritas no Enunciado n. 55 do TST” (RR n. 214.732/1995.3-MG, Relator Ministro Armando de Brito, DJ 16.05.1997)

Impende ainda assinalar que, recentemente, a Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 591.298-MG, Relator para o acórdão o Ministro Castro Meira, sessão de 27 de outubro de 2004, firmou o entendimento de que os atos praticados pelas cooperativas de crédito não são passíveis de incidência tributária, uma vez que a captação de recursos e a realização de aplicações no mercado financeiro, com o intuito de oferecer assistência de crédito aos associados, constituem atos cooperativos.

Por seu turno, ressalte-se ainda que matéria semelhante à dos autos (relacionada às sociedades civis), vem sendo discutida pelas Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior, que, com fulcro no princípio da hierarquia das leis, têm-se posicionado no sentido de que lei ordinária não pode revogar determinação de lei complementar, pelo que ilegítima seria a revogação instituída pela Lei n. 9.430/1996 da isenção conferida pela LC n. 70/1991 às sociedades civis prestadoras de serviços, entendimento, hodiernamente, sufragado pela Seção de Direito Público.

Axiologicamente, forçoso concluir que a presente matéria relativa à isenção tributária de sociedades cooperativas deve ser dirimida da mesma forma.

Não obstante, ressalvei o meu ponto de vista em observância ao novel posicionamento do STF, intérprete maior do texto constitucional, que no julgamento da ADC n. 1-DF, assentou que a LC n. 70/1991 possui **status** de lei ordinária, posto não se enquadrar na previsão do art. 154, I, da Constituição Federal.

Destaque-se trecho do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, Relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-DF, **in verbis**:

‘(...)Em síntese, como salientou o Ministro Carlos Velloso, na qualidade de Relator do RE n. 138.284, quando esta Corte reiterou o entendimento já expedido por ocasião do julgamento do RE n. 146.733,

‘O que importa perquirir não é o fato de a União arrecadar a contribuição, mas se o produto da arrecadação é destinado ao financiamento da Seguridade Social (CF, art. 195, I).’

E, em se tratando da contribuição social instituída pela Lei Complementar n. 70/1991, ele o é, como dispõe seu art. 1º.

De outra parte, sendo a Cofins contribuição social instituída com base no inciso I do art. 195 da Constituição Federal, e tendo ela natureza tributária diversa da do imposto, as alegações de que ela fere o princípio constitucional da não-cumulatividade dos impostos da União e resulta em bitributação por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS/Pasep só teriam sentido se se tratasse de contribuição social nova, não enquadrável no inciso I do art. 195, hipótese em que se aplicaria o disposto no § 4º desse mesmo art. 195 (‘A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da Seguridade Social, obedecido o disposto no art. 154, I’), que determina a observância do inciso I do art. 154 que estabelece que a União poderá instituir ‘I —

mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição’.

Sucedee, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do art. 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar n. 70/1991 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da Seguridade Social.

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar — a Lei Complementar n. 70/1991 — não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do art. 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída — que são o objeto desta ação —, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n. 1/1969 — e a Constituição atual não alterou esse sistema —, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária. (...)

Como de sabeiça, as contribuições sociais elencadas no art. 195, incisos I e II, da CF, de acordo com o **caput**, do mesmo dispositivo, podem ser criadas por meio de lei ordinária enquanto que, consoante o § 4º do mesmo comando normativo, a lei que institua outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da Seguridade Social deve ostentar caráter complementar, observada a competência residual da União, prevista no art. 154, I, da CF.

Roque Antônio Carrazza, in “Curso de Direito Constitucional Tributário”, Malheiros, 17ª ed., pp. 214/215, leciona sobre o tema:

‘(...) Por outro lado, é da essência de nosso regime republicano que as pessoas só devem pagar os tributos em cuja cobrança consentirem.

Tal consentimento há que ser dado, por meio de Lei Ordinária, pelo Poder Legislativo, com este fito reunido, conforme a Constituição.

Inexiste o dever de pagar tributo que não tenha brotado de lei ordinária, já que somente por causa dela é que ele nasce e é exigível.

Não é por outro motivo que se tem sustentado que em nosso ordenamento jurídico vige, mais do que o princípio da legalidade tributária, o princípio da estrita legalidade. Aliás, hoje mais do que nunca, como logo veremos, juristas de tomo têm feito empenho no sentido de que os tributos só podem ser criados ou aumentados por meio de lei ordinária, exceção feita aos empréstimos compulsórios, aos impostos residuais da União e às contribuições sociais previstas no § 4º do art. 195 da CF, que demandam lei complementar para serem validamente instituídos.

Para afugentarmos, desde já, possíveis dúvidas, é bom dizermos que criar um tributo é descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a norma jurídica tributária. Esta norma, por injunção do princípio da legalidade, repitamos, deve ser, no mais das vezes, veiculada por meio de lei ordinária (só as normas jurídicas dos empréstimos compulsórios, dos impostos da competência residual da União e das novas contribuições sociais, a que alude o art. 195, § 4º, da CF, devem ser veiculadas por intermédio de lei complementar) (...)"

Em conseqüência, se a lei complementar foi recepcionada com **status** materialmente ordinário, segundo o princípio da **lex posterior derogat priori**, consagrado no art. 2º, § 1º, da LICC, não foram violados os dispositivos legais mencionados pelo recorrente, sendo legítima a revogação da isenção anteriormente concedida, porquanto a alteração legal se deu por instrumento de mesmo grau, restando as cooperativas obrigadas ao pagamento do PIS e Cofins.

Ressalte-se, por oportuno, que referida conclusão não se deve à interpretação de matéria de índole constitucional. Ao revés, tem por base a decisão do Supremo Tribunal Federal, da qual dessume-se a necessária aplicação de norma supralegal, da Lei de Introdução ao Código Civil, que regula a eficácia da lei no tempo, superada a prejudicial quanto ao tema da hierarquia legal.

Todavia, em respeito à função uniformizadora desta egrégia Corte, mister acompanhar o entendimento das Turmas de Direito Público, consoante os seguintes arestos: (AgRg no REsp n. 385.416, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 04.11.2002; AgRg no REsp n. 433.341, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 02.23.2002; AgRg no REsp n. 422.741, Relator Ministro José Delgado, DJ 09.09.2002) e AgRg no REsp n. 429.610-MG, Relator Ministro Castro Meira, DJ 29.09.2003. Em consequência, ressalvado o meu entendimento no sentido de que os Tribunais infraconstitucionais devem curvar-se ao colendo STE, por força do art. 102, § 2º, da Carta Magna, o qual impõe efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade.

Ex positis, cumprindo a função uniformizadora do STJ, *dou provimento ao recurso especial com as ressalvas lançadas.*”

Tendo em vista que a agravante não trouxe nenhum argumento novo capaz de infirmar a decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 719.893-RS (2005/0013023-6)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcelo Coletto Pohlmann e outros

Agravada: Johannes Indústria Comércio e Exportação de Produtos Metalúrgicos Ltda

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Intimação pessoal. Inércia. Abandono da causa. Art. 267, III e § 1º, do CPC. Extinção sem julgamento de mérito. Possibilidade.

I - A sanção processual do art. 267, III e § 1º, do Código de Processo Civil aplica-se à Fazenda Pública, quando esta deixa de realizar diligência de sua alçada.

II - A inércia, frente à intimação pessoal do autor, configura abandono de causa, cabendo ao juiz determinar a extinção do processo, sem julgamento de mérito. Precedentes: AgRg no Ag n. 524.148-SP

Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 16.11.2004; AgRg no REsp n. 449.178-RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03.02.2003; REsp n. 250.945-RJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 29.10.2001 e REsp n. 56.800-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 27.11.2000.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, seguindo o entendimento desta Corte, segundo o qual, a sanção processual do art. 267, III e § 1º, do Código de Processo Civil aplica-se à Fazenda Pública, quando esta deixa de realizar diligência de sua alçada, pelo que, uma vez intimado pessoalmente o representante da Fazenda para dar prosseguimento ao feito e permanecendo este inerte, cabe ao juiz determinar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por abandono de causa.

Alega a agravante que é incabível a extinção do feito, tendo em vista que não houve abandono da causa por parte da autoridade fazendária, ressaltando, ainda, que a execução fiscal é regida por normas próprias, tendo em vista o tratamento peculiar que devem receber os interesses da Fazenda Pública.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

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

Conforme explicitarei na decisão ora objurgada, o entendimento da jurisprudência dominante no âmbito desta Corte é o de que a sanção processual do art. 267, III e § 1º, do Código de Processo Civil aplica-se à Fazenda Pública, quando esta deixa de realizar diligência de sua alçada. Sendo assim, uma vez intimado pessoalmente o representante da Fazenda para dar prosseguimento ao feito e permanecendo este inerte, cabe ao juiz determinar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por abandono de causa.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, **verbis**:

“Processo Civil. Agravo de instrumento. Negativa de provimento. Agravo regimental. Execução. Suspensão deferida por 90 dias. Intimação pessoal do credor. Ausência de manifestação. Extinção por abandono (art. 267, III, do Código de Processo Civil). Desprovimento.

1. Irretocável a r. decisão no sentido da extinção do feito por abandono (art. 267, III, do Código de Processo Civil), tendo em vista a falta de manifestação do exequente, após devidamente intimado a fazê-lo.

2. Precedentes (REsps ns. 440.813-ES e 205.177-SP).

3. Agravo regimental conhecido, porém, desprovido” (AgRg no Ag n. 524.148-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 16.11.2004, p. 286).

“Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Manifestação intempestiva. Extinção sem julgamento do mérito. Possibilidade. Precedentes jurisprudenciais.

1. Intimado pessoalmente o representante judicial da autarquia ou da Fazenda para dar prosseguimento ao feito, deixando este de se manifestar dentro do prazo estipulado, cabe ao juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, § 1º, do CPC e do art. 25 da Lei n. 6.830/1980. Precedentes jurisprudenciais do STJ.

2. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

3. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp n. 449.178-RJ, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03.02.2003, p. 287).

“Processo Civil. Execução fiscal. Abandono do processo. Art. 267, inciso III, § 1º, do Código de Processo Civil. Extinção sem julgamento do mérito. Intimação pessoal. Art. 25 da Lei n. 6.830/1980. Ausência de questionamento.

Determinada a manifestação do recorrente, em 30.10.1990, esta não ocorreu, efetivando-se, então, sua intimação pessoal em 1º de outubro de

1992, para que desse andamento ao feito, sob a conseqüência da extinção, caso não o fizesse, o que também não se consumou.

O Juízo de 1ª grau cumpriu o preceito legal, qual seja, o art. 25 da Lei de Execuções Fiscais, em consonância com o art. 267, § 1ª, do Código de Processo Civil, intimando pessoalmente, por mandado, o credor público para dar andamento ao processo.

A situação descrita no art. 40 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) — que determina a suspensão da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora —, tem um comando ao juiz do feito completamente diferente daquela apresentada na questão **sub judice**, uma vez que, nesta, o devedor foi localizado e ofertou bem à penhora; nesse caminhar, o prosseguimento da execução cabia à autarquia exequente, providenciando a redução a termo dessa nomeação à penhora, determinada pelo Juízo de 1ª grau.

A pretensão recursal do instituto autárquico também não prospera, porquanto ausente o requisito do prequestionamento, uma vez que o art. 40 da Lei n. 6.830/1980, indicado no recurso especial, tido por violado, não foi enfrentado pelo v. acórdão guerreado.

No tocante ao dissídio pretoriano, convém registrar que a divergência não restou demonstrada, uma vez que o recorrente se limita a citar trechos de ementa e voto de acórdão em que se discute o tema tratado nos autos, mas em hipótese diversa, sem, tampouco, realizar o necessário cotejo analítico entre os acórdãos confrontados.

Recurso especial não conhecido. Decisão unânime” (REsp n. 250.945-RJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 29.10.2001, p. 193).

“Processo Civil. Execução fiscal. Aplicação do art. 267, III e § 1ª, do CPC.

1. A sanção processual do art. 267, III e § 1ª, aplica-se subsidiariamente à Fazenda quando deixa de cumprir os atos de sua alçada.

2. Recurso improvido” (REsp n. 56.800-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 27.11.2000, p. 150).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 727.983-RS (2005/0031231-8)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Yassodara Camozzato e outros

Agravado: Fábio Chiamenti

Advogados: Vera Regina Alves Adegas — Defensora Pública e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Fornecimento de medicamentos. Obrigação de fazer. Descumprimento. Multa diária. Fixação contra a Fazenda Pública. Possibilidade.

I - É pacífico o entendimento nesta Corte de que é possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa diária cominatória contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Precedentes: REsp n. 735.834-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 13.05.2005; REsp n. 341.499-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 14.02.2003; REsp n. 427.854-SP, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 09.12.2002 e REsp n. 451.017-SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 04.11.2002.

II - O juízo de origem fixou a multa diária para o caso de descumprimento de decisão judicial que determinou o fornecimento mensal de medicamentos. Restou reconhecida a imperiosa necessidade da parte demandante no recebimento dos medicamentos, bem como a possível demora no fornecimento desses medicamentos por parte do Poder Público Estadual.

III - Torna-se impossível a discussão em torno do prazo fixado para o fornecimento dos medicamentos e do valor da multa, porquanto tais questões foram decididas com base no substrato fático contido nos autos, cujo reexame é vedado em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

IV - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 07 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 05.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão que proferi, negando seguimento ao recurso especial em epígrafe, por entender que, nas obrigações de fazer, é permitido ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

O agravante sustenta que os precedentes citados na decisão agravada não demonstram que o Superior Tribunal de Justiça tenha consolidado o entendimento de que é possível a fixação da multa contra a Fazenda Pública. Alega que esta Corte deve definir qual a razoabilidade do prazo e a proporcionalidade da multa aplicada. Assevera que, nas obrigações de fazer contra a Fazenda Pública, em se tratando de direitos fundamentais de prestação, não se pode presumir o seu descumprimento, nem deixar de considerar as especificidades do ente estatal, onerando indevidamente a sociedade.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo regimental não merece prosperar.

O Estado do Rio Grande do Sul insurge-se contra decisão que impôs multa diária fixada no valor de um salário mínimo, no caso de descumprimento da decisão judicial que determinou o fornecimento mensal de medicamentos necessários à saúde.

É pacífico o entendimento nesta Corte de que é possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa diária cominatória contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer.

Nesse sentido, colaciono as ementas dos seguintes julgados, **verbis**:

“Processual Civil. Fornecimento de medicamentos. Obrigação de fazer. Descumprimento. Multa. Possibilidade. Precedentes.

1. Recurso especial oposto contra acórdão que concluiu pela impossibilidade de fixação de multa diária para o caso de desobediência de determinação judicial de fornecimento de medicamento necessário à saúde.

2. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que é possível ao juiz, **ex officio** ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (*astreintes*) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Precedentes.

3. Recurso provido.” (REsp n. 735.834-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 13.05.2005).

“Processo Civil. Recurso especial. Fazenda Pública. Execução de sentença. Obrigação de fazer. Descumprimento. Cominação de multa diária. Possibilidade.

1. Segundo entendimento já consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, nas obrigações de fazer, é permitido ao Juízo da execução a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública.

2. Precedentes (REsps ns. 189.108-SP, 279.475-SP e 418.725-SP).

3. Recurso conhecido, porém, desprovido.” (REsp n. 341.499-SP, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 14.02.2003, p. 322).

“Processual Civil. Execução. Obrigação de fazer. Multa diária. Imposição de ofício. CPC, art. 644.

A multa pecuniária imposta como meio coercitivo indireto para que o devedor cumpra a obrigação de fazer ou não fazer no prazo assinalado pode ser fixada de ofício pelo Juízo da execução ou a requerimento da parte.

Inteligência do art. 644 do CPC.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 427.854-SP, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 09.12.2002, p. 404).

“Processual Civil. Execução. Fazenda Pública. Obrigação de fazer. Descumprimento. Imposição de multa. Possibilidade. Art. 644 do CPC. Acórdão. Fundamentação. Súmula n. 7-STJ.

I - Em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, impor multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Precedentes.

II - Não se pode acoimar de desfundamentado o v. acórdão quanto aos critérios para a fixação do valor da multa, tendo em vista que o mesmo asseverou que o valor fixado, além de não se afigurar desmedido na espécie, foi fixado segundo o critério da razoabilidade, fundado no senso comum e no prudente arbítrio do juiz.

III - Ademais, a discussão em torno do valor da multa diária fixada ensejaria o reexame do sítio fático-probatório constante dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

Recurso não conhecido.” (REsp n. 451.017-SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 04.11.2002, p. 260).

Tendo em vista as circunstâncias específicas de cada caso, ao julgador é permitido buscar o modo mais adequado para tornar a tutela jurisdicional efetiva.

Na hipótese em debate, o juízo de origem fixou a multa diária para o caso de descumprimento de decisão judicial que determinou o fornecimento mensal de medicamentos. Restou reconhecida a imperiosa necessidade da parte demandante no recebimento dos medicamentos, bem como a possível demora no fornecimento desses medicamentos por parte do Poder Público Estadual.

O acórdão recorrido manteve a decisão do juízo singular, reconhecendo a excepcionalidade do caso, bem como a razoabilidade do valor arbitrado, que mostrou-se suficiente para assegurar o cumprimento da medida.

Torna-se, assim, impossível a discussão em torno do prazo fixado para o fornecimento dos medicamentos e do valor da multa, porquanto tais questões foram decididas com base no substrato fático contido nos autos, cujo reexame é vedado em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula n. 7 desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 700.443-SP (2005/0134279-3)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Município de Santo André

Procuradores: Ricardo Menegaz de Almeida e outros

Embargado: Silvio dos Santos Fonte

Advogados: Adriana Macena Silva e outro

EMENTA

Processual Civil. Fungibilidade recursal. Embargos de declaração. Recebimento como regimental. Agravo regimental. Intempestividade. Interposição via fax. Prazo para apresentação dos originais. Inaplicabilidade do art. 188 do CPC.

1. Os embargos de declaração podem ser recebidos como agravo regimental tendo em vista os princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade do processo (EDcl no REsp n. 715.445-AL, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 13.06.2005; EDcl no REsp n. 724.154-CE, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 20.06.2005).

2. Interposto o recurso pela via do sistema fax, tem o recorrente o ônus de, em cinco dias, apresentar a correspondente via original (Lei n. 9.800/1999, art. 2º). Não se trata de prazo “para recorrer” e sim para apresentar o original do recurso já interposto, não sendo cabível, conseqüentemente, a sua contagem em dobro, prevista no art. 188 do CPC, cuja interpretação deve ser restritiva.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, receber os embargos de declaração como agravo regimental e, na seqüência, negar-lhe provimento, 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), 13 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de declaração (fls. 383/396) opostos em face de decisão monocrática cuja ementa é a seguinte:

“Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Interposição por fax. Art. 2º, **caput**, da Lei n. 9.800/1999. Intempestividade.

1. Quando a interposição do recurso ocorre mediante a utilização de fax, os originais devem ser juntados aos autos, necessariamente, até cinco dias após o término do prazo recursal, sob pena de intempestividade do recurso.

2. Agravo regimental não conhecido.” (Fl. 381)

O embargante alega, essencialmente, que a) se aplica, por analogia, o art. 188 do CPC ao art. 2º da Lei n. 9.800/1999 e b) se aplica “ao art. 2º da mesma lei, o art. 184 do CPC, **caput** e seu § 2º, do CPC, devendo o início do prazo iniciar-se a partir do primeiro dia útil, ou seja, dia 03.10.2005, segunda-feira” (fl. 395). Requer, ao final, o acolhimento dos embargos de declaração para declarar tempestivo o agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Está pacificada na jurisprudência desta Corte a possibilidade de ser sanado o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal se inócurre erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade. Neste sentido: EDcl no REsp n. 715.445-AL, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 13.06.2005; EDcl no REsp n. 724.154-CE, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 20.06.2005.

Assim, recebo os embargos de declaração como agravo regimental.

2. Quanto ao tema, proferi voto no AgRg no AgRg n. 608.698-MG, publicado no DJ 22.08.2005, nestes termos:

“Interposto o agravo regimental pela via do sistema fax, tem o recorrente o ônus de, em cinco dias, apresentar a correspondente via original (Lei n. 9.800/1999, art. 2º). Tal prazo não é autônomo, mas mera continuação (ou prorrogação) do prazo recursal (ou da parte dele) que foi utilizado e que, portanto, ficou esgotado por consumação. Ilustrativo, nesse sentido, o AgRg no Ag n. 456.945-AL, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 29.09.2003, com a seguinte ementa:

‘Processo Civil. Prazo. Fax. Lei n. 9.800/1999. Exegese. Entrega dos originais. Prazo contínuo. Feriados. Não-interrupção. Precedente da Turma. Doutrina. Agravo não conhecido.

Na linha da orientação desta Turma, o prazo de cinco dias, previsto na parte final do art. 2º da Lei n. 9.800/1999, para a apresentação da peça original, não constitui um prazo novo, mas mera prorrogação do primeiro, o qual é contínuo, não se interrompendo nos feriados.’

O Ministro Sálvio Figueiredo, em seu voto, observou:

‘2. A interpretação a ser dada à Lei n. 9.800/1999 tem gerado muitos debates. Um deles, por exemplo, envolveu discussão a respeito da expressão ‘término do prazo’, constante no art. 2º da referida lei. No tema, esta Turma sufragou entendimento no sentido da seguinte ementa:

‘Processual Civil. Agravo interno. Interposição via fax. Entrega da petição original. Contagem do prazo. Lei n. 9.800/1999, art. 2º. Precedente. Recurso não-conhecido.

I - Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.800/1999, os originais da petição devem ‘ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término’, assim entendido como o dia seguinte ao do recebimento via fax.

II - Em outras palavras, se a petição é remetida, via fax, antes do término do prazo recursal, é do dia seguinte ao do envio que tem início o prazo previsto no citado dispositivo legal, em observância o princípio da consumação.’ (AgRg no Ag n. 481.341-RS, DJ 05.05.2003, de minha relatoria).

No caso dos autos, no entanto, a controvérsia é outra, e diz respeito à contagem desse prazo de cinco dias para entrega do original. O tema é novo, tanto que esta Turma tem apenas um precedente, do qual inclusive não participei, oportunidade em que foi firmada orientação de que ‘o prazo de cinco dias, previsto na parte final do art. 2º da Lei n. 9.800, de 26.05.1999, para a apresentação da peça original, não constitui um prazo novo, mas mera prorrogação do primeiro, o qual é contínuo, não se interrompendo nos feriados’ (AgRg no Ag n. 309.633-SE, DJ 24.06.2002, Relator o Ministro Barros Monteiro). Do voto condutor do acórdão, colho:

‘Reza o art. 2º da Lei n. 9.800, de 26.05.1999: ‘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’.

Sustenta a ora agravante que se aplica à espécie a regra do art. 184, § 2º, do CPC, de conformidade com a qual ‘os prazos somente começam a correr do 1º (primeiro) dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo)’. Assim, para ela, exaurindo-se o

prazo recursal (cinco dias) em 13.10.2000, uma sexta-feira (data em que apresentado o agravo interno via *fac-simile*), o início da contagem do prazo para a exibição do original somente se daria na segunda-feira, 16.10.2000, fazendo com que a data-limite para este último fim se estendesse até 20.10.2000.

Penso que não lhe assiste razão.

Ao contrário do que dá a entender a agravante, a norma citada do art. 2º da Lei n. 9.800/1999, em sua parte final, não instituiu um prazo novo, autônomo. Trata-se sim de uma prorrogação do prazo de recurso, a fim de que a recorrente, que se utilizou do sistema de fax, venha a carrear aos autos o original da petição.

Tanto não se cuida de prazo novo que, ao término do quinquídio inicial, não se procede à nova intimação da parte. Daí porque, ao revés do que asseve a agravante, o prazo firmado em lei para juntar o original da petição oferecida via fax é mera continuação do primeiro. Incide no ponto a disposição constante do art. 178 do Código de Processo Civil: ‘o prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados’.

Não se justifica, pois, a solução de continuidade alvitrada pela agravante, mesmo porque a parte interessada sabe desde logo que o prazo recursal é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco para aquela finalidade, não se interrompendo nos feriados’.

3. É sempre preocupante a interpretação a ser dada a respeito dos prazos processuais. Sempre defendi, principalmente nesses casos, que a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.

No caso, no entanto, além dos argumentos acima expostos, que são consistentes e fundamentados, certo é que o prazo previsto na Lei n. 9.800/1999 tem como objetivo apenas oportunizar ao recorrente o envio da petição original. Ou seja, não se trata de um novo prazo, mas sim de lapso temporal suficiente para que o peticionante protocole o original na secretaria competente. Na doutrina, com a mesma orientação, **Cândido Dinamarco** assinala:

‘Segundo o disposto no art. 2º da lei especial, os originais devem ser entregues em cartório até cinco dias depois do vencimento dos

prazos, sob pena de o ato reputar-se não realizado. Não se trata de novo prazo, cujo termo inicial fosse o último dia do prazo ordinário, mas mero alongamento deste. Conseqüentemente, não se aplica a essa hipótese a regra do art. 184, § 2º, do Código de Processo Civil: ainda quando o prazo ordinário tenha vencimento na véspera de um feriado, a contagem prosseguirá sem quebra de continuidade, incluindo-se esse dia sem expediente forense. O vencimento da prorrogação é no entanto regido pelo disposto no § 1º do art. 184, não ocorrendo nas hipóteses ali consideradas' ("A Reforma da Reforma", Malheiros, 5ª ed., n. 44, p. 87).

4. Em conclusão, o prazo previsto na Lei n. 9.800/1999 é contínuo, mera prorrogação do anterior, não se interrompendo com a superveniência dos feriados'.

A circunstância de se tratar de continuação (= prorrogação) de prazo (e não prazo autônomo) importa uma consequência peculiar: a de formarem, ambos (o prazo recursal utilizado e o da prorrogação), um prazo único, sujeito às regras gerais de contagem dos prazos processuais: é contínuo, não se interrompendo nos feriados (CPC, art. 178), e seu termo final fica prorrogado até o primeiro dia útil seguinte, se cair em feriado ou em dia em que não há expediente forense normal (CPC, art. 184). Feriria o sistema processual e não seria razoável negar à parte interessada tal prorrogação, obrigando-a a apresentar os originais em dia em que não há expediente forense”.

No caso dos autos, a interposição do agravo regimental (fls. 361/379) ocorreu em 30.09.2005 (sexta-feira), iniciando-se a contagem do prazo previsto na Lei n. 9.800/1999 em 1º.10.2005 (sábado) e tendo como termo final para apresentação dos originais a data de 05.10.2005 (quarta-feira). Razão não assiste ao agravante, que pretendia considerar a data final do referido prazo no dia 06.10.2005, e, dessa forma, ter seu recurso, protocolado nessa data, aceito como tempestivo. Cumpre ressaltar que, pelo princípio da preclusão consumativa, houve a antecipação do termo final do prazo recursal previsto no art. 258 do RISTJ, e 557, § 1º, do CPC, devendo o prazo de cinco dias ser contado, ininterruptamente, a partir da data da interposição do fax. Nessa hipótese, restava ao recorrente, dentro do prazo inscrito no **caput** do art. 2º da Lei n. 9.800/1999, a interposição do arrazoadado na sua forma original, o que não aconteceu.

3. O prazo de em cinco dias a que se refere o art. 2º da Lei n. 9.800/1999, não é prazo “para recorrer” e sim para apresentar o original do recurso já interposto.

Sendo assim, a ele não se aplica a contagem em dobro, prevista no art. 188 do CPC, dispositivo que, por consagrar um privilégio a uma das partes, não pode ser interpretado ampliativamente e sim de forma restritiva.

4. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 466.500-RS (2002/0110388-8)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Cláudio Pedro Endres

Advogados: Ivo Gabriel Corrêa da Cunha e outros

Recorrentes: Mozart de Araújo Gutterres e outros

Advogado: Airton Carlos Fattori

Recorrentes: Norma Ângela Smidt e outros

Advogados: Luiz Carlos Kremer e outros

Recorrida: União

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recursos especiais. Terrenos de Marinha e acrescidos. Taxa de ocupação. Alegada violação dos arts. 458, III; 535, I e II; 82, III, e 246 do CPC. Não-ocorrência. Processo administrativo de demarcação. Fixação da linha preamar média de 1831. Convocação dos interessados. Citação pessoal e editalícia (Decreto-Lei n. 9.760/1946, art. 11). Distinção. Qualificação dos imóveis como terrenos de Marinha. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade (Súmula n. 7-STJ). Identificação de bens: demarcação e discriminação. Registro imobiliário: presunção relativa do direito de propriedade. Divergência jurisprudencial (Súmula n. 83-STJ). Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. Não viola os arts. 458, III, e 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelos vencidos, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

2. A lide versa sobre direitos individuais de cunho patrimonial (direito real de propriedade) e discute a legitimidade da cobrança

da taxa de ocupação (interesse da Fazenda Pública). Portanto, não se justifica a obrigatória intervenção ministerial, seja porque não se cuida de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF/1988, art. 127), seja porque não há interesse público evidenciado pela natureza da controvérsia ou qualidade da parte (CPC, art. 82, III).

3. O Tribunal **a quo**, com base nos fatos e provas, concluiu que os imóveis em discussão estão localizados na faixa dos terrenos de Marinha e acrescidos. Assim, o reexame da qualificação dos terrenos, para fins de enquadrá-los na categoria dos bens privados dos recorrentes — e, com isso, afastar a cobrança do preço público questionado —, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide, atividade cognitiva vedada nesta Corte Superior (Súmula n. 7-STJ). Precedentes do STJ.

4. A demarcação dos terrenos de Marinha não se confunde com a discriminação de terras da União, pois constituem processos diversos de identificação de bens, cada qual com disciplina normativa própria (Decreto-Lei n. 9.760/1946, Título I, Capítulo II, Seções II e IV).

5. A citação dos interessados no procedimento demarcatório de terrenos de Marinha e acrescidos, sempre que identificados e certo o domicílio, deverá realizar-se pessoalmente. Somente no caso de existirem interessados incertos poder-se-á realizar a convocação editalícia (Decreto-Lei n. 9.760/1946, art. 11).

6. As instâncias ordinárias reconheceram que os recorrentes adquiriram os imóveis depois de inaugurado o procedimento demarcatório. Por isso, a citação por edital foi legal e legítima.

7. O registro do título translativo no cartório de imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, mas relativa, vale dizer, admite prova em sentido contrário (CC/1916, art. 527; CC/2002, art. 1.231).

8. As alienações realizadas pelo Município de Osório - RS, sem observar os limites objetivos da sentença proferida na ação de usucapião — que ressaltou, expressamente, os terrenos de Marinha e acrescidos —, são nulas de pleno direito. Logo, os títulos de domínio privado são inoponíveis à União, cuja titularidade, conferida por lei, tem natureza originária.

9. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula n. 83-STJ).

10. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente dos recursos especiais e, nessa parte, negar-lhes provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 09 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 03.04.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recursos especiais interpostos com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, sintetizado na seguinte ementa (fl. 341):

“Administrativo. Constitucional. Terrenos de marinha. Decreto-Lei n. 9.760/1946. Influência das marés. Constitucionalidade.

1. A teor do art. 2^o do Decreto-Lei n. 9.760/1946, são terrenos de Marinha aqueles que, banhados pelas águas do mar ou de rios navegáveis, em sua foz, vão até a distância de 33 metros em direção ao continente, contados horizontalmente a partir da linha do preamar médio de 1831.

2. O Decreto-Lei n. 9.760/1946 é constitucional, pois, ao passo que define o domínio hídrico dos Estados, ressalva os bens que por, qualquer outro título, já estejam compreendidos entre aqueles de domínio da União.

3. A demarcação dos terrenos de Marinha tem natureza meramente declaratória, pois tal qualificação decorre de sua localização geográfica, sendo atribuída sua titularidade dominial, por força de lei ou norma constitucional, independentemente de registro imobiliário.”

Os embargos declaratórios opostos (fls. 343/355 e 357/366) foram rejeitados, assim se pronunciando o Tribunal **a quo** (fl. 381):

“Embargos de declaração. Julgamento conjunto das ações principal e cautelar não configura omissão de julgamento. Omissão e obscuridade. Inexistência dos defeitos e da obrigatoriedade da vinculação a entendimento esposado por Seção deste Tribunal. Prequestionamento. Necessidade de enquadramento no art. 535 do CPC.

Não se configura ‘omissão de julgamento’ quando apreciadas conjuntamente ações cautelares e a principal, especialmente quando a matéria a ser conhecida nas ações cautelares consiste em aspectos parciais e mais restritos da questão, dependentes da solução da principal e não passíveis de apreciação autônoma, quanto a mérito. A reprodução do voto nos autos das três ações, com identificação individualizada, evidencia a apreciação de cada uma.

A alegada necessidade de adequação do julgado aos termos do pronunciamento havido em sede de embargos infringentes, em outro feito, pela Segunda Seção desta Corte, além de não encontrar previsão no art. 535 do CPC, faz-se, logicamente, impossível, face à circunstância de que o julgamento dos referidos embargos infringentes ocorreu posteriormente ao das apelações dos ora embargantes.

A infringência, nos embargos declaratórios, é efeito que poderá decorrer da constatação e saneamento dos defeitos previstos no art. 535 do CPC, e logicamente só se verifica se o ponto questionado operar, como efeito regular de seu conhecimento, a alteração do julgado.

Mesmo o prequestionamento, como objeto dos embargos, deve decorrer de enquadramento numa das hipóteses do art. 535 do CPC, pois longe está de pressupor a menção expressa, a fundamentação numérica, prendendo-se muito mais à demonstração da inserção, no texto a ser objeto de recurso especial ou extraordinário, da questão jurídica, o que demanda, é certo, esforços interpretativo e argumentativo por parte do interessado.”

Cláudio Pedro Endres, no recurso especial de fls. 1.055/1.070, aponta, além de divergência jurisprudencial (Ação Rescisória n. 970-PI, do extinto TFR; Mandado de Segurança n. 98.02.42209-9, do TRF da 2ª Região), violação dos arts. 2ª, 3ª, 21, 32, 33, 34, 35 e 36, todos do Decreto-Lei n. 9.760/1946.

Sustenta, em síntese, que: a) é proprietário de imóvel situado dentro de área maior no Balneário do Imbé - RS, originariamente adquirida pelo Município de Osório - RS, através de usucapião, e posteriormente loteada; b) em 1972, o

Serviço de Patrimônio da União (hoje denominado de Secretaria de Patrimônio da União — SPU —, nos termos do art. 1^a da Lei n. 9.636/1998) resolveu delimitar a linha preamar média de 1831 e demarcar os terrenos de Marinha e acrescidos, sem, contudo, cientificar pessoalmente os proprietários das áreas atingidas pela demarcação administrativa; c) em 1987, o SPU notificou os proprietários cobrando-lhes a taxa de ocupação, em razão da detenção, a título precário, de terrenos de Marinha e acrescidos; d) foi ilegal a decisão que definiu os terrenos de Marinha em trinta e três metros a partir da posição de “linha imaginária” situada a cento e cinquenta metros da orla costeira; e) a demarcação do imóvel realizado pela recorrida foi ilegal, de modo que é obrigatório o processo judicial para desconstituir o direito real sobre o bem; f) inexistem provas, nos autos, da influência das marés no Rio Tramandaí e nas lagoas da região; g) o Tribunal **a quo**, no julgamento dos embargos infringentes no Processo n. 97.04.41363-7-RS, resolveu, por maioria, anular os atos administrativos da SPU.

Por sua vez, Mozart de Araújo Gutterres e outros, no recurso especial de fls. 1.149/1.185, sustenta, de um lado, dissídio interpretativo (Ação Rescisória n. 970-PI, do extinto TFR) e, de outro, negativa de vigência dos arts. 82, III (c.c. o art. 246), 131, 458, III; 535, I e II, do CPC; 530, I, e 859 do Código Civil de 1916; 233, I; 250, I, e 252 da Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos); 10, 19 e 60, do Decreto-Lei n. 9.760/1946.

Argumentam, em resumo, que: a) é nulo o aresto regional, seja por falta de intimação obrigatória do Ministério Público Federal no feito, seja por negativa de prestação jurisdicional; b) detêm títulos de propriedade devidamente registrados no Cartório de Registro de Imóveis; logo, foi ilegal a conduta da recorrida, que, sem observância do devido processo legal, demarcou os imóveis loteados como terrenos de Marinha e acrescidos, suprimindo-lhes o direito real de propriedade, além de cobrar a taxa de ocupação; c) enquanto não anulados judicialmente os títulos de domínio, não podem ser despojados da propriedade de seus bens; d) o Decreto-Lei n. 9.760/1946 é inconstitucional; e) o Rio Tramandaí é um rio estadual, pois possui nascente, curso e foz no território do Rio Grande do Sul; além disso, não sofre influência das marés, de maneira que não se aplica, no caso, o disposto no art. 2^a, **a**, parágrafo único, do referido ato normativo; f) a distância entre os imóveis e a posição a que alcançam as águas do mar nas preamoras da região é de centenas de metros, razão pela qual não podem estar incluídos na estreita faixa de terras de trinta e três metros, a partir do litoral, onde se localizam as áreas de propriedade da União; g) a posição da preamar média de 1831 não foi obtida por meio de estudos e documentos, como exige a lei; h) a recorrida não providenciou a discriminação dos terrenos de Marinha e acrescidos, tampouco convocou pessoalmente os proprietários atingidos pela demarcação.

De outro lado, Norma Ângela Smidt e outros, no recurso de fls. 1.228/1.273, argüem divergência jurisprudencial e violação dos arts. 458, III, e 535, II, do CPC. Afirmam que o aresto regional é nulo, por ausência de fundamentação e omissão, uma vez que deixou de apreciar questões relevantes ao julgamento da lide.

Os recorrentes postulam, assim, o provimento dos recursos especiais, para que seja anulado ou, sucessivamente, reformado o acórdão regional, julgando-se procedente o pedido.

Em sede de contra-razões (fls. 1.325/1.336), a recorrida defende, preliminarmente, a não-demonstração de contrariedade aos dispositivos legais e a desnecessidade de intervenção do Ministério Público Federal, sob o argumento de que não há interesse público em discussão, nem outra causa que determine a participação ministerial.

No mérito, afirma que: a) a demarcação dos terrenos de Marinha — que possui natureza declaratória do domínio público —, obedeceu ao princípio da legalidade e ao devido processo legal; b) considerando a presunção de legitimidade dos atos administrativos, competia aos recorrentes o ônus de comprovar que as áreas demarcadas não constituem terrenos de Marinha e acrescidos; c) o fato de os recorrentes possuírem registro público da propriedade é irrelevante, pois a presunção de legitimidade do registro é relativa e, no caso, foi afastada diante da comprovação de que os imóveis em discussão integram o patrimônio federal; d) o registro de imóvel localizado na faixa de marinha é inoponível, pois trata-se de bem público que, salvo autorização legal, não pode ser alienado ou transferido para particulares, sendo desnecessária, portanto, prévia anulação judicial do registro e cancelamento da matrícula para posterior cobrança da taxa de ocupação.

Ultrapassado o controle preliminar de admissibilidade (fls. 1.350/1.355), foram os autos encaminhados a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Discute-se, no processo, a legalidade da cobrança da taxa de ocupação (preço público pago a título de contraprestação pelo uso de bem público) de imóveis localizados no Balneário de Imbé-RS, às margens do Rio Tramandaí, que, à luz do art. 2^o, **a**, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, e das conclusões firmadas pelas instâncias ordinárias, constituem terrenos de Marinha e acrescidos.

Os recorrentes promoveram, na origem, ação ordinária (Processo n. 88.0001551-4) postulando a declaração da nulidade dos atos administrativos

relacionados com a exigência da taxa de ocupação, bem como o cancelamento das notificações correspondentes à referida exação.

Incidentalmente, dividindo-se em dois grupos, os recorrentes ajuizaram ações cautelares (Processos ns. 88.000614-0 e 88.001552-2), visando à imediata suspensão da cobrança da taxa de ocupação.

A r. sentença (fls. 754/789) julgou, no mesmo ato, improcedentes a ação principal e as ações cautelares, com base nos seguintes fundamentos: I - o art. 2º, a, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, é constitucional; II - de acordo com a prova pericial produzida, os imóveis localizam-se na faixa de terrenos de Marinha e acrescidos, de modo que é legítima a cobrança da taxa de ocupação; III - foi violado o domínio da União sobre as áreas em discussão, porquanto a sentença transitada em julgado na ação de usucapião, (vencida pelo Município de Osório-RS) excluiu, expressamente, os terrenos de Marinha e acrescidos, limite objetivo não respeitado por ocasião da averbação efetuada no Cartório de Imóveis (1971), de modo que os títulos de propriedade dos recorrentes são nulos de pleno direito; IV - o SPU, desde 1971, tomou providências extrajudiciais junto à Procuradoria da República e à Prefeitura do Município de Osório-RS no objetivo de sustar o loteamento irregular em curso; V - o processo demarcatório realizado pelo Poder Público em 1972 foi legal e regular, com notificação editalícia dos interessados; a pretensão relativa à nulidade da demarcação por falta de citação pessoal dos proprietários foi alcançada pela prescrição, tendo em vista que a ação ordinária foi ajuizada somente em março de 1988; VI - inexistência de fumaça do bom direito apta a amparar a pretensão cautelar.

Os embargos de declaração opostos (fls. 791/796 e 798/807) foram, respectivamente, acolhidos em parte (fls. 810/813) e rejeitados (fls. 814/816).

O Tribunal Regional, por ocasião do julgamento conjunto dos recursos de apelação ofertados por Cláudio Pedro Endres (fls. 816/871), Mozart de Araújo Gutterres e outros (fls. 879/918), e Norma Ângela Smidt e outros (fls. 923/962), negou-lhes provimento — afastando a preliminar de nulidade e mantendo, no mérito, a r. sentença de improcedência —, nos termos do voto condutor proferido pela Relatora, Juíza Vivian Josete Pantaleão Caminha (fls. 988/998), que, reportando-se às razões de decidir de sentença por ela prolatada em outra ação ordinária com o mesmo objeto (88.0009632-80) e às considerações da decisão recorrida a respeito da prova pericial, concluiu que:

I - a r. sentença, além de clara e coerente, declinou as razões do convencimento do julgador acerca dos fatos e fundamentos da lide, bem como analisou minuciosamente as teses defendidas pelas partes e as provas produzidas;

II - terrenos de Marinha são todos os que, banhados pelas águas do mar ou de rios navegáveis, em sua foz, vão até a distância de trinta e três metros em direção ao continente, contados horizontalmente a partir da linha preamar média de 1831; terrenos acrescidos, por sua vez, são os que se formam com a terra carregada pelo rio, ou de forma artificial, e pertencem aos proprietários das terras marginais a que aderiram;

III - o art. 20, VII, da CF/1988, estabelece que são bens da União os terrenos de Marinha e acrescidos, sendo reconhecido o domínio federal desses bens desde a primeira Constituição da República, de 1891;

IV - as margens do Rio Tramandaí - RS e as terras que banha pertencem à União, a despeito da localização de sua nascente e foz, porque está o referido curso d'água sujeito às influências das marés, cujas oscilações não decorrem apenas de fenômenos meteorológicos ou da força dos ventos, dada a periodicidade e constância das marés; basta a oscilação periódica de, no mínimo, cinco centímetros no nível das águas, em qualquer época do ano (Decreto-Lei n. 9.760/1946, art. 2ª), e os documentos reunidos pela SPU comprovam que tal situação se afigura no local;

V - a citação editalícia dos interessados foi legítima, porque à época em que se procedeu à demarcação da área, os recorrentes ainda não se haviam estabelecido no local, pois os trabalhos de campo deflagrados em maio de 1972 constaram que se tratava de uma região ainda não urbanizada;

VI - a decisão judicial que reconheceu a aquisição, por usucapião, da propriedade de 1.084 hectares pelo Município de Osório - RS, expressamente ressalvou o domínio das terras de Marinha, o que foi omitido no registro correspondente, resultando na posterior alienação desses imóveis a particulares;

VII - a demarcação dos terrenos de Marinha e acrescidos tem natureza meramente declaratória, porque essa qualificação decorre de sua localização geográfica, sendo sua titularidade dominial atribuída por força de norma constitucional e legal, independentemente de registro imobiliário;

VIII - ocorreu, no caso, alienação **a non domino** de bens, ou seja, o Município de Osório vendeu aos recorrentes imóveis que não lhe pertenciam; não se trata, pois, de mera anulabilidade da transferência de propriedade, mas de nulidade absoluta, insanável, porque a alienação foi procedida por quem não tinha, em verdade, o domínio;

IX - a matrícula dos imóveis no cartório apenas demonstra a seqüência dos atos constitutivos, translativos e restritivos dos direitos reais, não prevalecendo, todavia, os respectivos assentamentos quando pertinentes a atos nulos (arts. 214 e 216 da Lei n. 6.015/1973);

X - a União, uma vez procedida a demarcação, tem o poder de exigir taxa de ocupação, independentemente de prévia decretação judicial de nulidade dos títulos de domínio privado;

XI - o procedimento demarcatório realizado obedeceu aos trâmites legais e goza de presunção de legitimidade, não elidida pela prova apresentada pelos recorrentes;

XII - a prova pericial, baseada em estudos e dados científicos, concluiu que os imóveis em discussão constituem terrenos de Marinha e acrescidos.

A pretensão recursal dos recorrentes pode ser *sintetizada* nos seguintes pontos: 1. nulidade do acórdão por deficiência na fundamentação e omissão; 2. nulidade por falta de intervenção obrigatória do Ministério Público Federal; 3. nulidade da demarcação pela ausência de citação pessoal dos interessados com domicílio certo; 4. localização dos imóveis, ou seja, se situados ou não na faixa de terrenos de Marinha e acrescidos; 5. a cobrança da taxa de ocupação pressupõe a desconstituição dos títulos de propriedade registrados em cartório.

Não procede a apontada violação dos arts. 458, III, e 535, I e II, do CPC, uma vez que o Tribunal **a quo**, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelos vencidos, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

O reconhecimento da violação do art. 535, II, do CPC, nesta Corte Superior, pressupõe, necessariamente, o concurso de três requisitos: 1ª a concreta existência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado; 2ª o não-suprimento do vício pelo Tribunal **a quo**, ainda que provocado; 3ª alegação, pelo recorrente especial, da contrariedade ao dispositivo. Logo, o mero julgamento contrário aos interesses dos recorrentes não caracteriza tal ofensa.

Sabe-se, ainda, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. A propósito: REsp n. 602.615-RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 14.06.2004; REsp n. 602.998-RN, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 28.04.2004; REsp n. 498.393-SC, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 26.04.2004.

Com relação à alegada necessidade de intervenção do Ministério Público Federal, sob pena de nulidade, sobreleva destacar que a lide versa, de um lado, sobre *direitos individuais de cunho patrimonial (direito real de propriedade)* e, de outro, discute a *legitimidade da cobrança da taxa de ocupação (interesse da Fazenda Pública)* pelo uso de terrenos de Marinha e acrescidos.

Portanto, não obstante o número de sujeitos envolvidos na relação jurídica processual — dado o litisconsórcio ativo facultativo formado (CPC, art. 46, III) —, não se justifica a obrigatória intervenção ministerial, seja porque não se cuida de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF/1988, art. 127), seja porque não há interesse público evidenciado pela natureza da controvérsia ou qualidade da parte (CPC, art. 82, III). Não há falar, pois, em violação dos arts. 82, III, e 246 do CPC.

O art. 11 do Decreto-Lei n. 9.760/1946, que trata da citação dos interessados no processo de demarcação dos terrenos de Marinha, dispõe: “Para a realização do trabalho, o SPU convidará os interessados, certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando”.

Com efeito, para assegurar o contraditório e a ampla defesa, a citação dos interessados no procedimento demarcatório de terrenos de Marinha, sempre que identificados pela União e certo o domicílio, deverá ser realizada pessoalmente. Somente no caso de existirem interessados incertos poderá a União valer-se da citação editalícia (REsp n. 545.524-SC, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 23.09.2003).

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram que os recorrentes adquiriram os imóveis depois de inaugurado o procedimento demarcatório. Por isso, a citação por edital foi legal e legítima.

Bem assim, o Tribunal **a quo**, com base nos fatos e provas, concluiu que os imóveis estão localizados na faixa dos terrenos de marinha e acrescidos, sendo legítima, por conseguinte, a cobrança da taxa de ocupação. Assim, o reexame da qualificação dos imóveis e da posição da linha preamar média de 1831, para fins de enquadrá-los na categoria dos bens privados dos recorrentes — e, com isso, afastar a cobrança do preço público questionado —, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide, atividade cognitiva vedada nesta Corte Superior (Súmula n. 7-STJ).

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

“Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Art. 535. Omissão. Inexistência. Terrenos de marinha. Demarcação da linha do preamar médio de 1831. Chamamento das partes interessadas por edital. Qualificação do imóvel. Terreno de marinha. Súmula n. 7-STJ.

1. Quando o Tribunal de origem analisa a matéria controvertida, ainda que não faça referência expressa a todos os dispositivos de lei alegados pela parte, inexistente omissão a ser sanada via embargos de declaração.

2. Por força da garantia do contraditório e da ampla defesa, a citação dos interessados no procedimento demarcatório de terrenos de Marinha, sempre que identificados pela União e certo o domicílio, deverá realizar-se pessoalmente. Somente no caso de existirem interessados incertos, poderá a União valer-se da citação por edital.

3. Após a demarcação da linha de preamar e a fixação dos terrenos de Marinha, a propriedade passa ao domínio público e os antigos proprietários passam à condição de ocupantes, sendo provocados a regularizar a situação mediante pagamento de foro anual pela utilização do bem. Permitir a conclusão do procedimento demarcatório sem a citação pessoal dos interessados conhecidos pela Administração, representaria atentado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como à garantia da propriedade privada.

4. A controvérsia sobre a qualificação do imóvel como terreno de Marinha envolve o reexame do conjunto de fatos e provas que embasam o processo, circunstância que impede o conhecimento do recurso com base na Súmula n. 7-STJ.

5. Recurso especial conhecido, em parte, e provido.” (REsp n. 586.859-SC, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 18.04.2005)

“Administrativo e Civil. Terreno de Marinha. Caracterização. Taxa de ocupação. Legalidade. Matéria probatória. Impossibilidade de reexame. Súmula n. 7-STJ. Violação dos arts. 535, II, e 458, II, do CPC. Inexistência. Ofensa a dispositivos constitucionais: arts. 20, IV; 26, II 5ª, XXXII, LIV, LV e 37. Inadequação da via especial.

1. Em ação de mandado de segurança, impetrada pelos ora recorrentes, o v. acórdão reconheceu, com fundamento nas provas coligidas aos autos, que os imóveis tributados estão situados em faixa considerada de terreno de Marinha, pelo que, afastou-se a existência de direito líquido e certo a legitimar a incidência de taxa de ocupação.

2. Impossibilidade, em face do posicionamento do acórdão, de ser revertido esse convencimento, na medida em que o exame da questão conduz à verificação da prova, mister que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

3. O julgador não se obriga a examinar todas as teses e questões jurídicas apresentadas pelas partes, sendo suficiente que preste, fundamentadamente, a tutela jurisdicional vindicada. Na espécie, embora em sentido diverso ao pretendido pelos recorrentes, verifica-se que a lide foi regularmente apreciada na instância **a quo**, não se constatando qualquer ofensa aos arts. 535, II, e 458, II, do CPC.

4. A via do recurso especial é inadequada para se deduzir eventual ofensa a dispositivos constitucionais (no caso, os arts. 20, IV; 26, II; 5º, XXXII, LIV, LV, e 37), na medida em que tal mister refoge à competência da Corte.

5. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 516.431-ES, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 03.11.2003)

Destarte, com fundamento na Súmula n. 7-STJ, é inadmissível a apontada ofensa aos arts. 2º, 9º e 10 do Decreto-Lei n. 9.760/1946.

Por outro lado, o acórdão recorrido não negou vigência aos arts. 32, 33, 34, 35, 36 e 60 do Decreto-Lei n. 9.760/1946, porquanto a *demarcação dos terrenos de Marinha não se confunde com a discriminação de terras da União*. Trata-se de *processos diversos de identificação de bens*, com disciplina normativa própria.

O Decreto-Lei n. 9.760/1946 dispõe, entre outras providências, sobre o patrimônio imobiliário da União. O Título I, que trata Dos Bens Imóveis, é dividido em dois capítulos. O Capítulo I trata Da Declaração dos Bens, apresentando enunciados e conceitos legais (arts. 1º a 5º). O Capítulo II, por sua vez, dispõe acerca Da Identificação dos Bens, e está dividido em cinco seções, que disciplinam as *formas de identificação*, positivando normas específicas, que não se confundem.

Nessa estrutura normativa, além das disposições gerais, de aplicabilidade comum, interessa-nos as Seções II e IV. Aquela trata Da Demarcação dos Terrenos de Marinha (arts. 9º a 14); esta dispõe Da Discriminação de Terras da União — especificamente das terras localizadas na faixa de fronteira e nos Territórios Federais (art. 19) —, cujo processo discriminatório compõe-se de duas fases ou instâncias: Da Discriminação Administrativa (Subseção II, arts. 22 a 31) e Da Discriminação Judicial (Subseção III, arts. 32 a 60).

Significa dizer, em outras palavras, que *as disposições pertinentes à discriminação de terras da União, que pode ser realizada na via administrativa ou na judicial, não se aplicam ao procedimento específico da demarcação dos terrenos de Marinha e acrescidos, eminentemente administrativo*.

Isso, contudo, não afasta a participação dos interessados, tampouco a possibilidade de impugnação judicial da demarcação (como ocorre no caso concreto), em obediência aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa (CF/1988, art. 5º, XXXV, LIV e IV).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em hipóteses semelhantes, que os títulos de domínio privado não podem ser opostos à União, porque *a titularidade dos terrenos de Marinha e acrescidos, conferida por lei, tem natureza originária*. Por

conseqüência, as alienações realizadas pelo Município de Osório - RS, sem observar os limites objetivos da sentença proferida na ação de usucapião — que ressaltou, expressamente, aqueles imóveis —, são nulas de pleno direito.

O registro do título translativo no Registro de Imóveis, além de tudo, não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, mas relativa, vale dizer, admite prova em sentido contrário (CC/1916, art. 527; CC/2002, art. 1.231).

Ao contrário do Direito germânico, de presunção **juris et de jure** para o título registrado, o nosso Direito Positivo seguiu o sistema da simples publicidade, adotando, assim, a presunção **juris tantum** da propriedade em favor daquele em cujo nome estiver transcrito o título, portanto, de natureza causal, ou seja, desde que o título registrado seja legítimo.

Por conseqüência, a validade do registro sempre será condicionada ao conteúdo do título, de maneira que qualquer vício existente no negócio jurídico originário poderá, a qualquer tempo, contaminar o registro, acarretando a perda da propriedade pelo adquirente.

Endossando essa orientação, confirmam-se os seguintes julgados:

“Administrativo. Terrenos de Marinha e acrescidos. Área do antigo ‘braço morto’ do rio Tramandaí. Imóveis de propriedade da União aforados por Município a particulares. Decreto-Lei n. 9.760/1946. Efeitos do procedimento de demarcação sobre títulos de propriedade e de aforamento registrados. Taxa de ocupação. Medida cautelar.

1. Aplicação parcial da Súmula n. 283-STF porque inatacado o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que a impugnação ao procedimento de demarcação, inclusive quanto à delimitação da posição da linha do preamar de 1831, encontra-se acobertado pela prescrição.

2. Impossibilidade de reexame do contexto fático-probatório referente à assertiva de estarem os imóveis localizados dentro das áreas de propriedade da União, por força da Súmula n. 7-STJ.

3. Deficiente a fundamentação do recurso especial na parte em que suscita vício de julgamento no acórdão de origem, tendo aplicabilidade o teor da Súmula n. 284-STF.

4. Conflito aparente entre as normas do Decreto-Lei n. 9.760/1946, do Código Civil Brasileiro de 1916 e da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973) que se resolve pela aplicação da regra do art. 2º, § 2º, da LICC.

5. Os terrenos de Marinha, cuja origem que remonta à época do Brasil-Colônia, são bens públicos dominicais de propriedade da União e estão previstos no Decreto-Lei n. 9.760/1946.

6. O procedimento de demarcação dos terrenos de marinha produz efeito meramente declaratório da propriedade da União sobre as áreas demarcadas.

7. Em relação ao direito de propriedade, tanto o Código Civil brasileiro de 1916 como o novo Código de 2002 adotaram o sistema da presunção relativa (**juris tantum**) relativamente ao domínio, admitindo prova em contrário.

8. Não tem validade qualquer título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de Marinha ou acrescido.

9. Desnecessidade de ajuizamento de ação própria, pela União, para a anulação dos registros de propriedade dos ocupantes de terrenos de Marinha, em razão de o procedimento administrativo de demarcação gozar dos atributos comuns a todos os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

10. A presunção de legitimidade do ato administrativo incumbe ao ocupante o ônus da prova de que o imóvel não se situa em área de terreno de Marinha.

11. Legitimidade da cobrança de taxa de ocupação pela União mesmo em relação aos ocupantes sem título por ela outorgado.

12. Ausência de **fumus boni juris**.

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido.” (REsp n. 624.746-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 03.10.2005)

“Administrativo. Terreno de marinha. Taxa de ocupação.

1. Os terrenos de marinha, discriminados pelo Serviço de Patrimônio da União, com base em legislação específica, só podem ser descaracterizados pelo particular por meio de ação judicial própria.

2. Cobrança de taxa de ocupação pela União.

3. Ação de nulidade da exigência do pagamento da taxa sob alegação dos autores de serem proprietários do bem imóvel, em face de doação feita pelo Estado do Rio Grande do Sul.

4. Reconhecimento pelo acórdão de que os bens estão situados em faixa considerada de terreno de Marinha.

5. Impossibilidade, em face do posicionamento do acórdão, de ser revertido esse convencimento. Matéria de prova.

6. Em nosso Direito Positivo, diferentemente do sistema alemão, a transcrição do título no registro de imóvel tem presunção **juris tantum**.

7. É sem qualquer validade título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de Marinha.

8. Taxa de ocupação devida.

9. Recurso especial improvido.” (REsp n. 409.303-RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 14.10.2002)

Merece destaque, pela pertinência, o seguinte excerto do voto proferido pela Ministra-Relatora, Eliana Calmon, no julgamento do REsp n. 624.746-RS, acima relacionado:

“De origem que remonta do Brasil-Colônia, os terrenos de Marinha, de propriedade da União, segundo a doutrina pátria, tiveram sua origem e sua justificativa, além das disposições constitucionais vigentes, em motivos ‘que interessam à defesa nacional, à vigilância da costa, à construção e exploração dos portos, mas ainda de princípios imemoriais que só podem ser revogados por cláusula expressa da própria Constituição’ (**Themístocles Brandão Cavalcanti**, “Tratado de Direito Administrativo”, Ed. Freitas Bastos, São Paulo, 1950, 2ª ed., vol. V, pp. 109 e 110 — citado por **Eliseu Ramos Padilha** no texto “Terrenos de Marinha”, publicado pela Revista de Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Vol. 20, n. 48, janeiro/abril de 1987, p. 28).

Em adição, ainda segundo o escólio de **Eliseu Ramos Padilha** (ob. cit., p. 38), são eles bens imóveis da União de forma ‘originária’, o que significa dizer que nunca poderiam ter estado em propriedade de terceiros, pois, desde sua instituição, sempre foram de propriedade daquele ente, independentemente de estarem ou não demarcados. Decorrem de ficção jurídica resultante da lei que os criou e, embora sem eventual definição corpórea pela efetiva demarcação, têm conotação histórica incorporada à própria criação do Estado brasileiro, como herança do Brasil-Colônia incorporado pelo Brasil-Império. Com a demarcação, ‘desfaz-se a ficção jurídica e materializa-se, na faixa dos trinta e três (33) metros, o bem público dominical da União dos terrenos de marinha, tornando ineficazes quaisquer títulos dominiais radicados em terceiros, relativamente a tais terrenos’.

Conclui o autor que ‘nenhum direito poderá ser legitimamente contraposto ao domínio da União sobre a faixa dos terrenos de marinha’ (fl. 39).

Advirta-se, por outro lado, que o regime adotado pelo Código Civil brasileiro de 1916 (art. 527) e pelo novo Código Civil de 2002 (art. 1.231)

adotam o sistema da presunção relativa (**juris tantum**) em relação à propriedade, que se presume plena e exclusiva até prova em contrário.

Firmadas essas premissas básicas, conclui-se que os registros dos imóveis efetuados no Cartório de Registro de Tramandaí, no Estado do Rio Grande do Sul, conforme as regras pela Lei n. 6.015/1973, não têm qualquer valor diante das disposições especiais do Decreto-Lei n. 9.760/1946, que declaram insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio desses bens públicos, assim como a não-sujeição dos bens imóveis da União ao usucapião, **verbis**:

‘Art. 198. A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de Marinha e seus acréscidos, salvo quando originais em títulos por ela outorgadas na forma do presente decreto-lei.

Art. 200. Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião.’

Por fim, o próprio Decreto-Lei n. 9.760/1946 não descarta a possibilidade da instituição ou o aforamento sobre os terrenos de Marinha, mediante o pagamento de foro, inclusive com a possibilidade de remição, com o resgate do terreno público aforado (arts. 102, 122 e seguintes).

Entretanto, pelo que exsurge do acórdão recorrido, nem ao menos é essa a situação dos recorrentes, pois não detêm direitos de enfiteuta conferidos pela União e nem são ocupantes inscritos dos imóveis, mas tão-somente tentam opor ao direito de propriedade desta sobre bens públicos dominicais seus títulos de propriedade e de aforamento obtidos do Município de Osório, com registro no Cartório de Registro de Imóveis de Tramandaí - RS.

Voltando-se os olhos novamente para a situação dos autos, verifica-se que houve um procedimento administrativo de demarcação realizado pela União, através da SPU, o qual foi concluído em 1974, ato este que goza de todos os atributos comuns aos atos administrativos, quais sejam, presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

Tais atributos conferem à União, enquanto Administração Pública, a qualidade pela qual pode compelir materialmente o administrado ao seu cumprimento sem a necessidade de buscar previamente as vias judiciais, independentemente da sua concordância e com presunção **juris tantum** de legitimidade.

E é exatamente em decorrência do atributo da presunção de legitimidade do ato que se justifica a inversão do ônus quanto à prova, a cargo dos

recorrentes, de que seus imóveis não se encontram na faixa de terrenos de Marinha.

Também desnecessário à União mover ação judicial para anulação dos registros de propriedade dos recorrentes, em razão do atributo da executividade do ato administrativo.

Por fim, verifico que um dos pedidos dos autores pertine em se desobrigar do pagamento da ‘taxa de ocupação’ cobrada pela SPU, com fulcro na alegação de propriedade sobre os imóveis respectivos. Superada a questão, resulta evidente a legitimidade da sua cobrança, independentemente da situação regular ou irregular de ocupação dos terrenos, conforme a regra prevista no art. 127 do Decreto-Lei n. 9.760/1946:

‘Art. 127. Os atuais ocupantes de terrenos da União, sem título outorgado por esta, ficam obrigados ao pagamento anual da taxa de ocupação’.

Finalmente, é inadmissível o dissídio jurisprudencial argüido pelos recorrentes, aplicando-se, no particular, a orientação firmada na Súmula n. 83 do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Por essas razões, os recursos especiais devem ser parcialmente conhecidos e, nessa parte, desprovidos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 612.909-RJ (2003/0201856-2)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Cesar Maciel Rodrigues e outros

Recorrida: A A Med Administração e Assessoria Ltda

Advogados: João Antônio Lopes e outro

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Opção pelo Simples. Vedação do art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996. Empresa de Assessoria Contábil e Administrativa. Recurso especial provido.

1. O legislador ordinário, com base no art. 179 da Constituição Federal, editou a Lei n. 9.317/1996, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, conferindo tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, em relação a impostos e contribuições (art. 1^o).

2. A mencionada lei, em seu art. 2^o, utiliza o critério quantitativo para definir microempresa e empresa de pequeno porte, determinando que aquelas que se enquadrarem nos limites de valores ali estabelecidos poderão optar pelo Simples. Todavia, no art. 9^o da Lei n. 9.317/1996, arrola uma série de situações em que a opção pelo Simples é vedada, inclusive quando a empresa prestar serviços profissionais de contador e/ou administrador, porquanto o exercício dessas profissões depende de habilitação profissional.

3. O inciso XIII do art. 9^o da Lei do Simples foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643-DF, sob o fundamento de que, “ainda que classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte porque a receita bruta anual não ultrapassa os limites fixados no art. 2^o, incisos I e II, da Lei n. 9.317, de 05 de dezembro de 1996, não podem optar pelo ‘Sistema Simples’ as pessoas jurídicas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional legalmente exigida” (ADIn na MC n. 1.643-DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.12.1997).

4. Consoante se deduz dos autos, a empresa presta serviços de assessoria contábil e administrativa. Desse modo, está abrangida pelas hipóteses previstas no art. 9^o, XIII, da Lei n. 9.317/1996, o qual prevê a vedação se as empresas que prestarem serviços profissionais na qualidade de contador e/ou administrador optarem pelo Simples, porquanto o exercício dessas profissões depende de habilitação profissional.

5. 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 2^a Região, assim ementado:

“Civil e Comercial. Atividade empresarial cumulativa. Sistema Simples que se reconhece.

A discriminação da atividade paralela não impede o registro de microempresa de quem preenche as condições isoladamente e quanto a uma das empresas somente.” (Fl. 70)

No presente recurso especial, a recorrente aponta violação do art. 9^o, XIII, da Lei n. 9.317/1996, porquanto esse dispositivo legal veda a opção pelo Simples a pessoa jurídica que presta serviço de assessoria contábil e administrativa.

Contra-razões apresentadas às fls. 82/87.

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos, por força do provimento de agravo de instrumento pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): A controvérsia cinge-se à análise do direito à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — Simples.

A Constituição de 1988 conferiu tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte, dispondo, em seu art. 179, que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas,

tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Por sua vez, o legislador ordinário, com base nesse dispositivo, editou a Lei n. 9.317/1996, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, conferindo tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona (art. 1º).

A referida lei, em seu art. 2º, utiliza o critério quantitativo para definir microempresa e empresa de pequeno porte, determinando que aquelas que se enquadrarem nos limites de valores ali estabelecidos poderão optar pelo Simples. Todavia, no art. 9º da Lei n. 9.317/1996, arrola uma série de situações em que a opção pelo Simples é vedada.

No caso dos autos, interessa saber o conteúdo do inciso XIII do art. 9º da lei em comento, **in verbis**:

“Art. 9º Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

(...)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, *contador*, auditor, consultor, estatístico, *administrador*, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.” (Grifou-se)

Em relação a esse dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643-DF, afastou a alegação de inconstitucionalidade do referido, conforme ementa a seguir transcrita:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. ‘Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — Simples’: Lei n. 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Pessoa jurídica para prestação de serviços cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida: não pode optar pelo ‘Sistema Simples’.

1. Há pertinência temática entre os objetivos estatutários da Confederação Nacional das Profissões Liberais e a lei questionada, que instituiu o ‘Sistema

Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples’.

2. Ainda que classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte porque a receita bruta anual não ultrapassa os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.317, de 05 de dezembro de 1996, não podem optar pelo ‘Sistema Simples’ as pessoas jurídicas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional legalmente exigida.

3. Medida liminar indeferida.” (ADIn na MC n. 1.643-DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.12.1997)

Seguindo essa orientação, este Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, tem entendido que as restrições impostas pela Lei do Simples não ofendem o princípio constitucional da isonomia. Senão, vejamos:

“Recurso especial. Tributário. Opção pelo Simples. Centro de formação de condutores de veículos. Habilitação profissional legalmente exigida. Art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996. Resolução n. 74/1998 do Contran.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, ao analisar, no julgamento de liminar na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.643-DF, a alegada inconstitucionalidade do art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996, firmou o entendimento de que, ‘ainda que classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte porque a receita bruta anual não ultrapassa os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não podem optar pelo ‘Sistema Simples’ as pessoas jurídicas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional legalmente exigida’ (Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.12.1997).

In casu, à recorrente, centro de habilitação de condutores de veículos, é vedada a opção pelo Simples, uma vez que sua atividade exige habilitação profissional exigida pelos arts. 9º e 10 da Resolução n. 74/1998 do Contran, em conformidade com a competência atribuída ao aludido órgão pelo art. 12 do Código Nacional de Trânsito.

Recurso especial improvido.” (REsp n. 499.597-SC, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 06.06.2005, p. 258)

“Tributário. Opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples). Empresa prestadora de serviços de instalação elétrica. Constitucionalidade do art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996 reconhecida pelo STF

1. O escopo da Lei n. 9.317/1996, em consonância com o art. 179 da CF, foi o de incentivar as pessoas jurídicas mencionadas em seus incisos com a previsão de carga tributária mais adequada, simplificação dos procedimentos burocráticos, protegendo as microempresas e retirando-as do mercado

informal, daí as ressalvas do inciso XIII do art. 9º do mencionado diploma, cuja constitucionalidade foi assentada na ADIn n. 1.643-DF, excludentes dos profissionais liberais e das empresas prestadoras dos serviços correspectivos e que, pelo cenário atual, dispensam essa tutela especial do Estado.

2. As atividades de instalação elétrica não estão abrangidas pela vedação prevista no art. 9º, § 4º, da Lei n. 9.317, podendo a empresa prestadora desses serviços optar pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições — Simples.

3. Precedentes: REsp n. 403.568-SC; deste Relator, DJ 27.05.2002; (REsp n. 380.761-PR; Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 08.04.2002).

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 617.995-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 27.09.2004, p. 257)

“Tributário e Processual. Recurso especial. Mandado de segurança. Estabelecimento particular de ensino. Ingresso no Simples. Lei n. 9.317/1996. Impossibilidade. Direito líquido e certo. Inexistência.

1. Eventual indeferimento da participação da impetrante no sistema Simples, pela autoridade coatora, implica o estrito cumprimento da lei, não se constituindo em ofensa a direito líquido e certo por ato ilegal ou abusivo. 2. O egrégio STF declarou a constitucionalidade do art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996 (ADIn na MC n. 1.643). 3. Recurso especial provido.” (REsp n. 576.568-PE, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.10.2005, p. 174)

Consoante se deduz dos autos, a empresa presta serviços de assessoria contábil e administrativa. Desse modo, está abrangida pelas hipóteses previstas no art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996, o qual prevê a vedação de as empresas que prestarem serviços profissionais na qualidade de contador e/ou administrador optarem pelo Simples, porquanto o exercício dessas profissões depende de habilitação profissional.

Por essa razão, deve ser reformado o acórdão recorrido, determinando-se a exclusão da empresa da sistemática do Simples, por se enquadrar nas hipóteses de vedação insertas no dispositivo legal mencionado.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial.

Custas **ex legis**.

Sem honorários advocatícios (Súmulas ns. 105-STJ e 512-STF).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 650.852-MG (2004/0040557-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Distribuidora Isagam Ltda
Advogados: Ildeu da Cunha Pereira e outros
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procuradores: Alberto Guimarães Andrade e outros

EMENTA

Tributário. Certidão negativa de débito. Expedição. Descabimento. Empresa criada pelos mesmos sócios da empresa devedora do Fisco. Simulação.

I - Verificada pelo Tribunal **a quo** a irregularidade na constituição de nova pessoa jurídica, com o mesmo objeto social e os mesmos sócios de sociedade devedora do Fisco, restando assente o intuito simulatório da medida, tem-se como legítimo o óbice da Fazenda para a emissão da certidão negativa de débito.

II - Na hipótese vertente, conforme demonstrado pelo Tribunal **a quo**, a simples mudança de sociedade, no mesmo ramo de comércio e com os mesmos sócios da sociedade devedora, implica verdadeira transformação societária, remanescendo clarividente a tentativa de se eximir das dívidas fiscais.

III - Conceder certidão negativa na hipótese presente implica prestigiar a fraude contra o Fisco, em verdadeira quebra da isonomia em detrimento de milhões de contribuintes que com dificuldade operam suas empresas com regularidade.

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro

Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 07 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 05.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por Distribuidora Isagam Ltda, com esteio no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que restou assim ementado, **verbis**:

“Mandado de segurança. Não-fornecimento de certidão negativa de débito fundada na alegação de inadimplência tributária de uma empresa da qual são sócios os mesmos integrantes da empresa requerente. Possibilidade em face das circunstâncias do caso concreto” (fl. 203).

Sustenta a recorrente violação aos arts. 128 e 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo que o simples inadimplemento não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade dos sócios, sendo incabível, ainda, a recusa de fornecimento da certidão negativa de débito pelo fato de seus sócios serem integrantes de outra empresa devedora do Fisco.

Instado, o douto Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 247/255).

Às fls. 257/259, dei provimento ao recurso.

Após a interposição de agravo interno com a observação de que a hipótese dos autos se diferenciava daquelas comumente julgadas no âmbito da Primeira Seção, reconsiderarei a decisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O recurso não merece ser conhecido pelo conduto da divergência jurisprudencial, uma vez que não houve o atendimento ao previsto no art. 255 do RISTJ.

Por outro lado, a matéria constante dos arts. 128 e 135, III, do CTN, foi suficientemente questionada viabilizando o conhecimento do apelo nobre.

Conforme explicitarei na decisão de fls. 257/259, esta Corte consolidou o entendimento de que é descabida a recusa de fornecimento da certidão negativa de débito a uma empresa sob o argumento de que seus sócios são integrantes de outra sociedade devedora do Fisco.

Não obstante tal constatação, há que se reconhecer que a hipótese dos autos difere da encimada.

No acórdão recorrido restou expressamente delineado que os recorrentes não obtiveram a certidão negativa de débito, pois são integrantes de outra sociedade devedora do Fisco, mas com um detalhe, os sócios da sociedade devedora são os únicos sócios da nova sociedade que pleiteia a aludida certidão.

Concluiu o Tribunal **a quo**, prestigiando o parecer do Ministério Público, **verbis**:

“Como ressaltou o representante do Ministério Público, ‘a independência da pessoa jurídica não pode ser levada ao extremo de permitir, às escâncaras, que o sócios causem prejuízo ao Fisco’.

E, mas adiante, concluiu com muita propriedade sobre o caso em apreço:

‘No caso vertente, a ação dos dois únicos sócios, trata-se de mera simulação de nova empresa, quando em verdade configura-se a mesma empresa anterior que procura desvestir-se do incômodo fado dos débitos fiscais.

A personalidade jurídica não pode ser usada como anteparo da fraude.

A conduta desregrada dos sócios das empresas já forma alvo de comunicação por crime, em hipótese, ao Ministério Público para fins de tomada de medidas na seara criminal” (fl. 142).

Tais fatos, no meu modesto entendimento, são suficientes para afastar a liquidez e certeza do direito alegado pela impetrante na exordial.’

Na hipótese em tela os recorrentes impetraram mandado de segurança visando à obtenção da certidão negativa de débitos para a empresa Distribuidora Isagam Ltda. Fizeram-no por entenderem possuir direito líquido e certo a tal certidão, sob pena de violação aos arts. 128 e 135 do CTN.

Não vislumbro a violação alegada.

Os dispositivos encimados buscam responsabilizar a pessoa vinculada ao fato gerador e indicam quais são estas pessoas.

Na hipótese vertente, conforme demonstrado pelo Tribunal **a quo**, a simples mudança de sociedade, com o mesmo objeto social e os mesmos sócios da sociedade devedora, implica em verdadeira transformação societária, remanescendo clarividente a tentativa de se eximir das dívidas fiscais.

Conceder certidão negativa na hipótese presente implica prestigiar a fraude contra o Fisco, em verdadeira quebra do princípio da isonomia em detrimento de milhões de contribuintes que com dificuldade operam suas empresas com regularidade.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 692.889-MG (2004/0125838-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ribeiro Cereais Importadora Ltda

Advogados: Beline José Salles Ramos e outros

Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procuradores: Marismar Cirino Motta e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Processo administrativo-fiscal. Execução fiscal. Suspensão da exigibilidade do crédito. Pedido de compensação indeferido. Ajuizamento de executivo fiscal. Compensação de PIS com a Cofins. Impossibilidade.

1. A interposição do recurso especial pela alínea **c** exige do recorrente a comprovação do dissídio jurisprudencial, cabendo ao mesmo colacionar precedentes jurisprudenciais favoráveis à tese defendida, comparando analiticamente os acórdãos confrontados, nos termos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC.

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

3. **In casu**, não há similaridade, indispensável na configuração do dissídio jurisprudencial, entre acórdão paradigma que versa sobre

domicílio de pessoa jurídica na sede de empresa, onde a ação deverá ser proposta e o acórdão recorrido que tratou da possibilidade ou não de escolha por parte da Fazenda Pública do foro na execução fiscal.

4. Dispõe o **caput** do art. 578 do CPC que “A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado” e em seu parágrafo único, determina que “Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar”.

5. Hipótese em que o acórdão recorrido consignou que: “Se a exequente (Fazenda Pública) fez opção de foro pelo local onde ocorreram os fatos geradores do débito exequendo, e se, ademais, inexistente prova de que eles (os fatos) ocorreram em outra localidade, é de prestigiar-se a decisão que acolheu sua opção (dela, exequente), a teor do art. 578, parágrafo único, do Estatuto Instrumentário Civil”.

6. A doutrina é uníssona no sentido de que, nos termos do art. 578, parágrafo único, do CPC, a Fazenda Pública tem a opção de ajuizar a execução fiscal no foro do local onde ocorreu o fato gerador da exação constante da Certidão de Dívida Ativa, ou o do domicílio do executado. (**Pontes de Miranda, Nelson Nery Junior, Ernani Fidélis dos Santos e Luiz Fux**)

7. Precedentes: REsp n. 491.171-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2004; REsp n. 492.756-SE, Relator Ministro José Delgado, DJ 09.06.2003; REsp n. 254.199-MS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 24.06.2002.

8. É cediço em sede doutrinária que: “Do que dispõem o art. 578 e seu parágrafo, verifica-se que a competência territorial para a ação de execução fiscal segue ordem de preferência assim estabelecida: a) foro do domicílio do executado; impossibilitada essa hipótese, b) foro da sua residência e, finalmente, frustrada também essa opção, c) foro do lugar onde o devedor for encontrado (**Alcides de Mendonça Lima**. “Comentários...”, cit., p. 199). Em caso de pluralidade de domicílios ou de pluralidade de devedores, dispõe o Fisco da faculdade de ajuizar a ação no foro de qualquer um deles. Por outro lado, como

alternativa para todas as opções acima, reserva-se ao Fisco a faculdade de eleger ou o foro do lugar em que se praticou o ato, ou o do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, ou, ainda, o foro da situação dos bens de que a dívida se originou (STJ, CC n. 13.641, Primeira Seção, Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 20.11.1995, p. 39.551; **Milton Flacks**, “Comentários à Lei de Execução Fiscal”, São Paulo: Forense, 1981, p. 164). Daí se conclui que ‘o devedor — o ‘réu’ — não tem assegurado o direito de ser executado no foro de seu domicílio, salvo se nenhuma das espécies do parágrafo único se verificar’ (**Alcides de Mendonça Lima**, “Comentários...”, cit., p. 201).” (**Teori Albino Zavascki**, in “Comentários ao Código de Processo Civil” — volume 8: Do Processo de Execução — arts. 566 a 645, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 140/141).

9. Recurso especial parcialmente conhecido, porém, desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Ribeiro Cereais Importadora Ltda interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que negou à unanimidade provimento ao recurso, assim ementado, fl. 216:

“Ementa: Processual Civil. Competência. Foro da obrigação. O conceito de competência não pode ser generalizado e deve, aprioristicamente, sinalizar tanto para o foro eleito pela exequente, assim como o local de origem da obrigação e onde esta deve ser satisfeita.”

Consta dos autos que a empresa, ora recorrente, opôs exceção de incompetência do Juízo de Comarca de Governador Valadares para processar e julgar a execução fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado de Minas Gerais — cuja CDA que a instrui refere-se a suposto débito de ICMS incidente sobre saída de mercadorias do Estado do Espírito Santo para contribuintes do Estado de Minas Gerais — objetivando a conseqüente determinação de envio dos autos para o foro da Comarca de Colatina-ES, local do domicílio fiscal da empresa. Sustentou a incidência do **caput** do art. 578 do CPC.

O r. Juízo monocrático rejeitou a exceção de incompetência sob o fundamento de que a Fazenda Pública, de acordo com o parágrafo único do art. 578 do CPC pode optar pelo foro do domicílio da executada ou do local onde ocorreu o fato gerador da exação discutida, **in casu**, o juízo da Comarca de Governador Valadares-MG, onde houve a autuação fiscal.

Interpôs a recorrente embargos de declaração, ante a obscuridade da supramencionada decisão, os quais foram rejeitados.

Irresignada, a empresa interpôs agravo de instrumento, repetindo os argumentos aduzidos na exceção de incompetência, bem como sustentando que o suposto fato gerador não ocorreu na cidade de Governador Valadares-MG, mas, em Colatina-ES, onde foi lavrado o auto de infração que deu origem à execução fiscal. Argüiu que “foi exatamente a fiscalização realizada pelos fiscais da agravada” que deu origem à dívida, fato que ocorreu “dentro do estabelecimento comercial da agravante, em Colatina, no Espírito Santo, conforme comprova o Termo de Início de Fiscalização acima citado”.

O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos da ementa supratranscrita.

Na presente irresignação especial sustenta a empresa-recorrente a violação do **caput** do art. 578 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial com o EREsp n. 178.233-SE, deste Relator, DJ 15.09.2003, com o REsp n. 40.279-SP, da relatoria do eminente Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 05.06.1995, com o CC n. 31.682-AP, da Relatoria do eminente Ministro Franciulli Netto, DJ 26.05.2003, com o CC n. 2.127-SP, da relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, DJ 21.10.1991, com o CC n. 1.960-SP, da relatoria para o acórdão do eminente Ministro José de Jesus Filho, DJ 16.12.1991, com o CC n. 1.097-SP, da relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso, e por fim, CC n. 22.588-RJ, da relatoria do eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 21.06.1999.

Sustenta, em suas razões, que:

“**Prima facie**, é importante salientar que resta explicitada a imperatividade imposta pelo **caput** da norma afrontada pelo v. acórdão atacado, de

que o foro competente para a propositura da execução fiscal é o do domicílio do réu, que no caso da pessoa jurídica, é a sede da empresa.

Essa é, portanto, a regra de competência em casos que tais.

Afora tanto, o legislador pretendeu, com a redação do parágrafo único do dispositivo legal em comento, conceder à Fazenda Pública o direito de optar pelo foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que originou a dívida ou ainda o da situação dos bens, *apenas e tão-somente nas hipóteses em que não for possível localizar o domicílio ou residência do réu, ou o lugar em que o mesmo se encontre.*

(...)

Ademais, ainda que fosse considerado que o dispositivo em questão teria possibilitado à Fazenda Pública a escolha aleatória do foro, ou ainda, como no entender do douto julgador prolator do acórdão rechaçado, que nesses casos o foro competente seria o do 'local da obrigação', chegar-se-ia à forçosa conclusão de que a execução foi proposta em foro diverso do competente para processá-la e julgá-la.

Nos termos supra-explicitados, a execução fiscal em questão é originária do Auto de Infração n. 99.935, que foi lavrado no estabelecimento comercial da ora recorrente em Colatina-ES, o que não deixa dúvidas quanto ao local em que ocorreu o fato que originou a referida ação, conforme consta do Termo de Início de Fiscalização acostado aos autos.

Neste impulso, é sabido que o fato gerador do ICMS se dá no momento da saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, conforme disposto no inciso I do art. 12 da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996.

Da mesma forma, o Decreto-Lei n. 406, de 31.12.1968, que regia o ICMS na data do fato gerador do débito exequendo, em seu art. 1º, inciso I, estabelecia que o 'imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadoria tem como fato gerador: I - a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor'.

Logo, resta incontroverso que o local da obrigação, qual seja, o local em que teria ocorrido o fato gerador da obrigação é, comprovadamente, o mesmo em que a empresa se encontra domiciliada, posto que o fato que deu origem à dívida foi a fiscalização realizada pelos fiscais da recorrida dentro do estabelecimento da ora recorrente.

(...)

Neste passo, o teor do art. 578 do diploma legal em referência expressa efetivamente a vontade do legislador em destacar no **caput** do dispositivo a prevalência do foro do domicílio do devedor sobre os demais especificados no parágrafo único do mesmo artigo, para a propositura da execução fiscal.”

Contra-razões ofertadas pela Fazenda do Estado de Minas Gerais pugnando pelo não-conhecimento do recurso, haja vista que o Tribunal **a quo** aplicou corretamente a regra prevista no art. 578, parágrafo único, do CPC.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do apelo extremo, na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, o recurso não merece ser conhecido pelo apontado dissídio pretoriano, com o EREsp n. 178.233-SE, deste Relator.

Como é de sabença, a interposição do recurso especial pela alínea **c** exige do recorrente a comprovação do dissídio jurisprudencial, cabendo ao mesmo colacionar precedentes jurisprudenciais favoráveis à tese defendida, comparando analiticamente os acórdãos confrontados, nos termos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC.

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

In casu, impõe-se reconhecer a inexistência de similaridade, indispensável na configuração do dissídio jurisprudencial, entre acórdão paradigma proferido no EREsp n. 178.233-SE, deste Relator, que versa sobre a fixação da competência para processar e julgar execução fiscal em caso de mudança da empresa anterior ao seu ajuizamento e o acórdão recorrido que tratou possibilidade de optar pelo foro do domicílio do executado ou aquele em que ocorreu o fato gerador.

Desta forma, não havendo consonância entre as decisões paradigma e a recorrida, não restou demonstrada a divergência jurisprudencial.

No que pertine ao alegado dissídio com o REsp n. 40.279-SP, da relatoria do eminente Ministro Milton Luiz Pereira e com os Conflitos de Competência n. 31.682-AB, da relatoria do eminente Ministro Franciulli Netto, DJ 26.05.2003,

n. 2.127-SP da relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, DJ 21.10.1991, n. 1.960-SP da relatoria para o acórdão do eminente Ministro José de Jesus Filho, DJ 16.12.1991, n. 1.097-SP da relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso, e por fim, n. 22.588-RJ, da relatoria do eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 21.06.1999, restou demonstrado o dissídio jurisprudencial, motivo pelo qual merece ser conhecido o recurso.

Da mesma forma, quanto à alegada afronta ao art. 578 do CPC, atendido o requisito do prequestionamento, impõe-se o conhecimento do apelo extremo.

Dispõe o **caput** do art. 578 do CPC que “A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado” e em seu parágrafo único, determina que “Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar”.

Consta dos autos que a empresa, ora recorrente, opôs exceção de incompetência do Juízo de Comarca Governador Valadares para processar e julgar a execução fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado de Minas Gerais — cuja CDA que a instrui refere-se a suposto débito de ICMS incidente sobre operação de importação — e objetivando a conseqüente determinação de envio dos autos para o foro da Comarca de Colatina-ES, local do domicílio da empresa. Sustentou a inaplicabilidade da Lei n. 6.830/1980 e a incidência do **caput** do art. 578 do CPC.

O r. Juízo monocrático rejeitou a exceção de incompetência sob o fundamento de que a Fazenda Pública, de acordo com o parágrafo único do art. 578 do CPC pode optar pelo foro do domicílio da executada ou do local onde ocorreu o fato gerador da exação discutida, **in casu**, o juízo da Comarca de Governador Valadares-MG, onde houve a autuação fiscal.

Irresignada, a empresa interpôs agravo de instrumento, repetindo os argumentos aduzidos na exceção de incompetência, bem como sustentando que o suposto fato gerador não ocorreu na cidade de Governador Valadares, mas, em Colatina, onde foi lavrado o auto de infração que deu origem à execução fiscal.

O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao recurso, com fundamento nos seguintes argumentos:

“Verifico que a decisão hostilizada deliberou ser competente o foro da Comarca de Governador Valadares para apreciar e decidir o pedido, forte

no entendimento de que a escolha do foro é da Fazenda Pública Estadual e ainda que ali ocorreu o fato gerador do tributo, daí o inconformismo recursal trazido pela então excipiente e ora agravante.

Sustenta a recorrente que haveria de prevalecer o domicílio do devedor como o foro competente para as ações de execução fiscal, inclusive porque a fiscalização respectiva teve lugar no seu estabelecimento situado no Município de Colatina-ES.

Maxima venia concessa, tenho a decisão como correta e não vislumbro razão na tese recursal.

Em *primeiro* lugar, em feitos de execução fiscal e na exata compreensão da regra do art. 578 do CPC e também como preleciona a jurisprudência vigorante, a escolha do foro é da Fazenda Pública Estadual.

Segundo, indiscutivelmente que a dívida foi contraída no Estado de Minas Gerais, eis que robustamente demonstrado que as mercadorias saíram de Colatina-ES, com destino à Aimorés-MG, sem a devida cobertura fiscal, tendo a recorrente sido autuada em Governador Valadares, porquanto lá foi procedida a venda e também lá ou em qualquer agência bancária local feitos os pagamentos.

No mesmo impulso, tenho opinião já consolidada sobre a matéria submetida a julgamento e reitero que continuo entendendo que questões como a presente elegem ser competente o foro do local da obrigação para deliberar em torno da demanda ora suscitada.”

Na lição de **Pontes de Miranda** (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo IX, 2ª ed., Forense, p. 133), “a despeito da ordem que estão as regras jurídicas do art. 578, parágrafo único, havemos de entender que vem em primeiro lugar — por ser mais aconselhável — o foro da situação dos bens, se deles se originou a dívida, ou o do ato ou fato de que ela se irradiou; depois, qualquer um dos domicílios do devedor”.

No mesmo sentido a doutrina de **Nelson Nery Júnior** (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, 3ª ed., RT, p. 814) ao assentar o seguinte: “Local da ocorrência do fato gerador. É o foro competente para a ação de execução fiscal, sendo este, também, o foro competente para a propositura de eventual ação anulatória de débito fiscal”.

No mesmo trilhar, tivemos a oportunidade de assentar, in “Curso de Direito Processual Civil”, Forense, 2001, o seguinte:

“(…)

Impõe-se ter em mente que toda execução pressupõe uma obrigação de dar, fazer, não fazer etc.

Ora, em matéria de obrigações, vigora o princípio de que ‘a ação para exigir-lhe o cumprimento deve ser aforada no lugar onde a prestação deva ser satisfeita’. Esta regra é de todo pertinente, uma vez que a execução é um sucedâneo da satisfação que o devedor não empreendeu. Ora, se o devedor deveria ter satisfeito a obrigação em determinado lugar, é neste que o credor tem o direito de receber o sucedâneo produzido pelo Estado através dos meios executivos (art. 100, IV, **d**, do CPC).

Inexistindo ‘praça de pagamento’, que não é, repita-se, senão o lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, prevalece o ‘foro de domicílio do réu’, pessoa física ou jurídica, esta com as variantes de sua sede social, das agências ou filiais que contraíram a obrigação (art. 94 c.c. o art. 100, inciso IV, **a e b**, do CPC).

Esta regra prevalece textualmente para as obrigações fiscais, como se colhe através do art. 578 do CPC.

Entretanto, *no confronto entre o réu e a Fazenda Pública, o legislador privilegia esta, dispondo: ‘Na execução fiscal a Fazenda Publica poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida dele se originar’.*

(...)”

Outro não é o entendimento de **Ernani Fidélis dos Santos** (in “Manual de Direito Processual Civil”, 6ª ed. p. 273) ao assentar:

“(...)”

As regras de competência são as estabelecidas pelo Código de Processo Civil. Em regra, a ação será proposta no foro do domicílio do devedor; se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado (CPC, art. 578). A Fazenda Pública poderá, porém, optar pelo foro de qualquer dos devedores, se houver mais de um, ou pelo foro de qualquer dos domicílios do réu. Pode, ainda, haver opção pelo lugar da prática do ato ou do fato gerador da dívida, mesmo se lá não resida o devedor, ou do foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar (CPC, art. 578, parágrafo único)”.

Consectariamente, ressoa uníssona a doutrina no sentido de que, nos termos do art. 578, parágrafo único, do CPC, a Fazenda Pública tem a opção de

ajuizar a execução fiscal no foro do local onde ocorreu o fato gerador da exação constante da Certidão de Dívida Ativa, ou o do domicílio do executado.

Nesse sentido, aliás, é o mais recente posicionamento das Turmas de Direito Público desta Corte Superior, consoante se colhe das ementas dos séguintes julgados:

“Processual Civil. Execução fiscal. Exceção de incompetência. Garantia do juízo. Desnecessidade. Prerrogativa da Fazenda Pública na eleição do foro (CPC, art. 578, parágrafo único).

1. As normas que estabelecem limitações de acesso aos meios de tutela de direitos em juízo devem ser interpretadas restritivamente, e não há qualquer disposição legal que condicione o conhecimento da exceção de incompetência à prévia segurança do juízo da execução.

2. A competência territorial para a ação de execução fiscal segue ordem de preferência estabelecida no **caput** do art. 578 do CPC, observando-se, ainda, a regra do seu parágrafo único, segundo a qual, em caso de pluralidade de domicílios ou de pluralidade de devedores, dispõe o Fisco da faculdade de ajuizar a ação no foro de qualquer um deles.

3. Por outro lado, como alternativa para todas as opções ali descritas, reserva-se ao Fisco a faculdade de eleger ou o foro do lugar em que se praticou o ato, ou o do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, ou, ainda, o foro da situação dos bens de que a dívida se originou (CPC, art. 578, parágrafo único), daí se concluindo que o devedor não tem assegurado o direito de ser executado no foro de seu domicílio, salvo se nenhuma das espécies do parágrafo único se verificar.

4. Recurso especial provido.” (REsp n. 491.171-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2004)

“Processo Civil. Execução fiscal. Exceção de incompetência. Empresa demandada na situação de sua filial. Aplicabilidade do disposto no art. 578, parágrafo único, c.c. o art. 100, inciso IV, alínea **b**, ambos do CPC. Súmula n. 363-STF.

1. A leitura combinada do disposto nos arts. 578, parágrafo único, e 100, inciso IV, alínea **b**, ambos do CPC, permite evidenciar que a empresa pode ser acionada no foro de sua agência ou filial, sendo que, no caso específico da execução fiscal, há prerrogativa de escolha de foro por parte da Fazenda Pública, possibilitando a opção, entre outras, pelo lugar em que foi praticado ou ocorreu o fato que deu origem à dívida.

2. Aplicação da Súmula n. 363-STF, que em seu texto dispõe: ‘A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que se praticou o ato’.

3. Recurso especial improvido.” (REsp n. 492.756-SE, Relator Ministro José Delgado, DJ 09.06.2003)

“Recurso especial. Execução fiscal. Foro competente. Local do ato ou fato que deu origem à dívida. Recurso provido.

De acordo com a inteligência do art. 578, parágrafo único, do Código de Processo Civil, dispõe a Fazenda Pública da faculdade de ajuizar a execução fiscal no foro do local onde se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida.

Recurso especial provido.” (REsp n. 254.199-MS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 24.06.2002)

Por oportuno, destaque-se o seguinte excerto do voto do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, proferido no REsp n. 491.171-SP, **verbis**:

“(…)

2. Sobre a exegese do art. 578 do CPC, que dispõe sobre as regras de fixação da competência para a ação de execução fiscal, assim me manifestei em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil” — volume 8: Do Processo de Execução — arts. 566 a 645, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 140/141):

‘Do que dispõem o art. 578 e seu parágrafo, verifica-se que a competência territorial para a ação de execução fiscal segue ordem de preferência assim estabelecida: a) foro do domicílio do executado, impossibilitada essa hipótese; b) foro da sua residência, e, finalmente, frustrada também essa opção; c) foro do lugar onde o devedor for encontrado (**Alcides de Mendonça Lima**. “Comentários...”, cit., p. 199). Em caso de pluralidade de domicílios ou de pluralidade de devedores, dispõe o Fisco da faculdade de ajuizar a ação no foro de qualquer um deles.

Por outro lado, como alternativa para todas as opções acima, reserva-se ao Fisco a faculdade de eleger ou o foro do lugar em que se praticou o ato, ou o do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, ou, ainda, o foro da situação dos bens de que a dívida se originou (STJ, CC n. 13.641, Primeira Seção, Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 20.11.1995, p. 39.551; **Milton Flacks**, “Comentários à Lei de

Execução Fiscal'. São Paulo: Forense, 1981, p. 164). Daí se conclui que 'o devedor — o 'réu' — não tem assegurado o direito de ser executado no foro de seu domicílio, salvo se nenhuma das espécies do parágrafo único se verificar' (**Alcides de Mendonça Lima**, "Comentários...", cit., p. 201).'

Esse mesmo entendimento foi adotado, entre outros, nos seguintes julgados desta Corte: REsp n. 492.756-SE, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 09.06.2003; REsp n. 254.199-MS, Segunda Turma, Ministro Franciulli Netto, DJ 24.06.2002.

3. No caso concreto, a executada tem sua sede em Capela - AL (fl. 249), e, conforme consta da decisão do juiz de 1ª grau, 'a dívida é decorrente de débitos previdenciários do estabelecimento situado no Município de Icém', Comarca de Nova Granada-SP, 'sendo este, portanto, o local onde ocorreu o fato gerador' (fl. 27).

É viável, assim, que o INSS, no exercício da opção que lhe faculta o § 1º do art. 578 do CPC, ajuíze a ação executiva no "no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu'.

(...)"

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso, porém, nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 695.886-CE (2004/0149268-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Universidade Federal do Ceará — UFCE

Procuradores: Francisco José Soares Bastos e outros

Recorrida: Lucimara Benin Belo

Advogados: Mônica Rocha Borges e outro

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Cônjuge de servidor público militar. Transferência **ex officio** no interesse da Administração.

Ensino superior. Transferência de instituição particular (Universidade Católica de Brasília) para instituição pública (Universidade Federal de Pernambuco). Impossibilidade. Interpretação do art. 1º da Lei n. 9.536/1997 conforme a Constituição. Precedente do STF.

1. Ao militar removido **ex officio**, bem como a seus dependentes, assiste o direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior congêneres de seu novo domicílio, em qualquer época do ano.

2. O egrégio STF, no julgamento da ADIn n. 3.324, Relator Ministro Marco Aurélio, assentou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, **verbis**:

“O Tribunal julgou procedente, em parte, pedido de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Lei n. 9.536/1997 que prevê a possibilidade de efetivação de transferência **ex officio** de estudantes — servidores públicos civis ou militares, ou de seus dependentes — entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino superior, quando requerida em razão de remoção ou transferência de ofício desses servidores que acarrete mudança de seu domicílio. Não obstante considerar consentânea com o texto constitucional a previsão normativa asseguradora do acesso à instituição de ensino na localidade para onde é removido o servidor, entendeu-se que a possibilidade de transferência entre instituições não congêneres permitida pela norma impugnada, especialmente a da particular para a pública, haja vista a envergadura do ensino, a própria gratuidade e a escassez de vagas oferecidas pela última, acabou por conferir privilégio, sem justificativa, a determinado grupo social em detrimento do resto da sociedade, a violar os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior (CF, art. 206, I) e a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino (CF, art. 208, V). Por conseguinte, assentou-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, sem redução do texto, no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, encerrando a cláusula ‘entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino’ a observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congêneres, isto é, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for

a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública.” (ADIn n. 3.324-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento realizado em 16.12.2004. Informativo do STF n. 374)

3. Precedentes desta Corte Superior: REsp n. 689.608-PE, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.05.2005, e AgRg no REsp n. 529.352-PR, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 02.05.2005.

4. 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 1^ª de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 26.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela Universidade Federal do Ceará — UFCE, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado o v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5^a Região (fls. 107/108), assim ementado:

“Administrativo. Mandado de segurança. Transferência. Militar. Remoção **ex officio**. Art. 1^ª da Lei n. 9.536/1997. Direito do cônjuge à transferência em qualquer sistema de ensino. Apelação provida.”

Noticiam os autos que a ora recorrida, esposa de militar da ativa, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão de Transferência da Universidade Federal do Ceará que indeferiu seu requerimento de matrícula naquela instituição no curso de Direito, em razão da transferência **ex officio** de seu cônjuge de Rondônia para o Estado do Ceará.

O Juízo Federal de 1^ª grau, dando interpretação conjunta aos arts. 1^ª da Lei n. 9.536/1997, e 99 da Lei n. 8.112/1990, denegou a segurança pretendida,

ao entendimento de ser a instituição de ensino superior na qual originariamente matriculada a impetrante (Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia) de gênero distinto daquela na qual pretendia, pela concessão da ordem, ser matriculada, uma vez que privada a primeira e pública a segunda. Fundamentou sua conclusão também transcrevendo o teor da Súmula n. 43 do TRF da 1ª Região, **in verbis**:

“A transferência compulsória para instituição de ensino congênera a que se refere o art. 99 da Lei n. 8.112/1990, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza.”

Inconformada com o teor da r. sentença proferida, a impetrante manejou recurso de apelação, ao argumento de que, **in casu**, com o advento da Lei n. 9.536/1997, não mais deveria persistir a restrição de que a transferência, prevista no art. 49 da Lei de Diretrizes e Bases, se desse entre instituições de ensino congêneres, como preconizado pelo art. 99 da Lei n. 8.112/1990, por estar revogado este dispositivo.

A Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu provimento, por maioria, ao apelo da impetrante, em aresto que restou assim fundamentado:

“Entendo que a interpretação do art. 1º da Lei n. 9.536/1997 não comporta as restrições defendidas pela Universidade, a saber:

‘Art. 1º A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o Município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.’

‘Assim, o cônjuge de militar transferido, de ofício, com deslocamento de sede, tem direito à matrícula escolar, sem a distinção entre o caráter privado ou público da unidade de ensino de origem.’”

A impetrada, irresignada com o teor do v. acórdão prolatado, interpôs o recurso especial que ora se apresenta, pretendendo a reforma do mesmo, para que seja cassada a segurança deferida, revogando o direito de ser a recorrida matriculada no Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Para tanto, aduz violação ao art. 99 da Lei n. 8.112/1990 e que “não foram atendidos os requisitos da lei, pois não se tratam, **in casu**, de instituições de ensino congêneres, pois a instituição de origem do recorrido não está vinculada à Administração Pública, não guardando, portanto, qualquer similitude com a Universidade Federal do Ceará, autarquia federal, cuja organização, currículos e sistema de ingresso diferem totalmente daqueles certamente adotados pela instituição de origem da impetrante” (fl. 115).

A impetrante, ora recorrida, não apresentou contra-razões, consoante certidão de fl. 121-verso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, no que se refere à alegada violação da legislação infraconstitucional, revela-se merecedor de conhecimento o presente recurso especial, porquanto prequestionada a matéria federal pelo mesmo ventilada e devidamente preenchidos os demais pressupostos recursais para sua admissibilidade.

No mérito, merecem acolhida as pretensões da recorrente.

Com efeito, o art. 1º da Lei n. 9.536/1997 encontra-se assim redigido:

“Art. 1º A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o Município onde se situe a instituição reecedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.”

Por sua vez, reza o art. 49 da Lei n. 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, **verbis**:

“Art 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências **ex officio** dar-se-ão na forma da lei.”

Deveras, esta relatoria sempre se manifestou no sentido de que quando o militar fosse removido **ex officio** e no interesse da Administração, de acordo com o art. 1º da Lei Federal n. 9.536/1997, a este e a seus dependentes assistiria o direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior *congênere* do novo domicílio, em qualquer época do ano. Isto porque a palavra *congênere* refere-se à instituição de ensino que, por sua vez, vem a ser dos gêneros “público” ou “particular”. Consectariamente, se o legislador não quisesse distinguir as instituições de ensino entre si, por sua característica pública ou particular, teria simplesmente omitido o termo “congênere” no texto legal. Por fim, a exceção à regra consistiria apenas nos casos que o curso pleiteado não fosse encontrado em universidade particular, hipótese em que a matrícula poderia ser feita em instituição de ensino público. Assim me manifestei no julgamento do REsp n. 387.578-DE, do qual destaco a seguinte passagem:

“Depreende-se da Lei n. 9.536/1997, que explicitou o parágrafo único, art. 49 da Lei n. 9.394/1996, que quando a transferência do servidor for operada **ex officio**, este terá vaga garantida em qualquer instituição de ensino e em qualquer época do ano. Mister, entretanto, frisar que isso só ocorrerá se, à época da transferência, o curso pleiteado não for encontrado em universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido **ex officio**, caso em que a matrícula poderá ser feita em instituição de ensino público.

Mister, assim, observar que a qualificadora, *congênere*, não foi dispensada, mas ao revés, encontra-se em vigor, não só na previsão do art. 99 da Lei n. 8.112/1990, como também de forma implícita, no art. 1º da Lei n. 9.536/1997.

(...) Assim, o aluno que ingressa em universidade particular deverá permanecer em universidade particular na localidade para onde for residir, salvo se lá não houver instituição desta natureza, caso em que a regra é excepcionada, para não prejudicá-lo.”

Todavia, a jurisprudência não caminhou nesse sentido, ao contrário, definiu que os militares e seus dependentes estão sujeitos exclusivamente às restrições da Lei n. 9.536/1997, a qual não faz referência ao termo *congênere*, concluindo

que não estariam sujeitos ao regime dos servidores públicos civis, mas ao Estatuto dos Militares, exclusivamente. É o que se depreende dos seguintes julgados colacionados:

“Constitucional e Administrativo. Ensino superior. Militar. Transferência **ex officio**. Interesse da Administração Pública. Aplicação da Lei n. 9.536/1997.

1. *O militar removido ex officio e no interesse da Administração Pública tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, Universidade de Brasília, na hipótese de o mesmo ter ingressado originariamente em faculdade particular; ainda que no novo domicílio exista instituição de ensino particular. aplica-se-lhe o art. 1^o da Lei n. 9.536/1997.*

2. *Entendimento consolidado nas Turmas de Direito Público do STJ acerca do direito do militar a uma vaga em estabelecimento de ensino superior público, sendo que o termo congênere previsto no art. 99 da Lei n. 8.112/1990 não deve ser aplicado nas hipóteses em que o militar é transferido, restringindo-se referido artigo aos servidores públicos civis.*

3. *Agravo regimental provido, para, conhecendo do agravo de instrumento, dar provimento ao recurso especial, reconhecendo o direito líquido e certo do agravante à matrícula junto à Universidade de Brasília, em caráter definitivo, para o curso de Direito, determinando-se sua transferência imediata.” (AgRg no Ag n. 425.423-DF, Primeira Turma, desta relatoria, DJ 18.11.2002)*

“Administrativo. Transferência de estudante militar.

1. *Dentre as restrições à transferência, uma delas desgarra-se da Lei n. 9.536/1997 para sedimentar-se na Lei n. 8.112/1990.*

2. *A lei que disciplina a situação jurídica do servidor público, permitindo a transferência do mesmo quando estudante na hipótese de mudança de domicílio em razão do serviço, exige que sejam os estabelecimentos congêneres.*

3. *Não estando os servidores militares sujeitos ao regime da Lei n. 8.112/1990, mas sim ao Estatuto dos Militares, não se pode estender a norma restritiva do art. 99 para atingi-los.*

4. *Os militares e seus dependentes, em matéria de transferência de estabelecimento de ensino, sujeitam-se exclusivamente às restrições da Lei n. 9.535/1997.*

5. *Atendidas as exigências legais, é de ser deferida a transferência.*

6. *Recurso especial improvido.” (REsp n. 409.373-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 05.08.2002)*

“O servidor público transferido tem direito à transferência para universidade oficial, não importando a circunstância de que esteja matriculado em faculdade particular.” (REsp n. 322.162-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 19.11.2001)

Ocorre que o egrégio Supremo Tribunal Federal, recentemente, quando do julgamento da ADIn n. 3.324-DF, de relatoria do Sr. Ministro Marco Aurélio, assentou a inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei n. 9.536/1997, cuja decisão merece transcrição:

“O Tribunal julgou procedente, em parte, pedido de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Lei n. 9.536/1997 que prevê a possibilidade de efetivação de transferência **ex officio** de estudantes — servidores públicos civis ou militares, ou de seus dependentes — entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino superior, quando requerida em razão de remoção ou transferência de ofício desses servidores que acarrete mudança de seu domicílio. Não obstante considerar consentânea com o texto constitucional a previsão normativa asseguradora do acesso à instituição de ensino na localidade para onde é removido o servidor, entendeu-se que a possibilidade de transferência entre instituições não-congêneres permitida pela norma impugnada, especialmente a da particular para a pública, haja vista a envergadura do ensino, a própria gratuidade e a escassez de vagas oferecidas pela última, acabou por conferir privilégio, sem justificativa, a determinado grupo social em detrimento do resto da sociedade, a violar os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior (CF, art. 206, I) e a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino (CF, art. 208, V). Por conseguinte, assentou-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, sem redução do texto, no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, encerrando a cláusula ‘entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino’ a observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congênera, isto é, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública.” (ADIn n. 3.324-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento realizado em 16.12.2004. Informativo do STF n. 374).

Assim, esta Corte Superior, em seus mais recentes julgados, tem seguido a orientação do Pretório excelso, que assentou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, sem redução do texto, no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública.

Deste modo, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública. Neste sentido, faz-se oportuna a colação dos arestos deste Sodalício que restaram assim ementados:

“Administrativo. Ensino superior. Servidores públicos civis e militares. Transferência de ofício. Direito à matrícula no local de destino, observada a congeneridade da instituição.

1. *Nos termos do art. 1^a da Lei n. 9.536/1997, com a interpretação conforme a Constituição a ele atribuída pelo STF (ADIn n. 3.324-7-DF), os servidores públicos, civis ou militares, transferidos de ofício, têm direito à matrícula em instituição de ensino superior do local de destino, observado, todavia, o requisito da congeneridade em relação à instituição de origem.*

2. Recurso especial a que se dá provimento.” (REsp n. 689.608-PE, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.05.2005)

“Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Súmula n. 126-STJ. Inaplicabilidade. Militar. Transferência. Ensino superior. Dependente estudante. Instituição de ensino congênere. Necessidade. Novo entendimento em face da orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n. 3.324-7-DF. Agravo regimental provido.

1. É inaplicável a Súmula n. 126-STJ quando há autonomia da matéria infraconstitucional no acórdão recorrido, e inexistente fundamento constitucional suficiente, por si só, para manter o julgamento. Precedentes do STJ.

2. *Os militares e seus dependentes, quando transferidos de sede no interesse da Administração Pública, têm direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior, desde que observada a congeneridade entre as instituições de ensino.*

3. *Entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn n. 3.324-7-DF (Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 16.12.2004): ‘Em síntese, dar-se-á a matrícula, segundo o art. 1^a da Lei n. 9.536/1997, em instituição privada se assim for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública’.*

4. Provimento do agravo regimental.” (AgRg no REsp n. 529.352-PR, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 02.05.2005).

Ex positis, dou provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 723.698-RJ (2005/0017214-2)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: CBO Empreendimentos e Participações S/A

Advogados: Dauto Rodrigues Moura Junior e outros

Recorrente: Município do Rio de Janeiro

Procuradores: Rodrigo Ramos Lourega de Menezes e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Repetição de indébito. Correção monetária. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Adequação dos honorários advocatícios. Súmula n. 7-STJ. Juros de mora. Aplicação conjunta dos arts. 161 e 167 do CTN. Precedentes.

1. *Ação de repetição de indébito* proposta por CBO Empreendimentos e Participações S/A contra o Município do Rio de Janeiro, requerendo a restituição dos valores pagos indevidamente a título de IPTU — em razão da inconstitucionalidade das alíquotas progressivas — e de Taxa de Iluminação Pública, Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública e Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo, devido à indivisibilidade e inespecificidade dos serviços objeto das referidas taxas, bem como pela identidade das mesmas com a base de cálculo do IPTU. Sentença julgando parcialmente procedentes os pedidos, indeferindo a restituição da TCDL e fixando o termo inicial dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da decisão, concedendo os demais pedidos. Interposta *apelação* pelo réu, o TJRJ negou-lhe provimento por entender que as únicas exceções autorizadoras de diferenciação de alíquotas estão previstas no § 1º do art. 156 e no § 4º do art. 182 da CF e que as taxas reclamadas afrontam o art. 145, § 2º, da CF e o art. 77 do CTN. *Recurso especial* da CBO apontando violação dos arts. 165 do CTN e 870 e 884 do Código Civil, em razão da contrariedade à Súmula n. 162-STJ. *Contra-razões* do Município pugnando pelo não-conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento. O *recurso especial* interposto pelo ente público aponta negativa de vigência aos seguintes dispositivos: arts. 20, § 4º, 458 e 535 do CPC, 167 do CTN, 1.062 do CC de 1916, e fundamenta-se nas seguintes razões: ausência de manifestação sobre redução da verba honorária e redução

dos juros de mora, fixação inadequada da verba honorária e aplicação indevida do art. 161, § 1º, do CTN. *Contra-razões* da empresa aduzindo a constitucionalidade do fundamento central da matéria atacada e a possibilidade de aplicação analógica do art. 161 do CTN. *Admissão* do recurso especial da autora e *inadmissão* dos recursos especial e extraordinário do réu, ensejando a interposição de agravos de instrumento ao STF e ao STJ, sendo este provido, admitindo-se o recurso especial do Município.

2. Ausência de pronunciamento do acórdão recorrido quanto à correção monetária e vícios na sentença. Incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF.

3. Mantendo-se integralmente a decisão de 1ª grau, é possível ao Tribunal acrescentar novos fundamentos relativos ao **meritum causae** e reportar-se aos de 1ª instância quanto a questões periféricas.

4. Não nega vigência a dispositivo legal o acórdão que acolhe uma das teses jurídicas aplicáveis ao caso, em detrimento da defendida pelo recorrente.

5. O exame da adequação da verba honorária de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC encontra óbice na Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

6. No cálculo dos juros de mora, em restituição de indébito tributário, aplica-se a taxa de 1% ao mês, fixada nos termos dos arts. 161 e 167 do Código Tributário Nacional, não cogitado outro índice. Precedentes.

7. Recurso especial da CBO Empreendimentos e Participações S/A não conhecido.

8. Recurso especial do Município do Rio de Janeiro parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial da empresa e, conhecendo parcialmente do recurso do Município, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino

Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 08.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recursos especiais (fls. 425/437 e 469/477) interpostos por CBO Empreendimentos e Participações S/A, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF/1988 e pelo Município do Rio de Janeiro, pela letra **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo TJRJ, assim ementado (fl. 397):

“Direito Tributário e Constitucional. Ação ordinária com pedido declaratório de inconstitucionalidade quanto aos tributos de competência municipal, consubstanciados no IPTU, na taxa de iluminação pública e taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Vício de inconstitucionalidade do Código Tributário Municipal (Lei n. 691/1984), que se reconhece. Progressividade do IPTU impossível, por tratar-se de tributo de natureza real, inadmitindo aferição da capacidade econômica do contribuinte. Taxas de iluminação pública e de coleta de lixo e limpeza urbana que não se amoldam aos preceitos de especificidade e divisibilidade, envolvendo serviços de caráter genérico e não divisível, que se prestam à coletividade como um todo, não legitimam a cobrança das mesmas, por infringência do art. 145 da Constituição Federal, além dos arts. 77 e 79 do CTN. Em se tratando de repetição de indébito, a correção monetária pode e deve computar-se a contar da distribuição do pedido, pois o objetivo da normatividade jurídica é impedir a ocorrência do ganho indevido e sem causa, em detrimento do patrimônio particular do contribuinte. Os juros de 1% ao mês, contudo, devem ser calculados a partir do trânsito em julgado da sentença. Efeitos **ex tunc** da declaração, pois lei inconstitucional é lei nula, e, como tal, não produz efeitos. Admitir-se em contrário será reconhecer que a ação proposta é írrita, já que não será viável o pedido de repetição. Farta e iterativa jurisprudência do Tribunal de Justiça local, do STJ e do STF que traduzem o entendimento prevalente e substanciosos precedentes. Apelação da Municipalidade a que se nega provimento, mantida na quase totalidade a sentença, também em reexame obrigatório.”

Opostos embargos de declaração pelo ente público (fls. 405/409 e 415/416), os mesmos restaram assim espelhados (fl. 412):

“Embargos de declaração. Quando o acórdão confirma, integralmente, a sentença apelada, nada nela modificando, é de palmar evidência que os juros fixados e a verba honorária cominada são os expressos na decisão monocrática. Mais declarar é perpetrar a inocuidade de explicitar o óbvio, em expediente írrito e sem sentido algum sob o aspecto processual.

Embargos que, na verdade, encerram propósito modificativo rejeitados.”

O acórdão que julgou os embargos de declaração da empresa (fls. 415/416) teve a seguinte ementa (fl. 420):

“Embargos de declaração. Acórdão que apreciou as matérias questionadas, confirmando a sentença apelada admitindo-se tão-só a correção dos tributos a partir da distribuição do pedido, que pormenorizadamente cuidou de toda controvérsia. Embargos conhecidos, porém improvidos.”

Tratam os autos de ação de repetição de indébito proposta por CBO Empreendimentos e Participações S/A contra o Município do Rio de Janeiro.

A exordial requereu (fls. 02/22): a) a declaração de inconstitucionalidade da cobrança do IPTU nos exercícios de 1996 a 1999 com base em alíquotas progressivas, adotando-se as alíquotas de 0,6% nos exercícios de 1995 a 1998 e de 0,65% no exercício de 1999; b) a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que ampare a cobrança da TIP — Taxa de Iluminação Pública, da TCLLP — Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública e da TCDL — Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo, em razão da indivisibilidade e inespecificidade dos serviços objeto das referidas taxas, bem como pela identidade das mesmas com a base de cálculo do IPTU; c) a condenação da autora a restituir os valores indevidamente pagos a título de IPTU, TIP, TCLLP e TCDL, corrigidos e acrescidos de juros de mora a partir do recolhimento indevido.

A sentença (fls. 236/242) julgou parcialmente procedentes os pedidos, indeferindo a restituição da TCDL e fixando o termo inicial dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da decisão, concedendo os demais pedidos.

Interposta apelação (fls. 245/271) pelo Município do Rio de Janeiro, o Tribunal **a quo**, por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que (fls. 397/403): a) o IPTU é imposto real, sendo indiferente ao eventual sujeito passivo e suas qualidades, ao contrário dos impostos pessoais; b) as únicas exceções autorizadas de diferenciação de alíquotas estão previstas no § 1º do art. 156 e no § 4º do art. 182 da CF, sendo a regra a simples utilização do valor venal do

imóvel, na forma do CTN; c) das onze hipóteses de incidência da TCLLP, somente uma delas diz respeito a contribuinte que pode ser especificado, pois as demais têm caráter genérico; d) as taxas reclamadas afrontam o art. 145, § 2º, da CF, porque adotam a mesma base de cálculo do IPTU, contrariando, também o art. 77 do CTN; e) a cobrança é inconstitucional tanto pela progressividade das alíquotas como pela indivisibilidade e inespecificidade das mesmas.

No recurso especial apresentado pela CBO Empreendimentos e Participações S/A alega-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos, além de dissídio jurisprudencial:

— *Do Código Tributário Nacional*

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido.”

— *Do Código Civil*

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Aponta como fundamentos para o seu recurso: a) a contrariedade à Sumula n. 162-STJ “Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido”, fazendo jus a recorrente à correção monetária a partir do desembolso, tendo em vista tratar-se de mera atualização; b) a não-incidência da correção a partir do desembolso prejudicaria a restituição integral dos valores, caracterizando enriquecimento sem causa do Município; c) há divergência entre o acórdão recorrido e outros oriundos do TJRS, do TJPR e do próprio TJRJ.

Contra-razões do Município do Rio de Janeiro às fls. 526/530, pugnando pelo não-conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento.

Em sede de recurso especial (fls. 469/477), o Município do Rio de Janeiro aponta como violados os seguintes artigos:

— *Do Código de Processo Civil*

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a summa do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal.”

— *Do Código Civil de 1916*

“Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.”

— *Do Código Tributário Nacional*

“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.”

Fundamenta-se nas seguintes razões: a) o acórdão recorrido deixou de manifestar-se sobre a redução da verba honorária e dos juros de mora; b) a teor da Súmula n. 211-STJ, deve ser anulado o julgado por persistir a omissão mesmo após a oposição de embargos de declaração; c) afigura-se exorbitante a fixação do percentual máximo na verba honorária, uma vez que causas como a presente já são bastante corriqueiras nos Tribunais e não oferecem expressiva dificuldade aos patronos, que limitam-se a provar a propriedade imóvel e o pagamento indevido; d) o acórdão, ao invés de aplicar o § 4º do art. 20 do CPC, utilizou o § 3º do mesmo dispositivo, não se tratando de matéria de fato, mas de direito; e) o art. 161, § 1º, do CTN, que fixa os juros em 1%, mencionado como justificativa no aresto impugnado, refere-se à cobrança de débitos da Fazenda Pública, devendo ser utilizado o percentual de 0,5%, previsto no CC de 1916, então em vigor, conforme já decidiram o STF e o STJ.

Contra-razões da CBO Empreendimentos e Participações S/A (fls. 532/541), aduzindo que: a) o fundamento central da matéria atacada é de cunho eminentemente constitucional, atraindo a Súmula n. 83-STJ; b) está preclusa toda discussão quanto ao mérito da questão — progressividade do IPTU e ilegalidade da TIP e TCLLP; c) não se verifica a omissão apontada pelo Município porque o julgador não está obrigado a fazer alusão a todos os argumentos e dispositivos de lei indicados pelas partes; d) conforme a jurisprudência pátria, os juros de mora na repetição de indébito incidem na base de 1% ao mês, por aplicação analógica do art. 161 do CTN.

Recurso extraordinário apresentado pelo Município do Rio de Janeiro (fls. 479/492).

Decisão da 3ª Vice-Presidência do TJRJ (fls. 563/569) admitindo o recurso especial da autora e inadmitindo os recursos especial e extraordinário do réu, ensejando a interposição de agravos de instrumento dirigidos a esta Corte e ao STF (fl. 570-v). Provido o agravo de instrumento do réu (Ag n. 657.591-RJ), foi admitido o seu recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Não merece conhecimento o apelo da CBO Empreendimentos e Participações S/A. Seu recurso especial busca a reforma do **dies a quo** da incidência de correção monetária. A sentença foi

omissa em tal ponto, tendo o TJRJ fixado a correção a partir da distribuição da ação. Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados. Verifica-se ausência de prequestionamento, aplicando-se, assim, a Súmula n. 282-STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Conheço parcialmente do recurso especial interposto pelo Município do Rio de Janeiro.

Observo não haver a alegada omissão no aresto impugnado, posto que, conforme acórdãos da apelação e dos embargos declaratórios, ao ser integralmente mantida a sentença, o ilustre Desembargador do TJRJ acrescentou novos fundamentos ao **meritum causae** e reportou-se aos de 1ª instância relativamente a questões periféricas, como a fixação de honorários e a correção monetária, assim manifestando-se (fls. 403 e 412):

“(…) Sendo ostensiva a inconstitucionalidade das cobranças, fica evidenciado que a Municipalidade exigiu e acabou alforriando-se de quantias indevidas, *impondo-se a manutenção da sentença recorrida, inclusive em reexame obrigatório.*” (Grifo acrescido).

“Embargos de declaração. Quando o acórdão confirma, integralmente, a sentença apelada, nada nela modificando, é de palmar evidência que os juros fixados e a verba honorária cominada são os expressos na decisão monocrática. Mais declarar é perpetrar a inocuidade de explicitar o óbvio, em expediente írrito e sem sentido algum sob o aspecto processual.

Embargos que, na verdade, encerram propósito modificativo rejeitados.”

Quanto ao art. 458 do CPC, o mesmo também não foi apreciado pelo Tribunal-recorrido, estando ausente o requisito do prequestionamento. Também não vislumbro ofensa ao art. 1.062 do Código Civil de 1916, uma vez que o aresto guerreado homenageou o entendimento que conjuga os arts. 161 e 167 do CTN, em detrimento da tese municipal, conforme será demonstrado.

Insurge-se, ainda, o Município quanto à fixação dos honorários advocatícios. No presente caso, tendo havido sucumbência recíproca e decaído o ente público da maior parte, foram os honorários fixados em 5% (cinco por cento) em favor da empresa-autora. Afirma o Município que a verba honorária deve ser fixada na forma do § 4º do art. 20 do CPC, e não nos patamares ordinários. Sobre essa questão, já se manifestou por diversas vezes esta Corte no sentido de que a aferição do zelo profissional, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo exigido demandam reexame do conjunto fático-probatório, não constituindo finalidade do recurso especial, atraindo a Súmula n. 7-STJ.

A respeito, os seguintes precedentes:

“Tributário. Repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Compensação. Correção monetária. Honorários advocatícios.

1. **Omissis**

2. **Omissis**

3. **Omissis**

4. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado a título de honorários, já que o exame das circunstâncias previstas nas alíneas do art. 20, § 3º, do CPC, impõe, necessariamente, incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula n. 7-STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 655.455-MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.02.2005)

“Recursos especiais. Processual Civil. Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180/2001. Não-incidência. Execução de julgado em sede de ação civil pública. Majoração. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Violação do art. 535 do Código de Processo Civil. Omissão. Inexistência.

1. **Omissis**

2. **Omissis**

3. **Omissis**

4. A majoração do **quantum** fixado em sede de honorários advocatícios, à luz do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, requisita que o juiz analise o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, implicando o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pela letra do Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Decidida a questão suscitada, qual seja, o percentual devido a título de honorários advocatícios, 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.

6. Recurso da União improvido. Recurso de Ana Elizabeth Viedo Facin e outros parcialmente conhecido e improvido.” (REsp n. 671.529-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 1º.02.2005)

“Processual Civil. Recurso especial. Dissídio pretoriano comprovado. Execução de título judicial. Honorários. Art. 20, § 4º, do CPC. Cabimento. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Execução ajuizada antes da edição da norma questionada. Eficácia. Inaplicabilidade. Impossibilidade de fixação do **quantum**. Súmula n. 7-STJ. Parâmetro a ser definido pelo Tribunal **a quo**. Cálculo de liquidação (arts. 20, § 2º, e 604 do CPC). Perito contratado. Beneficiário da Justiça gratuita. Incoerência. Impossibilidade de ressarcimento.

1. **Omissis**

2. **Omissis**

3. **Omissis**

4. **Omissis**

5. Cabe ao magistrado, verificado o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, sua natureza, seu trabalho, o tempo exigido e a importância da causa, fixar o **quantum** devido. Logo, a questão que envolve a determinação da verba honorária é de ordem fática, que depende de provas. Registre-se que não há como se cogitar, nesta via estreita do recurso especial, acerca destes valores, porquanto, nos termos do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte, é vedado o reexame probatório dos autos. Assim, esta fixação fica ao discernimento do órgão julgador **a quo** que, na aplicação do dispositivo legal correto ao caso concreto, deverá apurar tais parâmetros contidos no art. 20 e seus parágrafos, todos do Código de Processo Civil. Precedente (REsp n. 139.919-DF).

6. **Omissis**

7. **Omissis**

8. Recurso conhecido, por ambas as alíneas e, parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, para que seja fixada a verba honorária, mantida no mais, a exclusão da remuneração relativa aos serviços periciais.” (REsp n. 470.306 Relator Ministro Jorge Scartezzini. Quinta Turma. DJ 02.08.2004)

Por fim, não faz jus o Município-recorrente à redução dos juros moratórios de 1% (um por cento) para 0,5% (meio por cento), uma vez que, conforme acima citado, tratando-se de restituição tributária ou repetição de indébito, tem-se aplicado o art. 161 c.c. o art. 167 do CTN, na forma da Súmula n. 188-STJ, estando ausente o pleito de aplicação de outro índice. Nesta esteira:

“Tributário. Repetição de indébito. IPTU. Correção monetária. IPC. Juros de mora. Taxa de 1% a.a. Embargos de declaração. Multa. Art. 538 do CPC.

1. **Omissis**

2. Quanto à taxa, não se confundem os juros moratórios ditados nos arts. 161, § 1º, e 167, CTN, com aqueles mencionados na Lei n. 4.414/1964 (art. 1º), algemadas as disposições do art. 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.'

3. **Omissis.**" (REsp n. 145.798-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 28.05.2001)

"Adicional de imposto de renda. Repetição de indébito. Juros de mora. Percentual. Incidência. Art. 161 c.c. o art. 167 do Código Tributário Nacional. Recurso especial desprovido.

1. É pacífico o entendimento desta Corte e do Pretório excelso no sentido de que no cálculo dos juros de mora, em restituição de indébito tributário, aplica-se a taxa de 1% ao mês, fixada nos termos dos arts. 161 e 167 do Código Tributário Nacional, não prevalecendo o disposto no art. 1º da Lei n. 4.414/1964, c.c. o art. 1.062 do Código Civil.

2. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp n. 198.693-SP, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 07.06.1999)

"Processo Civil e Tributário. Agravo regimental. Repetição de indébito. Juros moratórios.

1. Correta a decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, considerando acertado o entendimento de que, em repetição de indébito, são devidos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão, nos termos do art. 161 c.c. o art. 167, parágrafo único, do CTN, e afastando a incidência do art. 1º da Lei n. 4.414/1964, e art. 1.062 do CC.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag n. 195.542-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 04.10.1999)

"Tributário. Contribuição previdenciária. Administradores e autônomos. Leis ns. 7.787/1989 (art. 3º, I) e 8.212/1991 (art. 22, I). Inconstitucionalidade. Compensação. Possibilidade. Prazo prescricional. Transferência do encargo. Inocorrência. Leis ns. 9.032 e 9.129/1995. Inaplicabilidade. Correção monetária. Índices aplicáveis. Juros moratórios. Precedentes.

1. **Omissis**

2. **Omissis**

3. **Omissis**

4. **Omissis**

5. **Omissis**

6. No silêncio da sentença que não sofreu alteração pelo acórdão, os juros de mora obedecem às disposições contidas no CTN, 1% a.m., contados do trânsito em julgado da decisão, não tendo a autora questionado oportunamente qualquer outro percentual.

7. Recurso do INSS não conhecido e o da autora conhecido e provido parcialmente.” (REsp n. 202.140-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 08.05.2000)

“Processo Civil e Tributário. Repetição de indébito. Juros moratórios.

1. Juros moratórios que, em matéria tributária, seguem o CTN, arts. 161, § 1º, e 167, fixando-os em 1% (um por cento) ao mês.

2. Recurso improvido.” (REsp n. 622.062-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 04.10.2004)

Diante do exposto, não conheço do recurso especial da CBO Empreendimentos e Participações S/A e conheço em parte do recurso especial do Município do Rio de Janeiro, negando-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 730.811-RJ (2005/0037138-6)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Telecomunicações Brasileiras S/A — Telebrás

Advogados: Carlos Roberto Barbosa Moreira e outros

Recorridos: Antônio Coelho de Moura — Espólio e outros

Representado por: Antônio Paschoal Conzo Coelho de Moura — Inventariante

Advogados: Martinho César Garcez e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Interpretação do art. 135 do CPC. Violação do art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência.

1. Impossível, por construção jurisprudencial, alargar-se as causas de suspeição do perito registradas no art. 135 do CPC.

2. Precedentes: AgRg no Ag n. 599.264-RJ; AgRg no REsp n. 583.081-PR; AgRg no Ag n. 142.226-MA.

3. Não é omisso acórdão que examinou os aspectos essenciais à solução do litígio.

4. Recurso provido para afastar a suspeição do perito, mantendo íntegro o laudo elaborado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Sustentou oralmente o Dr. Carlos Roberto Barbosa Moreira pela parte recorrente: Telecomunicações Brasileiras S/A — Telebrás.

Brasília (DF), 02 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 08.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de recurso especial (fls. 235/255) com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional interposto por Telecomunicações Brasileiras S/A — Telebrás em face de acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementados:

— do agravo de instrumento (fls. 209/210):

“Agravo de instrumento. Exceção de suspeição de perito judicial.

1. Conforme jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça é prescindível a autenticação das cópias que instruem o agravo, até porque o art. 525 do CPC não exige tal autenticação (REsp n. 261.316-SP; REsp n. 258.379-AC; REsp n. 358.367).

2. O perito é um auxiliar do juiz, e deve guardar uma conduta ética, isenta e, nos termos do art. 422 do CPC, escrupulosa. A imparcialidade do trabalho do perito é pressuposto do valor probante do laudo.

3. O juiz não está limitado pelas hipóteses legais de impedimento e suspeição para determinar a substituição do perito originariamente nomeado. Se a confiança depositada pelo juiz no experto é premissa fundamental para a boa execução da prova pericial, qualquer evento que macule ou fragilize tal confiança é causa suficiente para a substituição.

4. A nomeação de um perito que se mostre digno de confiança do juiz, que se pautar pela isenção e imparcialidade, é direito assegurado às partes. Pois apesar de o juiz não estar vinculado necessariamente às conclusões do perito, é certo que, mais comumente, se fiará nas mesmas, até porque a necessidade da perícia se apresenta porque o juiz não possui o conhecimento técnico que se fazia necessário para desvendar fato controvertido e relevante para o deslinde da causa.

5. Na hipótese, o perito agendou reuniões com os advogados das partes sem justificativa plausível para discutir seu laudo e — ao fazer isso — antecipou às partes suas conclusões. Sua conduta não está lastreada no art. 429 do CPC, pois não se vislumbra no caso necessidade de o perito dirigir-se às partes para requisitar documentos e dados necessários à elaboração do laudo.

6. A conduta do perito incutiu no espírito de uma das partes dúvidas quanto a sua isenção, sendo legítima a pretensão desta parte, de que o perito seja substituído.

7. Agravo a que se dá provimento”.

— dos embargos de declaração (fls. 230/231):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Prequestionamento.

I - Não havendo no acórdão embargado, qualquer omissão a ser suprida, nem contradição ou obscuridade a ser sanada, os embargos não comportam acolhimento.

II - Os embargos só têm cabimento nas hipóteses previstas no art. 535, I e II, do CPC.

III - Embargos improvidos”.

Cuidam os autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo espólio de Antônio Coelho de Moura e outros contra decisão que, nos autos de execução, rejeitou exceção de suspeição do perito judicial suscitada pelos agravantes sob a alegação de que houvera antecipação inequívoca do resultado da perícia, considerando que a hipótese não se enquadrava no rol taxativo do art. 135 do CPC. O pedido inicial restou assim disposto (fl. 29):

“7.1. Ante o exposto, e invocando os doutos suplementos dos insignes magistrados que compõem esta colenda Primeira Turma, pedem e esperam os Suplicantes:

a) *Preliminarmente, que seja concedido efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, pelas razões aduzidas nos itens 4.1 a 4.6 acima, e*

b) *No mérito, que seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de que, reformada integralmente a r. decisão monocrática, seja julgada procedente a presente exceção de suspeição, determinando-se, em consequência, a nomeação de novo perito.”*

Sobreveio acórdão (fls. 209/210), dando provimento ao recurso manejado, aduzindo que: a) “a imparcialidade do trabalho do perito é pressuposto do valor probante do laudo”; b) “o juiz não está limitado pelas hipóteses legais de impedimento e suspeição para determinar a substituição do perito originariamente nomeado”; c) “na hipótese, o perito agendou reuniões com os advogados das partes sem justificativa plausível para discutir seu laudo e — ao fazer isso — antecipou às partes suas conclusões. Sua conduta não está lastreada no art. 429 do CPC, pois não se vislumbra no caso necessidade de o perito dirigir-se às partes para requisitar documentos e dados necessários à elaboração do laudo”.

Opostos embargos de declaração (fls. 213/217) alegando que o acórdão vergastado se encontrava maculado por omissões e contradições, os mesmos restaram improvidos por não ter sido verificado nenhum dos vícios apontados.

Insistindo pela via especial, a agravada requer a reforma dos arestos vergastados a fim de que seja rejeitada a exceção de suspeição do perito e anulados os atos processuais incompatíveis com tal rejeição. Aduz, em síntese, que:

a) o acórdão proferido por Tribunal local em sede de aclaratórios, sem, todavia, afastar o vício denunciado pelo embargante, merece ser anulado em virtude de ofensa aos ditames do art. 535 do CPC;

b) que o fundamento final acolhido no acórdão é totalmente distinto daquele deduzido no incidente gerando clara afronta ao art. 128 do CPC;

c) “a violação ao art. 135 do Código de Processo Civil (aplicável, indistintamente, a magistrados e a *órgãos auxiliares do juízo, como, no caso, os peritos*: CPC, art. 138, n. III) decorre da circunstância de o Tribunal Regional Federal haver *acolhido a exceção de suspeição, suscitada pelos recorridos, conquanto reconhecesse expressamente que a hipótese não se enquadrava em qualquer das causas típicas de suspeição...?* (Fl. 247)

d) que o comportamento do perito no caso em comento é autorizado pelo art. 429 do CPC.

Além de divergência jurisprudencial, alega violação dos seguintes dispositivos legais:

— *Do Código de Processo Civil:*

Art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Art. 135: “Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”.

Art. 429: “Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças”.

Art. 535: “Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal”.

Contra-razões apresentadas (fls. 264/288).

Juízo positivo de admissibilidade (fl. 290).

Opostos embargos de declaração (fls. 291/297) alegando que a decisão que concedeu juízo positivo de admissibilidade estava fustigada por omissões, os mesmos restaram rejeitados sob a alegação de que a apreciação dos recursos nos Tribunais Superiores acarretará na revisão do juízo de admissibilidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. Há prequestionamento da matéria jurídica discutida. A divergência está demonstrada. A matéria é de direito. Inaplicável ao caso a Súmula n. 7-STJ. Afasto a apontada violação do art. 535 do CPC.

O acórdão questionado enfrentou as questões necessárias para a solução da lide. Não há omissão no seu corpo, nem estão caracterizadas contradição ou obscuridade.

A respeito, com razão o Tribunal **a quo** ao afirmar no voto condutor de fls. 227/228:

“Ora, é indiscutível que o v. acórdão apresenta-se corretamente, uma vez que todas as alegações fáticas foram apreciadas, conforme se verifica da minuciosa fundamentação elaborada pela Relatora, a qual, inclusive, baseou-se na versão dada aos fatos pelo próprio perito.

Portanto, em momento algum, o v. acórdão, ao mencionar a expressão ‘quebra de imparcialidade’, sugeriu que tivesse havido favorecimento à Telebrás, até porque se baseou na narrativa do perito, apenas esclarecendo que em ocorrendo algum fato que indique quebra de imparcialidade e de confiança do perito está autorizada a sua substituição, ainda que não se configure tecnicamente uma das hipóteses tipificadas de impedimento ou de suspeição.

Do ponto de vista lógico-sistemático, todas as alegações feitas pelas partes são objeto de exame e decisão do julgador, devendo, se acolhidas, ser objeto de juízo explícito do juiz, podendo, se rejeitadas, ser objeto de juízo implícito, mas, em qualquer hipótese, todas passam pelo crivo de um juízo lógico, pois, de outro modo, não teria o julgador chegado à conclusão que chegou.

Neste sentido, a jurisprudência predominante no STF, vem assentando que: ‘Não havendo no acórdão embargado qualquer omissão a ser suprida, nem contradição ou obscuridade a ser sanada, os embargos não comportam acolhimento’ (EDcl no AgrRg no Ag no Agravo de Instrumento n. 208.679-6, Relator Ministro Sydney Sanches, STF, Primeira Turma, un, DJ 1ª.03.2002, p. 47).

Os embargos de declaração só têm cabimento nas hipóteses previstas no art. 535, I e II, do CPC, quais sejam: quando houver, no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual devia

pronunciar-se o juiz ou Tribunal, não ocorrendo, no caso, nenhuma das hipóteses que possam justificar o cabimento desse recurso.

Portanto, não merece prosperar a irresignação da embargante, eis que, embora não o diga expressamente, pretende, nas entrelinhas, reverter a decisão consubstanciada no v. acórdão.”

Dou, porém, provimento ao recurso no referente ao mérito. Configurada está, a meu pensar, a alegada violação do art. 135 do CPC.

Doutrina e jurisprudência têm posicionamentos uniformes no sentido de que as hipóteses de suspeição do perito são, unicamente, a prevista no art. 135 do CPC. Sobre elas, não se admite elasticidade, por força de interpretação literal do referido dispositivo.

Registro, a respeito, os seguintes precedentes:

a) AgRg no Ag n. 599.264-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 19.04.2005:

“Processo Civil. Agravo no agravo de instrumento. Exceção de suspeição. Hipóteses do art. 135 do CPC. Rol taxativo. Reexame de matéria fática. Impossibilidade.

Revela-se desprovida de fundamento a suspeição quando a situação não se subsume em qualquer das hipóteses do art. 135 do CPC. Precedentes.

Reconhecendo o Tribunal de origem a ausência de comprovação da alegação de suspeição do magistrado excepto, a alteração de tal quadro demandaria o revolvimento da matéria fático-probatória delineada nas instâncias ordinárias, providência vedada em sede especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

Agravo no agravo de instrumento não provido.”

b) AgRg no REsp n. 583.081-PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 08.11.2004:

“Processual Civil. Agravo regimental. Suspeição. Perito judicial. Art. 135, V, do CPC.

I - Segundo o entendimento pacificado nesta Corte, as hipóteses previstas no art. 135 da Lei Instrumental Civil, para configuração da suspeição, são taxativas, não contemplado, como tal, o fato de o perito já haver se manifestado repetidas vezes em contrário à tese da parte, em pareceres exarados em feitos assemelhados.

II - Agravo desprovido.”

A decisão recorrida não se vinculou a essa orientação jurisprudencial. Com clareza está posto no voto condutor do acórdão ora recorrido que a suspeição acolhida não se enquadra tecnicamente em nenhuma das situações previstas no art. 135 do CPC.

A suspeição foi acolhida pelo fato de o perito ter se dirigido aos advogados das partes para requisitar documentos e dados necessários à elaboração do laudo. Essa conduta do perito não se enquadra nas hipóteses de suspeição prevista no art. 135 do CPC.

É de se ter em consideração que, na espécie, o trabalho do perito foi desenvolvido com base em critérios técnicos, isto é, aplicando regras contábeis para apurar a quantia devida. Não houve, portanto, manifestação de prejulgamento por parte do perito, nem comprovação de que tenha favorecido a uma das partes.

Com razão a parte-recorrente ao afirmar (fls. 247/255):

“23. A violação ao art. 135 do Código de Processo Civil (aplicável, indistintamente, a magistrados e a *órgãos auxiliares do juízo, como, no caso, os peritos*: CPC, art. 138, n. III) decorre da circunstância de o Tribunal Regional Federal haver *acolhido a exceção de suspeição*, suscitada pelos recorridos, *conquanto reconhecesse expressamente que a hipótese não se enquadrava em qualquer das causas típicas de suspeição* (cf., em especial, o acórdão dos embargos declaratórios, fl. 228, primeiro parágrafo: ‘... ainda que não se configura tecnicamente uma das hipóteses tipificadas de impedimento ou de suspeição’).

24. Em outras palavras, o que fez o acórdão recorrido foi ter por *meramente exemplificativa* (!!) a lista do art. 135 do Código de Processo Civil — a qual, a toda evidência, é *taxativa*, conforme se lê na melhor doutrina (**v.g., Humberto Theodoro Júnior**, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, Forense, 31ª ed., 2000, p. 341: ‘A petição [inicial da exceção] deverá especificar o motivo da recusa, que deve ser um dos previstos nos arts. 134 e 135, pois a enumeração legal é taxativa’ — grifou-se e destacou-se).

25. A jurisprudência não destoa do entendimento doutrinário, conforme se colhe dos seguintes julgados, aqui mencionados como simples reforço de argumentação:

“As hipóteses em que a parte pode argüir a suspeição do juiz estão taxativamente enumeradas nos ns. I a V do art. 135 do CPC” (TJSE, RT 556/104).

“*Exceção de suspeição*. Simples inconformismo. Motivo legal inexistente. Aplicação do art. 135 do Código de Processo Civil.

A suspeição haverá de se fundar, obrigatoriamente, em um dos motivos enumerados expressamente no Código de Processo Civil' (TJSP, RT 499/182).

26. Admitir — como, equivocadamente, fez o acórdão recorrido — que se impute a um perito judicial a grave pecha de suspeito por motivo *estranho* à lista de tipos legais do art. 135 do Código de Processo Civil significa a consagração do mais puro *arbítrio judicial*, em matéria que, por sua própria natureza, *impõe interpretação restritiva e vedação da analogia*.

27. Examine-se, por fim, a violação perpetrada pelo acórdão recorrido ao art. 429 do Código de Processo Civil. Entendeu o Tribunal Regional Federal, a propósito, que a conduta do perito, no caso, 'não está lastreada no art. 429 do CPC, pois não se vislumbra no caso necessidade de o perito dirigir-se às partes para requisitar documentos e dados necessários à elaboração do laudo' (fl. 210, ementa)

28. O acórdão recorrido, ao manifestar semelhante entendimento, quis consagrar *interpretação absolutamente incompatível com a norma interpretada*, na qual se atribui ao perito a clara possibilidade de 'utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças' (grifou-se).

29. A partir de uma exegese intoleravelmente *restritiva* e que desmembra a idéia do emprego, pelo perito, de 'todos os meios necessários' (veja-se bem: *todos*), o acórdão recorrido estranhou houvesse aquele *expert* adotado a seguinte conduta '... informar às partes previamente a metodologia que adotará na elaboração do laudo, franqueando-lhes que manifestem sua concordância, ou que apresentem impugnações justificadas, ou ainda que ofereçam documentos que não estejam juntados aos autos do processo' (fl. 199).

30. No dizer da Relatora, 'já esse procedimento não me parece regular, pois, ao contrário do que sustenta a parte-agravada, o contraditório e a ampla defesa devem ser exercidos no processo, a partir da juntada do laudo pericial, e sob presidência do juiz, não havendo previsão legal ou justificativa para que se instaure contraditório e defesa por iniciativa do perito ao tempo em que está produzindo seu laudo' (fl. 199).

31. D.v., a conduta descrita no acórdão e atribuída ao perito do Juízo nada tem de irregular, encontrando-se, muito ao contrário, perfeitamente

amparada naquele art. 429. Se o perito pode valer-se ‘de todos os meios necessários’, não se entende por que estaria ele inibido de, antes da confecção do laudo, reunir-se com *ambas* as partes para expor-lhes ‘a metodologia que adotará na elaboração do laudo’. Ao revés do que pareceu à Relatora e a seus eminentes pares, o comportamento atribuído ao perito se harmoniza à perfeição com as expressões ‘obtendo informações’ e ‘solicitando documentos’, as duas presentes no dispositivo legal que o acórdão desastradamente violou.

32. Além disso, é no mínimo *exagerada* a afirmação de que ‘o contraditório e a ampla defesa devem ser exercidos no processo, a partir da juntada do laudo pericial, e sob presidência do juiz’, a sugerir que *apenas quanto aos atos desenvolvidos na sede do juízo é que se haveria de observar o contraditório*. Ora, se o perito dispõe de ‘Todos os meios necessários’, podendo até chegar ao ponto de ouvir testemunhas ‘sem forma ou figura de juízo’ (cf. **Amaral Santos**, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, vol. IV, Forense, 5ª ed., 1989, p. 333), o que o impediria, então, de ouvir testemunhas *após convocar as partes e seus advogados, e na presença de uns e outros*? Não estaria esse procedimento mais afinado com aqueles princípios constitucionais do que o de quem se limitasse a colher, reservadamente e sem nenhum controle dos litigantes, o depoimento de uma testemunha?

Mutatis mutandis, *o que haveria de irregular na conduta de um perito que se dispusesse a ouvir comentários das partes, e até ‘impugnações justificadas’, antes de iniciar seu trabalho?*

33. O acórdão ainda procura embasar sua conclusão — a de que o comportamento do perito estaria em desacordo com a regra do art. 429 do Código de Processo Civil — na assertiva segundo a qual ‘o objeto da perícia era efetuar a correção monetária de valores’ e ‘aplicar índices de correção monetária não depende de colheita de dados junto às partes’ (fl. 200). O argumento não se sustenta: *é notório que um dos maiores e mais tormentosos problemas de um processo judicial que já atravessou algumas décadas consiste precisamente na identificação dos critérios adequados à atualização monetária de determinado valor, especialmente, como no caso, se o devedor fez diversos pagamentos, ao longo de anos, que igualmente precisam ser atualizados e deduzidos do alegado crédito*.

34. No particular, o acórdão, desatento à realidade forense e aos incontáveis acórdãos, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, *que ora mandam atualizar as dívidas de um jeito, ora de outro completamente distinto*, o acórdão, repita-se, quis enxergar questão *simples* onde existe questão de

enorme complexidade, acerca de cuja solução divergem as Cortes brasileiras; e tanto há complexidade que o Juízo de 1ª instância ordenou a realização de uma perícia, ao invés de se fiar, tout court, na palavra de seu contador (cf., nas próprias razões dos agravantes, o que se diz às fls. 05/07 destes autos).

35. No verdadeiro cipoal de possíveis critérios de correção monetária, onde sequer os economistas se entendem, que mal há em o perito — como descreve o acórdão — ‘informar às partes previamente a metodologia que adotará na elaboração do laudo, franqueando-lhes que manifestem sua concordância, ou que apresentem impugnações justificadas’? De que modo isso pode importar em ‘quebra de imparcialidade’, se o perito ‘procurou as partes’, e não apenas *uma delas*, e se a *ambas* expôs os índices que adotaria para proceder à atualização da dívida?

36. Como claramente se percebe, não procede, em absoluto, o argumento de que o perito ‘adiantou o resultado de seu trabalho’ (fl. 200, penúltimo parágrafo), se, como o próprio acórdão reconhece, o que ele fez foi discutir com as partes ‘o índice que (...) adotaria para a correção do **quantum**’.

37. Sublinhe-se, por fim, que a *Telebrás de modo algum pretende re-discutir, neste recurso especial, se a conduta do perito, tal como a descreveu o acórdão recorrido, foi realmente aquela, ou se foi outra: o que se quer demonstrar, aqui e agora, é que o comportamento do perito descrito (e censurado) no acórdão está autorizado pela norma do art. 429 do Código de Processo Civil. Portanto, não se trata de examinar quaisquer fatos, mas sim de, aceitando os fatos narrados no acórdão, saber se eles se enquadram ou não naquilo que a lei permite ao perito fazer. Questão, em outras palavras, de Direito Federal, e não de fato.*

Divergência de julgados

(Cabimento do recurso pela letra c)

38. Além de cabível pela letra **a**, este recurso especial é igualmente admissível pela letra **c** do permissivo constitucional, pois o acórdão recorrido, em relação ao art. 135 do Código de Processo Civil, adotou entendimento oposto àquele consagrado em precedente do Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 142.276-MA, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 23.03.1998, p. 97, cujo inteiro teor se acha em anexo, tendo sido obtido no *site* da Corte, conforme permitido no REsp n. 327.687-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, **in** Revista de Processo 107/347 e DJ 15.04.2002, p. 225).

39. Como anteriormente anotado, o acórdão recorrido insofismavelmente consagrou a tese de que o perito pode ser tido por *suspeito* mesmo em hipótese *não enquadrável em qualquer dos incisos do art. 135 do diploma processual*. A partir dessa premissa, a Turma acolheu a *exceção de suspeição*, embora não houvesse indicado a concreta hipótese do art. 135 na qual se enquadrava o perito.

40. O ponto de vista do acórdão recorrido é possível colhê-lo do seguinte excerto:

‘... qualquer fato que indique quebra de imparcialidade e de confiança do perito autoriza a substituição, não existindo um suposto direito das partes ou do próprio perito a sua manutenção, *pelo fato de não se configurar tecnicamente uma das hipóteses tipificadas de impedimento ou de suspeição*’ (fl. 199, grifou-se)

41. E, ao julgar os embargos de declaração opostos pela Telebrás, a Turma reafirmou seu entendimento:

‘... [o acórdão] se baseou na narrativa do perito, apenas esclarecendo que em ocorrendo fato que indique quebra de imparcialidade e de confiança do perito está autorizada a sua substituição, *ainda que não se configure tecnicamente uma das hipóteses tipificadas de impedimento ou de suspeição*’ (fl. 228, grifou-se).

42. É de se sublinhar — repita-se e insista-se — que o acórdão acolheu a *exceção de suspeição*, conforme se lê na parte final do voto condutor (fl. 201); em outras palavras, teve por *suspeito* o perito, conquanto não houvesse situado a hipótese em qualquer dos incisos do art. 135 do Código de Processo Civil, tendo, muito ao contrário, explicitado o entendimento de que esse enquadramento exato num dos tipos seria *irrelevante*.

43. O Superior Tribunal de Justiça, ao revés, proclamou, no AgRg no Ag n. 142.276-MA, que ‘as hipóteses que levam à *suspeição* do magistrado estão *taxativamente previstas no art. 135 do Código de Processo Civil*’ (ementa). No corpo do julgado, o Relator, Ministro Eduardo Ribeiro, *prestigiou as decisões locais*, segundo as quais ‘o rol do art. 135 do Código de Processo Civil é *taxativo* e não abrange a hipótese aventada pelo Banco do Brasil’. Muito claramente, pois, a *tese jurídica* adotada pelo Superior é a de que as possíveis causas de *suspeição* são aquelas, e apenas aquelas, do art. 135, *não se podendo acolher exceções fundadas em fatos diversos*.

44. O *dissídio é irrecusável*: na interpretação de um mesmo dispositivo de Lei Federal (o art. 135 do CPC), o Tribunal Regional Federal, no acórdão

recorrido, sustentou o caráter *exemplificativo* das causas de suspeição, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça, no precedente trazido a confronto, afirmou textualmente cuidar-se de catálogo *taxativo*. Seria difícil conceber divergência maior entre julgados.

45. É irrelevante, na revelação do dissídio, o fato de o acórdão do Superior tratar de suspeição de *magistrado* pois, como antes se recordou, o art. 135 se aplica indistintamente a eles e aos *peritos*, nos termos da norma de extensão do art. 138, n. III, do mesmo diploma. A lista ou é *exemplificativa para todos os que nela se enquadram*, ou é *taxativa para as mesmas pessoas*. Logo, restou plenamente demonstrado o dissídio na interpretação do Direito Federal.”

Isso posto, conheço do recurso para:

- a) negar-lhe provimento pela apontada violação do art. 535 do CPC;
- b) dar-lhe provimento para afastar a suspeição do perito, mantendo íntegro o laudo elaborado.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Srs. Ministros, em um primeiro momento, indaguei se seria um direito da parte recorrer para manter o perito no processo, tendo em vista que ele produz elementos de convicção para o juiz; ou seja, qual seria sua legitimidade para oferecer um recurso com o fim de manter um perito insuspeito. Por outro lado, o perito também não teria legitimidade, como terceiro prejudicado, para oferecer recurso. Dessa forma, o recurso é realmente da parte, porque ela tem o direito de fazer valer um elemento de convicção a seu favor que seja imune e imparcial. Se a parte tem o direito de oferecer exceção de suspeição, impedimento e incompetência, tem também o direito de recorrer para que seja mantido hígido o laudo do perito nomeado.

O ilustre advogado colocou com muita acuidade — o que não é surpresa, pois conheço o desempenho profissional de S. Ex^a. há muitos anos — a distinção entre análise de fato e qualificação jurídica dos fatos. Na Turma, sempre houve uma invocação sofismática dessa diferença. Mas, neste caso, há uma diferença. Não temos que analisar o fato, e, sim, se o fato, tido como premissa, enquadra-se na lei, o que é, realmente, uma qualificação jurídica do fato e transpõe a Súmula n. 7.

O fato não está elencado como uma **causa petendi** para arguição de suspeição do perito. Poder-se-ia dizer que o juiz é o senhor da prova e que pode,

por outros fatores, considerar-se suspeito ou impedido o *expert*. Entretanto, essa não é a orientação da doutrina, o que seria despidendo citar, nem da Corte, que além de técnica é uniformizadora. No Agravo Regimental no Recurso Especial n. 583.081-PR e no Recurso Especial n. 36.390-SP afirma-se: “As hipóteses de exceção de suspeição do perito são de enumeração taxativa”.

Quer sob o ângulo legal, quer jurisprudencial, considero irretorquível a conclusão a que chegou o Sr. Ministro-Relator e acompanho o voto de S. Ex^a., conhecendo do recurso especial para negar-lhe provimento pela contrária violação ao art. 535 do CPC e dar-lhe provimento para afastar a suspeição do perito, mantendo íntegro o laudo elaborado.

RECURSO ESPECIAL N. 732.325-PR (2005/0041319-5)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Tânia Maria Quaresma Torres e outros

Recorridos: Odila Dalagnol e outros

Advogado: Wilson Gudowski

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial. FGTS. Ação rescisória ajuizada no TRF/4ª Região. Julgado rescindendo proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Competência. Art. 113, § 2º, CPC. Inaplicabilidade. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. MP n. 2.164-40/2001. Aplicabilidade. Precedentes deste Tribunal.

1. Ação rescisória ajuizada pela CEF objetivando rescindir julgado deste STJ para considerar indevido o pagamento dos valores relativos aos índices correspondentes aos Planos Econômicos Bresser (junho/1987), Verão (janeiro/1989), Collor I (abril e maio/1990) e Collor II (fevereiro/1991). O Tribunal extinguiu a ação sem julgamento de mérito ante a constatação de que a decisão a ser rescindida teria sido proferida pelo STJ. Em sede de especial, sustenta a CEF violação dos arts. 485 e 113, § 2º, ambos do Código de Processo Civil, bom como infringência dos art. 2º, 9º, § 1º, e 29-C da Lei n. 8.036/1990, e 6º da LICC.

2. Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal **a quo**, e tratando-se de caso de competência originária deste STJ, não se pode remeter os autos a esta Corte, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito. Inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC. Precedentes.

3. Quanto à irresignação fundada na suposta violação dos arts. 485 do CPC; 2º e 9º, § 1º, da Lei n. 8.036/1990, e 6º da LICC, estes referem-se especificamente ao mérito do recurso, restando prejudicada a sua apreciação em face da inaplicabilidade do supramencionado art. 113 da Lei Processual. Ademais, ainda que assim não o fosse, é de se constatar que as referidas normas nem mesmo foram objeto de apreciação na instância ordinária, o que inviabilizaria o recurso, também, pela falta de prequestionamento, conforme o teor das Súmulas ns. 282 e 356 da Suprema Corte.

4. Este Superior Tribunal de Justiça já pacificou o seu entendimento no sentido de que, nas lides relativas ao FGTS, a Caixa Econômica Federal fica exonerada do pagamento de honorários desde que o ajuizamento das referidas demandas tenha-se dado sob os auspícios do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, introduzido pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 27.07.2001. Precedentes da Primeira Seção (REsp n. 583.125-RS, relatoria para acórdão do Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 14.02.2005, e REsp n. 559.959-SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 21.03.2005).

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame recurso especial (fls. 121/130) apresentado pela Caixa Econômica Federal — CEF com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal de 1988 objetivando a desconstituição de acórdão proferido pela Segunda Seção do TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 117):

“Processual Civil. Ação rescisória. FGTS. Competência do STJ. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Honorários. Incidência.

Se, no exame da admissibilidade do recurso especial interposto, o Superior Tribunal de Justiça, não obstante negar seguimento ao recurso, enfrentou o mérito da decisão rescindenda, aplicável a Súmula n. 249 do STF

Não se cuida de situação em que se possa declinar da competência. Primeiro porque a ação foi proposta com o objetivo de rescindir a última decisão que transitou em julgado, que é do STJ e não deste Regional; segundo, porque não foi postulada a rescisão do pronunciamento da Corte Superior para que se pudesse declinar da competência.

Precedentes do STJ e do STF que confirmam o entendimento de que a rescisória ajuizada equivocadamente deve ser extinta, sem julgamento do mérito.

Constatada impropriedade técnica insuperável, não há como ser remediada a ação ao STJ, pois em momento algum foi postulada a rescisão de sua decisão de mérito.

Ação rescisória extinta sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Afastada a aplicação do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, nos termos de precedentes do STJ.

Prequestionamento estabelecido pelas razões de decidir.”

Tratam os autos de ação rescisória ajuizada no TRF/4ª Região pela CEF objetivando rescindir julgado deste STJ para considerar indevido o pagamento dos valores relativos aos índices correspondentes aos Planos Econômicos Bresser (junho/1987), Verão (janeiro/1989), Collor I (abril e maio/1990) e Collor II (fevereiro/1991).

O Tribunal de origem entendeu tratar-se de feito de competência desta Corte e extinguiu a ação sem julgamento de mérito.

Em sede de recurso especial, sustenta-se violação do art. 485 do CPC, no que concerne às hipóteses de cabimento de ações rescisórias, e do art. 113, § 2ª,

da Lei Processual, que estabelece a remessa dos autos ao juízo competente em casos, de ser declarada a incompetência absoluta.

Ainda, alega-se infringência dos arts. 2º, 9º, § 1º, e 29-C da Lei n. 8.036/1990 e 6º da LICC, **in verbis**:

“Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações. (...)”

“Art. 9º; § 1º A rentabilidade média das aplicações deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e ainda à formação de reserva técnica para o atendimento de gastos eventuais não previstos, sendo da Caixa Econômica Federal o risco de crédito.” (Grifamos).

“Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios.”

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (**caput**)”.

Em suas razões, alega a CEF, em síntese, que:

a) não merece prosperar a respeitável decisão que julgou extinta a ação rescisória, pois o Tribunal **a quo** deveria ter remetido o processo para esta Corte, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC;

b) deve ser afastada a sua condenação na referida verba de sucumbência, eis que a ação foi ajuizada posteriormente a 27.07.2001, data de edição da Medida Provisória n. 2.164-40/2001, que conferiu redação ao art. 29-C da Lei n. 8.036/1990; e

c) a decisão recorrida não se encontra em conformidade com a jurisprudência emanada dos tribunais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A irresignação recursal merece parcial acolhida, consoante passo a demonstrar.

Para tanto, as razões que sustentam o aresto atacado devem ser registradas (fls. 113/115):

“Ocorre que na apreciação da admissibilidade do recurso a decisão adentrou no exame de mérito, manifestando-se expressamente sobre as

diversas questões suscitadas, como a legitimidade passiva, a prescrição e o índice a ser utilizado na correção monetária das contas vinculadas ao FGTS, juros e honorários, negando seguimento ao recurso, porque a decisão recorrida está conforme a orientação daquele Tribunal.

Verifica-se assim verdadeira justaposição do juízo de admissibilidade do recurso especial com o mérito deste, uma vez que a constatação de existência de violação de lei federal é, segundo o STJ, pressuposto para o recurso ser admitido, caso em que também será provido. Na hipótese de não ser reconhecida nenhuma causa para o provimento do recurso especial, o STJ simplesmente deixa de conhecê-lo, sob o fundamento de não haver razão para dele conhecer e não provê-lo.

(...)

Todavia, no caso em exame, não se cuida de situação em que simplesmente se declina da competência, pois, em realidade, em nome da boa técnica processual temos uma ação em que é postulada a rescisão da última decisão de mérito que transitou em julgado, que não é do Regional, mas assim foi afirmado na inicial.

Não foi postulada a rescisão do julgado do STJ para que se pudesse remeter os autos àquela Corte, que não admitiria fosse declinada a competência, como consta do acórdão a seguir transcrito:

‘Ação rescisória. Processual Civil. Competência originária do STJ. Propositura perante a Corte **a quo**. Extinção do processo, sem julgamento do mérito. Agravo regimental desprovido.

1. O pedido formulado na inicial com vistas a rescindir julgado da Corte **a quo** não pode ser modificado pelo órgão julgador para se ajustar ao juízo rescisório originário do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual deve o feito, equivocadamente ajuizado perante o TRF da 4ª Região, ser extinto sem julgamento de mérito. Precedentes do STJ e do STF

2. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (STJ, Primeira Seção, AgRg na Ação Rescisória n. 2.010-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ. 02.09.2002).

(...)

Se a ação foi mal formulada e mal endereçada, existe uma impropriedade técnica insuperável, pois nem se poderia remeter os autos àquela Corte para apreciar o pedido formulado — que visa a rescindir acórdão deste

Tribunal — nem o STJ poderia manifestar-se sobre tal pretensão, pois em momento algum foi postulada a rescisão do último julgado que se consubstancia em manifestação de mérito daquela Corte.

Por isso, a extinção sem julgamento de mérito é o único caminho viável dentro das hipóteses previstas na lei adjetiva, sendo de todo impossível declarar incompetência e remeter os autos à Corte Superior.

(...).”

Corroborando as assertivas acima enunciadas, trago à colação o pronunciamento da eminente Ministra Denise Arruda, no julgamento de 23 de junho de 2004, do AgRg na AR n. 3.089-PR, DJ 02.08.2004, cujo conteúdo passo a transcrever:

“O presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão atacada, cujo teor é o seguinte:

Ação rescisória. FGTS. Última decisão de mérito na causa proferida pelo STF. Incompetência absoluta deste STJ. Extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC).

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 485, V, do CPC, visando rescindir julgado desta Corte Superior, que entendeu devidos os expurgos inflacionários calculados pelo IPC para fins de correção monetária dos saldos do FGTS.

Sustenta a autora, preliminarmente, o cabimento da rescisória porque a matéria a ser analisada é de cunho constitucional, o que afasta a aplicação da Súmula n. 343 do STF, destinada apenas a litígios envolvendo matéria de ordem legal **stricto sensu**.

No mérito, alega que os titulares de contas vinculadas ao FGTS não têm direito adquirido à atualização dos depósitos pelos índices que pleiteiam, especificamente no tocante aos Planos Bresser, Collor I (maio/1990) e Collor II, pois as normas que determinaram os índices aplicados observaram o preceito contido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Ao final, pede a antecipação da tutela para que os réus se abstenham de proceder ao levantamento da importância depositada nos autos da ação ordinária, referente aos índices objeto da presente rescisória, limitando-se a execução tão-somente ao que é devido e, após contestada a ação, requer a procedência do pedido para rescindir a decisão atacada e para considerar indevido o pagamento dos valores relativos aos índices correspondentes aos planos econômicos: Bresser (jun./1987), Collor I (maio/1990) e Collor II (fev./1991).

Junta procuração e cópias da sentença, do acórdão proferido pelo Tribunal **a quo**, da decisão deste Superior Tribunal de Justiça a qual se visa rescindir (que negou seguimento ao recurso especial), da decisão do Supremo Tribunal Federal (que conheceu em parte do recurso extraordinário simultaneamente interposto e, nessa parte, deu-lhe provimento para afastar da condenação da CEF a atualização dos depósitos do FGTS pelo IPC especificamente no que concerne aos Planos Bresser, Collor I e Collor II) e da certidão de trânsito em julgado dessa última decisão.

É o relatório.

2. Esta Corte Superior não tem competência para processar e julgar a presente ação rescisória, uma vez que, conforme acima relatado, a última decisão de mérito foi aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que conheceu em parte do recurso extraordinário interposto simultaneamente ao especial cujo julgamento aqui se visa rescindir e, nessa parte, deu-lhe provimento. Verifica-se, **in casu**, a ausência de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, qual seja, a competência do juízo.

A propósito do assunto, confira-se a lição de **Cândido Rangel Dinamarco**:

‘Se a ‘incompetência’ fosse o verdadeiro empecilho ao julgamento da ação rescisória por Tribunal local na circunstância sobre a qual dispõe a Súmula n. 249, seria imperioso o deslocamento do feito, com remessa ao Tribunal de superposição competente. Tal é um ditame da teoria e da disciplina legal da competência, uma vez que o juiz ou tribunal incompetente não é destituído de jurisdição e, por esse motivo, a lei é muito explícita: quer se trate de incompetência relativa ou absoluta, ou mesmo quando a demanda haja sido proposta perante Justiça incompetente ou Tribunal inferior ao competente, o destino do processo é o juízo ou tribunal competente e jamais a extinção processual (CPC, arts. 113, § 2º, e 311).

A Súmula n. 249 não trata, porém, de uma autêntica questão de competência. Estamos diante de uma situação em que, acima da incompetência, deve ser reconhecida a ‘carência de ação rescisória’. A consequência é que o processo dessa ação rescisória deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, como manda o art. 267, VI, e § 3º, do Código de Processo Civil. Assim é também o alvitre de Barbosa Moreira, o qual refere e louva um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que está dito:

‘se a ação intenta a rescisão de acórdão de Tribunal local, tendo sido, entretanto, examinada pelo Supremo Tribunal Federal a questão controvertida no julgamento rescindendo, a hipótese é de extinção do processo. Não se justifica a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da rescisória não é o seu acórdão.’ (In “Nova Era do Processo Civil”, p. 279, São Paulo: Malheiros, 2003).

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

‘Constitucional e Processual. Anistia de militar. Promoção por merecimento. Art. 8º do ADCT. Reconhecimento da preliminar de incompetência do STJ. Incidência da Súmula n. 249-STF.

I - A teor do prescrito no Verbete Sumular n. 249-STF: ‘É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, *tiver apreciado a questão federal controvertida*’.

II - Na hipótese dos autos, o Pretório excelso adentrou ao exame meritório da **questio** posta em debate, quando do julgamento do agravo de instrumento interposto, em face da negativa de seguimento ao recurso extraordinário.

III - Neste contexto, se o último pronunciamento acerca do tema, promoção de militar beneficiado pelo art. 8º do ADCT, foi do Supremo Tribunal Federal, impõe-se reconhecer a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar a presente ação. Precedentes.

IV - Ação rescisória extinta, sem exame do mérito.’ (AR n. 408-DE, Terceira Seção, Relator p/ o acórdão Ministro Gilson Dipp, DJ 12.05.2003).

‘Constitucional. Anistia. Militar. Promoção. Merecimento. Art. 8º, ADCT. Incompetência. STJ.

1. Se o último pronunciamento acerca do buslilis, promoção de militares beneficiados pelo art. 8º do ADCT, foi do Supremo Tribunal Federal, não há falar em competência do STJ para dirimi-lo, via ação rescisória, sendo, ainda, aplicável à espécie o verbete da Súmula n. 249-STF. Precedente.

2. Processo extinto.’ (AR n. 393-DE, Terceira Seção, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 29.06.1998)

‘Embargos de declaração. Omissão. Ação rescisória. Arguição de incompetência.

1. Incide a norma do art. 535, II, do CPC, quando omissivo o julgado na apreciação de preliminar de inépcia da petição inicial por incompetência da Corte para conhecer e julgar ação rescisória, argüida, ainda que **en passant**, em sede de alegações finais.

2. Se o último pronunciamento acerca da controvérsia, negando provimento a agravo, tirado de decisão inadmitindo recurso extraordinário, foi do Supremo Tribunal Federal, a toda as luzes falta competência ao STJ para dirimi-la, **ut** Verbete n. 249 da súmula do STF.

3. Embargos de declaração acolhidos para, emprestando-lhes efeitos modificativos, julgar extinto o processo de ação rescisória, sem decisão de mérito, condenada a autora no pagamento da verba de patrocínio.' (EDcl na AR n. 388-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 31.08.1998)".

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"Ação rescisória. Processo Civil. Competência originária do STJ. Propositura perante a Corte **a quo**. Extinção do processo, sem julgamento do mérito. Agravo regimental desprovido.

1. O pedido formulado na inicial com vista a rescindir julgamento da Corte **a quo** não pode ser modificado pelo órgão julgador para se ajustar ao juízo rescisório originário do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual deve o feito, equivocadamente ajuizado perante o TRF da 4ª Região, ser extinto sem julgamento de mérito. Precedentes do STJ e STF.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg na AR n. 2.010-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 02.09.2002)

"Processual Civil. Ação rescisória. Competência originária do STJ. Propositura perante Tribunal local. Extinção do processo. Impossibilidade de modificação do pedido.

I - Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal local, tratando-se de caso de competência originária do STJ, não se pode remeter os autos a este, para que julgue o pedido como se fosse direcionado para rescindir o seu acórdão.

II - O pedido formulado pelo autor, para a rescisão da decisão do Tribunal local, não pode ser modificado pelo órgão julgador, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

Ação rescisória não conhecida." (AR n. 920-SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 25.02.2002).

“Processual Civil. Ação rescisória. Competência originária do STJ. Propositura perante Tribunal local. Extinção do processo. Impossibilidade de modificação do pedido.

I - Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal local, tratando-se de caso de competência originária do STJ, não se pode remeter os autos a este, para que julgue o pedido como se fosse direcionado para rescindir o seu acórdão.

II - O pedido formulado pelo autor, para a rescisão da decisão do Tribunal local, não pode ser modificado pelo órgão julgador, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC).

Processo extinto sem julgamento do mérito.” (AR n. 602-RJ, Relator Ministro Felix Fischer, Revisor Ministro José Dantas, DJ 26.10.1998).

Com efeito, proposta a ação rescisória equivocadamente perante o Tribunal **a quo**, e tratando-se de caso de competência originária deste STJ, não se pode remeter os autos a esta Corte, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito.

Portanto, inaplicável, na espécie, o teor do art. 113, § 2º, do CPC.

Já quanto à interposição do recurso especial embasada na suposta violação dos arts. 485 do CPC; 2º e 9º, § 1º, da Lei n. 8.036/1990, e 6º da LICC, é de se anotar que estes se referem especificamente ao mérito do recurso, ou seja, cabimento ou não-cabimento da ação rescisória no caso concreto.

Em face disso, resta prejudicada a sua apreciação diante do óbice imposto pela discussão acerca da competência para a análise da lide e da inaplicabilidade do supramencionado art. 113 da Lei Processual. Ademais, ainda que assim não o fosse, é de se constatar que as referidas normas nem mesmo foram objeto de apreciação na instância ordinária, o que inviabilizaria o recurso, também, pela falta de prequestionamento, conforme o teor das Súmulas ns. 282 e 356 da Suprema Corte.

Quanto ao tocante à alegada violação do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, com a redação dada pela MP n. 2.164-40/2001, este tema já foi objeto de apreciação por parte deste Tribunal.

Resta sedimentado o entendimento de que, nas lides relativas ao FGTS, a Caixa Econômica Federal fica exonerada do pagamento de honorários desde que o ajuizamento das referidas demandas tenha-se dado sob os auspícios do art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, introduzido pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 27.07.2001.

A EC n. 32/2001, conquanto impeça a edição de medidas provisórias na esfera do Direito Processual Civil, resguardou, em seu art. 2^o, a eficácia e validade daquelas que porventura já haviam adentrado o mundo jurídico.

Tal entendimento vem sendo reiteradamente reafirmado em julgados recentes desta Corte: AgRg no REsp n. 615.632-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 17.12.2004, p. 441; REsp n. 632.077-RS, Relatora p/ o acórdão Ministra Eliana Calmon, DJ 21.03.2005, p. 333; EDcl no REsp n. 572.862-RS, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 1^a.03.2004; REsp n. 636.120-RS, Primeira Turma, Ministra Denise Arruda, DJ 17.06.2004; REsp n. 634.826-BA, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 11.06.2004; AgRg no REsp n. 587.176-SC, Segunda Turma, Ministro João Otávio de Noronha, DJ 03.05.2004.

Uniformizou-se a jurisprudência acerca do tema no âmbito da Primeira Seção quando do julgamento, em 14.02.2005, do EREsp n. 583.125-RS, cujo Relator para acórdão foi o eminente Ministro Teori Albino Zavascki.

De igual modo:

“FGTS. Correção monetária. Diferenças. Honorários. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990. Medida Provisória n. 2.164-40/2001, anterior à Emenda Constitucional n. 32/2001.

1. O art. 29-C é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e deve ser aplicado às relações processuais instauradas a partir da sua vigência (27.07.2001), inclusive nas causas, que não têm natureza trabalhista, movidas pelos titulares das contas vinculadas contra o FGTS, administrado pela CEF

2. A Medida Provisória n. 2.164-40/2001, foi editada em data anterior à da EC n. 32/2001, época em que o regime constitucional não fazia restrição ao uso desse instrumento normativo para disciplinar matéria processual.

3. Embargos de divergência a que se dá provimento.” (EREsp n. 559.959-SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.03.2005, p. 210)

Compulsando-se os autos, verifica-se que a ação teve seu ajuizamento posterior à entrada em vigência da referida norma no ordenamento jurídico pátrio. Portanto, sob a égide da disposição contida no referido art. 29-C, que tem sua aplicação ao caso.

Posto isso, *dou parcial* provimento ao recurso especial, apenas, para excluir a CEF da condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 798.263-PR (2005/0191014-9)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Magali Thais Ledur e outros

Recorridos: Compensados Mirim Ltda e outro

Advogados: Marcos Wengerkiewicz e outros

EMENTA

Tributário. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Denúncia espontânea (CTN, art. 138). Tributo não declarado. Caracterização. Multa moratória. Compensação. Possibilidade.

1. A jurisprudência assentada no STJ considera inexistir denúncia espontânea quando o pagamento se referir a tributo constante de prévia Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais — DCTF ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS — GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei. Considera-se que, nessas hipóteses, a declaração formaliza a existência (= constitui) do crédito tributário, e, constituído o crédito tributário, o seu recolhimento a destempo, ainda que pelo valor integral, não enseja o benefício do art. 138 do CTN (precedentes da Primeira Seção: AgRg no EREsp n. 638.069-SC, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 13.06.2005; AgRg nos EREsp n. 332.322-SC, Primeira Seção, Ministro Teori Zavascki, DJ 21.11.2005).

2. Entretanto, não tendo havido prévia declaração pelo contribuinte, configura denúncia espontânea, mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a confissão da dívida acompanhada de seu pagamento integral, anteriormente a qualquer ação fiscalizatória ou processo administrativo (precedente: AgRg no Ag n. 600.847-PR, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 05.09.2005).

3. A compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, originariamente admitida apenas em hipóteses estritas, submete-se, atualmente, a um regime de virtual universalidade. O art. 74 da Lei n. 9.430/1996, com a redação dada pela Lei n. 10.637/2002, autoriza o aproveitamento de quaisquer “créditos relativos a tributos ou contribuições” que sejam passíveis de restituição, para fins de compensação com “débitos próprios relativos a quaisquer

tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”. Ora, o conceito de crédito tributário abrange também a multa (CTN, art. 113, §§ 1º e 3º, e art. 139; Lei n. 9.430/1996, art. 43), razão pela qual, no atual estágio da legislação, já não se pode negar a viabilidade de utilizar os valores indevidamente pagos a título de crédito tributário de multa para fins de compensação com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. Tal possibilidade é reconhecida, inclusive, pelas autoridades fazendárias (arts. 2º, § 1º; 26, 28, §§ 1º e 2º; 35, parágrafo único e 51, § 8º, da Instrução Normativa SRF n. 460, de 18 de outubro de 2004).

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 169/176), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em demanda visando à compensação de valores indevidamente recolhidos a título de multa moratória, com futuros pagamentos de tributos arrecadados pela Receita Federal, negou provimento ao apelo da ré e à remessa oficial, decidindo que: a) tendo se configurado, na espécie, denúncia espontânea, há de se eximir as recorrentes “da responsabilidade pela infração, que se traduz na multa moratória” (fl. 152 v.); b) “inexiste no art. 138 do CTN diferenciação entre multa moratória e multa punitiva, sendo o instituto da denúncia espontânea aplicável a ambos os casos” (fl. 153), e c) “a penalidade pecuniária derivada do inadimplemento de obrigação tributária tem o mesmo tratamento de tributo” (fl. 153), sendo viável a compensação dos valores pagos. Opostos embargos de declaração, foram acolhidos,

para fins de prequestionamento dos arts. 113, **caput** e §§ 2^a e 3^a, do CTN; 84, II, da Lei n. 8.981/1995, 61 da Lei n. 9.430/1996, e 66 da Lei n. 8.383/1991 (fl. 167).

No recurso especial, a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: a) art. 138, **caput** e parágrafo único, do CTN, pois I - não há que se falar em denúncia espontânea, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação e II - o afastamento da exigência da multa de mora daria ensejo ao recolhimento dos tributos com atraso, uma vez que “nenhuma consequência adversa daí adviria aos contribuintes imptuiais” (fl. 173); b) art. 66 da Lei n. 8.383/1991, pois “a multa de mora, de natureza administrativa, não é compensável com tributos” (fl. 174).

Em contra-razões (fls. 179/188), alegam os recorridos, preliminarmente, ausência de prequestionamento. No mais, pugnam pela integral manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Ao contrário do que sustentam os recorridos, a matéria objeto do recurso está explicitamente prequestionada. Lê-se, com efeito, no acórdão recorrido:

“Configurou-se a denúncia espontânea das autoras, na medida em que realizara o pagamento integral dos tributos em atraso, acrescidos dos consectários da mora, antes de qualquer iniciativa da Receita Federal em apurar o débito. Em casos como este, a jurisprudência tem eximido o contribuinte da responsabilidade pela infração, que se traduz na multa moratória.” (Fl. 152 v.)

“A repetição de valores pagos indevidamente ao Fisco Federal, qual seja sua modalidade — compensação ou restituição, vem arrimada no art. 66 da Lei n. 8.383/1991, o qual, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.069/1995 (...)” (fl. 153).

Portanto, afasta-se a preliminar.

2. A denúncia espontânea é instituto de Direito Tributário, previsto no art. 138 do CTN, que opera como causa de exclusão das responsabilidades decorrentes de infração à legislação tributária. Para sua configuração é necessária a recomposição, por iniciativa do infrator e anteriormente a qualquer procedimento administrativo ou medida fiscalizatória, dos prejuízos advindos da infração, seja pelo pagamento imediato e integral do tributo devido e dos juros de mora, seja

pelo depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, nos casos em que a ela competir a apuração de tal valor. Não há previsão de forma especial para a realização do ato, sendo exigível, apenas, a individualização da obrigação tributária, acompanhada da realização integral do débito. Ao afastar as sanções decorrentes do descumprimento da obrigação tributária, mais do que proporcionar um favor fiscal ao contribuinte, a denúncia espontânea atende à finalidade pública, minimizando, com o estímulo ao adimplemento espontâneo daqueles débitos ignorados pelo Fisco, os prejuízos decorrentes da impossibilidade real de que todas as situações de irregularidade sejam alcançadas pela fiscalização tributária.

3. Tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, esta Corte se pronunciou inúmeras vezes no sentido de que não se configura denúncia espontânea quando o sujeito passivo, tendo realizado previamente a declaração do débito, procede ao recolhimento do tributo em atraso. A peculiaridade de tais situações reside no fato de que a declaração do contribuinte, à semelhança do lançamento operado pela autoridade fiscal, tem a eficácia de constituir o crédito tributário, tornando-o, portanto, líquido, certo e exigível, independentemente de qualquer outro procedimento. E, constituído o crédito, já não há como supor possível a configuração de sua denúncia espontânea, como prevista no art. 138 do CTN. Foi nesse sentido o voto proferido no AgRg nos EREsp n. 332.322-SC:

“Tributário. Tributos declarados pelo contribuinte e recolhidos fora de prazo. Denúncia espontânea (CTN, art. 138). Não-caracterização.

1. O art. 138 do CTN, que trata da denúncia espontânea, não eliminou a figura da multa de mora, a que o Código também faz referência (art. 134, parágrafo único). É pressuposto essencial da denúncia espontânea o total desconhecimento do Fisco quanto à existência do tributo denunciado (CTN, art. 138, parágrafo único). Conseqüentemente, não há possibilidade lógica de haver denúncia espontânea de créditos tributários já constituídos e, portanto, líquidos, certos e exigíveis.

2. Segundo jurisprudência pacífica do STJ, a apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais — DCTF (instituída pela INSRF n. 129/1986, atualmente regulada pela IN SRF n. 395/2004, editada com base no art. 5º do DL n. 2.124/1984 e art. 16 da Lei n. 9.779/1999) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS — GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de formalizar a existência (= constituir) do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco.

3. A falta de recolhimento, no devido prazo, do valor correspondente ao crédito tributário assim regularmente constituído acarreta, entre outras conseqüências, as de a) autorizar a sua inscrição em dívida ativa, b) fixar o termo **a quo** do prazo de prescrição para a sua cobrança, c) inibir a expedição de certidão negativa do débito, e d) afastar a possibilidade de denúncia espontânea.

4. Nesse entendimento, a Primeira Seção firmou jurisprudência no sentido de que o recolhimento a destempo, ainda que pelo valor integral, de tributo anteriormente declarado pelo contribuinte, não caracteriza denúncia espontânea para os fins do art. 138 do CTN. Precedente da Primeira Seção: AgRg nos EREsp n. 638.069-SC, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 13.06.2005.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg nos EREsp n. 332.322-SC, Primeira Seção, Ministro Teori Zavascki, DJ 21.11.2005.)

4. Isso não significa dizer, todavia, que a denúncia espontânea está afastada em qualquer circunstância ante a pura e simples razão de se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação. Não é isso. O que a jurisprudência afirma é a não-configuração de denúncia espontânea quando o tributo foi previamente declarado pelo contribuinte, já que, nessa hipótese, o crédito tributário se achava devidamente constituído no momento em que ocorreu o pagamento. **A contrario sensu**, pode-se afirmar que, não tendo havido prévia declaração do tributo, mesmo o sujeito a lançamento por homologação, é possível a configuração de sua denúncia espontânea, uma vez concorrendo os demais requisitos estabelecidos no art. 138 do CTN. Nesse sentido, o seguinte precedente:

“Processual Civil. Tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento. Art. 545 do CPC. Recurso especial. Denúncia espontânea. CTN, art. 138. Pagamento integral do débito fora do prazo. IRRF. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Diferença não constante da DCTF. Possibilidade de exclusão da multa moratória.

1. É cediço na Corte que ‘Não resta caracterizada a denúncia espontânea, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento.’ (REsp n. 624.772-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 31.05.2004)

2. A inaplicabilidade do art. 138 do CTN aos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação funda-se no fato de não ser juridicamente admissível que o contribuinte se socorra do benefício da denúncia espontânea para afastar a imposição de multa pelo atraso no pagamento de tributos por

ele próprio declarados. Precedentes: REsp n. 402.706-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 15.12.2003; AgRg no REsp n. 463.050-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 04.03.2002, e EDcl no AgRg no REsp n. 302.928-SP, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 04.03.2002.

3. Não obstante, configura denúncia espontânea, exoneradora da imposição de multa moratória, o ato do contribuinte de efetuar o pagamento integral ao Fisco do débito principal, corrigido monetariamente e acompanhado de juros moratórios, antes de iniciado qualquer procedimento fiscal com o intuito de apurar, lançar ou cobrar o referido montante, tanto mais quando este débito resulta de diferença de IRRF, tributo sujeito a lançamento por homologação, que não fez parte de sua correspondente Declaração de Contribuições e Tributos Federais.

4. **In casu**, o contribuinte reconhece a existência de erro em sua DCTF e recolhe a diferença devida antes de qualquer providência do Fisco que, em verdade, só toma ciência da existência do crédito quando da realização do pagamento pelo devedor.

5. Ademais, a inteligência da norma inserta no art. 138 do CTN é justamente incentivar ações como a da empresa ora agravada que, verificando a existência de erro em sua DCTF e o conseqüente autolancamento de tributos aquém do realmente devido, antecipa-se à Fazenda, reconhece sua dívida, e procede ao recolhimento do montante devido, corrigido e acrescido de juros moratórios.” (AgRg no Ag n. 600.847-PR, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 05.09.2005)

5. Relativamente à natureza da multa moratória, esta Corte já se pronunciou no sentido de que “o Código Tributário Nacional não distingue entre multa punitiva e multa simplesmente moratória; no respectivo sistema, a multa moratória constitui penalidade resultante de infração legal, sendo inexigível no caso de denúncia espontânea, por força do art. 138, mesmo em se tratando de imposto sujeito a lançamento por homologação” (REsp n. 169.877-SP, Segunda Turma, Ministro Ari Pargendler, DJ 24.08.1998). Recentemente, as Primeira e Segunda Turmas reiteraram esse posicionamento, conforme as ementas que seguem:

“Tributário. Denúncia espontânea. Multa moratória. Exclusão. Natureza da multa. Art. 535 do CPC.

(...)

3. O pagamento integral em atraso de tributos, sem que tenha sido iniciado procedimento administrativo, configura-se denúncia espontânea, hipótese amparada pelo art. 138 do Código Tributário Nacional.

4. Ressalto que a regra desse dispositivo não estabelece distinção entre multa moratória e punitiva com o fito de excluir apenas esta última.

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido.” (REsp n. 745.089-PR, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 15.08.2005).

“Processual Civil e Tributário. Agravos regimentais. Recursos especiais. Pagamento do tributo em atraso. Denúncia espontânea. Configuração. Multa moratória. Exclusão. Compensação com tributos. Impossibilidade.

I - A egrégia Primeira Seção desta Corte firmou o entendimento de que, inexistente procedimento administrativo prévio, visando a exigir o pagamento do tributo em atraso, resta configurada a denúncia espontânea, quando o contribuinte **de per si** o recolhe, sendo indevida a cobrança de multa moratória que, no sistema tributário vigente, tem o caráter de punição. Precedentes: REsp n. 499.652-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 29.04.2003; REsp n. 306.716-SC, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 11.03.2002, e REsp n. 241.114-RN, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 04.06.2001.

(...)

III - A multa de mora é penalidade que resulta de uma infração legal, ou seja, do não-cumprimento de uma obrigação tributária principal, em nada se assemelhando aos tributos propriamente ditos, sendo, pois, inadmissível a compensação entre estes e aquela. Precedentes: REsp n. 447.825-SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 23.06.2003; AgRg no REsp n. 326.859-RS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 19.05.2003, e AgRg no REsp n. 326.859-RS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 19.05.2003.

IV - Agravos regimentais improvidos.” (AgRg no REsp n. 690.628-PR, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 06.06.2005)

“Tributário. Denúncia espontânea. Multa moratória. Exclusão. Natureza da multa. Art. 535 do CPC.

(...)

3. O pagamento integral em atraso de tributos, sem que tenha sido iniciado procedimento administrativo, configura-se denúncia espontânea, hipótese amparada pelo art. 138 do Código Tributário Nacional.

4. Ressalto que a regra desse dispositivo não estabelece distinção entre multa moratória e punitiva com o fito de excluir apenas esta última.

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido.” (REsp n. 745.089-PR, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 02.06.2005)

6. Por fim, cumpre analisar a questão relativa à de compensação dos valores recolhidos a título de multa moratória com aqueles devidos a título de tributos. A jurisprudência do STJ formou-se no sentido de negar essa possibilidade, e, para assim concluir, teve em conta duas ordens de fundamentação: a) de que a multa não tem natureza tributária, e sim administrativa (REsp n. 602.376-RS, DJ 03.05.2004; AgRg no REsp n. 469.919-SC, DJ 10.11.2003), e b) de que a lei só autoriza compensação em situações estritas, que não podem ser interpretadas extensivamente (EDcl no Ag n. 492.678-PR, DJ 03.11.2003; EDcl no REsp n. 323.787-SP, DJ 07.10.2002). Entretanto, tais fundamentos não mais parecem compatíveis com o atual regime legal do instituto da compensação tributária, pelo menos no que diz respeito aos tributos federais. Com efeito, veja-se.

7. A compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, originariamente admitida apenas em hipóteses estritas, submete-se, atualmente, a um regime de virtual universalidade. O art. 74 da Lei n. 9.430/1996, com a redação dada pela Lei n. 10.637/2002, autoriza o aproveitamento de quaisquer “créditos relativos a tributos ou contribuições” que sejam passíveis de restituição, para fins de compensação com “débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”. Veja-se o teor do dispositivo:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.”

O conceito de “crédito (...) relativo a tributo ou contribuição” (art. 74 da Lei n. 9.430/1996) passível de restituição deve ser compreendido, portanto, em sentido amplo (e não em sentido estrito). Aliás, do ponto de vista lógico, “qualquer tributo ou contribuição” só pode ser restituído quando conceituado em sentido amplo. É que o pagamento indevido somente pode ser passível de restituição justamente porque não se referiu a tributo em sentido estrito, e sim a um pretenso tributo. Nesse sentido a precisa anotação do Ministro Ari Pargendler, Relator do EREsp n. 78.301-BA:

“Qual é a natureza dos valores recolhidos indevidamente? Eles não têm a natureza de imposto nem a de contribuição; são valores exigidos indevidamente — esta sua qualificação, independentemente de qual seja o código utilizado para a respectiva arrecadação, mas seu recolhimento se deu como se fossem devidos a título de contribuição para o Finsocial e, para o efeito de compensação, devem ser considerados assim.” (DJ 28.04.1997).

Nesse sentido, é de se considerar que os valores que representem pagamento indevido possuem, rigorosamente, a natureza de pagamento indevido, de modo que a lei, ao se referir a “crédito relativo a tributo ou contribuição”, o faz, necessariamente, na acepção ampla da expressão, para abranger qualquer pagamento feito indevidamente pelo contribuinte a título de crédito tributário.

Ora, o crédito tributário abrange não apenas o tributo em sentido estrito, mas também as penalidades sobre ele incidentes. Diz o CTN:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

(...)

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.

(...)

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.”

A própria Lei n. 9.430/1996, a mesma que autoriza a compensação de tributos, deixa evidenciada, em seu art. 43, que o crédito por multa, ainda que isoladamente considerado, é um crédito tributário. Eis o que consta do dispositivo:

“Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.”

Embora a inclusão das penalidades pecuniárias no objeto da obrigação tributária principal tenha recebido críticas da doutrina — no sentido de que “não se confundindo tributo com penalidade, não poderia o Código Tributário Nacional incorporar no conceito de obrigação tributária principal algo que não é tributo, mas sanção administrativa” (**Luciano Amaro**, “Direito Tributário Brasileiro”, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 242) —, não há dúvidas acerca da consequência prática de tal uniformização: independentemente da origem e natureza dos créditos, se pertinentes a tributos, juros ou multa, para efeitos de cobrança são

considerados como se fossem uma unidade. **Hugo de Brito Machado**, nesse sentido, leciona:

“(...) a inserção do valor da penalidade pecuniária na relação obrigacional, depois da liquidação, tem apenas a finalidade de ordem prática de viabilizar a reunião desse valor ao valor do tributo, também já devidamente liquidado, para que o total seja objeto de um único procedimento de cobrança, vale dizer, da mesma execução fiscal.

As diferenças quanto aos regimes jurídicos do tributo e da penalidade justificam a separação entre o valor de um e o valor da outra no procedimento de liquidação ou acerto, que o Código denominou lançamento tributário. Antes, portanto, da existência do crédito que decorre tanto do tributo, como da penalidade. Separação que há de persistir até que seja concluída a apuração dos correspondentes valores. Depois desta, porém, a reunião dos valores apurados sob o nome crédito tributário, embora não seja perfeita do ponto de vista terminológico, não causa nenhum transtorno ao aplicador da lei, nem qualquer prejuízo às partes a ela submetidas” (“Comentários ao Código Tributário Nacional”. São Paulo: Atlas, v. 2, 2004, pp. 300/301)

Sacha Calmon, criticando a “conversão” de obrigação acessória em principal, referida no § 3º do art. 113 do CTN, conclui que “o legislador expressou-se mal. Quis dizer uma coisa e acabou dizendo outra. Quis dizer, afinal, que as multas tributárias seriam cobradas como se tributos fossem, gozando dos mesmos privilégios do crédito tributário”. (“Teoria e Prática das Multas Tributárias”, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 44.)

Portanto, tendo o legislador atribuído o caráter de crédito tributário tanto aos tributos quanto às penalidades pecuniárias, não parece razoável e nem justificável que, para efeitos de repetição de indébito, sejam considerados de modo diferenciado. Aliás, a disposição do art. 167, **caput**, do CTN, reporta-se, justamente, a essa situação, devendo ser aplicada, por analogia, às hipóteses de compensação:

“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.”

Assim, na expressão “crédito (...) relativo a tributo”, constante da norma autorizadora de compensação (art. 74 da Lei n. 9.430/1996), devem ser compreendidos os valores que compõem o crédito tributário, assim considerado

o tributo e as penalidades pecuniárias sobre ele incidentes. **Hugo de Brito Machado (op. cit., p. 300)**, discorrendo acerca da propriedade de se designar como obrigação tributária aquela decorrente de sanção pecuniária, expõe interpretação que corrobora essa idéia:

“(...) a qualificação tributária para a penalidade cominada para a infração da lei tributária é pacificamente aceita pela doutrina. Assim, se a penalidade pode ser qualificada como tributária, porque cominada em lei pertinente à tributação, não há por que criticar essa mesma qualificação para a obrigação decorrente do cometimento ilícito. Afinal, o qualificativo tributário pode ser entendido como relativo a tributo, mas ser relativo a tributo não é o mesmo que ser tributo.”

8. Reafirma-se, destarte, seja em face da natureza da multa (que é crédito tributário), seja pelo regime de virtual universalidade conferido pela atual legislação à compensação dos créditos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal, que já não faz sentido impedir que o contribuinte utilize, para fins de compensação, os créditos decorrentes de indevido pagamento de multas. A própria autoridade fazendária, na Instrução Normativa n. 460, de 18 de outubro de 2004, da Secretaria da Receita Federal, em diversos dispositivos, explicitou a possibilidade dessa compensação:

“Art. 2º Poderão ser restituídas pela SRF as quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição sob sua administração, nas seguintes hipóteses:

I - cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

§ 1º Também poderão ser restituídas pela SRF, nas hipóteses mencionadas nos incisos I a III, as quantias recolhidas a título de multa e de juros moratórios previstos nas leis instituidoras de obrigações tributárias principais ou acessórias relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRF.

(...)

Art. 26. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá

utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela SRF.

(...)

Art. 28. Na compensação efetuada pelo sujeito passivo, os créditos serão valorados na forma prevista nos arts. 51 e 52 e os débitos sofrerão a incidência de acréscimos legais, na forma da legislação de regência, até a data da entrega da Declaração de Compensação.

§ 1º A compensação total ou parcial de tributo ou contribuição administrados pela SRF será acompanhada da compensação, na mesma proporção, dos correspondentes acréscimos legais.

§ 2º O disposto no **caput** e no parágrafo único do art. 6º da Lei n. 8.218, de 29 de agosto de 1991, aplica-se à compensação da multa de lançamento de ofício efetuada, respectivamente, no prazo legal de impugnação e no prazo legal para a apresentação de recurso voluntário, salvo nos casos excepcionados pela Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e por outros diplomas legais.

(...)

Art. 35. Existindo no âmbito da SRF e da PGFN dois ou mais débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo e sendo o valor da restituição ou do ressarcimento inferior à sua soma, observar-se-á, na compensação de ofício, a ordem a seguir apresentada:

(...)

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo ou contribuição, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

(...)

Art. 36. O crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional que remanescer da compensação de que trata o art. 35 deverá ser compensado de ofício com os seguintes débitos do sujeito passivo, na ordem a seguir apresentada:

(...)

IV - o débito de natureza não-tributária.

(...)

Art. 51. O crédito relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, passível de restituição, será restituído ou compensado com o acréscimo de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, acumulados mensalmente, e de juros de 1% (um por cento) no mês em que:

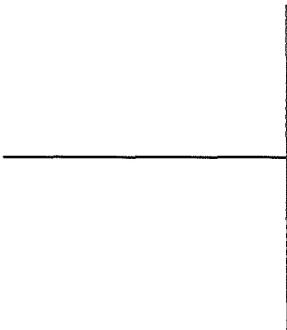
(...)

§ 8º As quantias pagas indevidamente a título de multa de mora ou de ofício, inclusive multa isolada, e de juros moratórios decorrentes de obrigações tributárias relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRF também serão restituídas ou compensadas com o acréscimo dos juros compensatórios a que se refere o **caput**.”

9. No caso concreto, conforme acentuou o Tribunal de origem, a autora “realizara o pagamento integral dos tributos em atraso, acrescidos dos consectários da mora, antes de qualquer iniciativa da Receita Federal em apurar o débito” (fl. 152 — verso). Ademais, não há qualquer referência no sentido de ter sido realizada prévia declaração dos débitos. Desse modo, é de ser confirmado o acórdão, que reconheceu a denúncia espontânea e acolheu o pedido de compensação.

10. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



Jurisprudência da Segunda Turma

HABEAS CORPUS N. 39.262-SP (2004/0155472-3)

Relator: Ministro Castro Meira

Impetrante: Wagner Oswaldo Farhat

Impetrado: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 200403000472478 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Olga Maria Ribeiro

EMENTA

Habeas corpus. Depositário infiel. Prisão civil. Posse do bem. Arrendamento do bem oferecido em garantia. Liminar negada em **habeas corpus** anterior.

1. Em casos excepcionais se admite **habeas corpus** impetrado contra o indeferimento de liminar, em razão da necessidade de se agilizar o *writ*.
2. Não detendo a posse do bem oferecido em garantia, o constrangimento da prisão civil deve ser afastado.
3. Ordem concedida.

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, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 1ª.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por Wagner Oswaldo Farhat, em favor de Olga Maria Ribeiro, que se acha ameaçada de prisão civil, como depositária infiel em execução fiscal que tramita no Juízo de Direito da Comarca de Itapecerica da Serra-SP, em que houve penhora sobre o faturamento da empresa Auto Posto Ribeiro, da qual é sócia.

Segundo o impetrante, a paciente, viúva do Sr. Benedito Ribeiro, nomeado fiel depositário da empresa e falecido em 25 de dezembro de 1996, arrendou o Auto Posto Ribeiro, em 30 de novembro de 1998. Na data de 21 de julho de 1999, foi nomeada depositária “do importe penhorado sobre 15% (quinze por cento) do faturamento mensal da executada” (fl. 27).

O juiz de Direito decretou a prisão administrativa da paciente, como depositária infiel, pelo prazo de 30 dias ante o descumprimento do encargo assumido. Contra tal decisão, houve a interposição de agravo de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, monocraticamente, indeferiu a suspensividade postulada.

Argumenta o impetrante que a paciente, ao exarar sua assinatura no auto de nomeação, responsabilizou-se judicialmente por bem que não detinha a posse.

O provimento liminar foi deferido (fls. 51/52), para sustar o cumprimento do mandado de prisão até o julgamento definitivo da presente ordem de **habeas corpus**.

Instado, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do *writ*, em parecer assim resumido:

“**Habeas corpus**. *Writ* contra decisão monocrática proferida por relator. Ausência de supressão de instância. Teratologia.

Não cabe **habeas corpus** contra decisão monocrática proferida em sede de liminar, salvo quando há teratologia ou a ilegalidade do **decisum**.

Matéria que não for objeto de apreciação pelo Tribunal **a quo**, não pode ser examinada por esse colendo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de acarretar supressão de instância.

Parecer pelo conhecimento do *writ*” (fl. 176).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Cuida-se de execução fiscal contra Auto Posto Ribeiro Ltda, interposta perante a Comarca de Itapeçerica da Serra, em que o imóvel foi oferecido como garantia do juízo e determinada a penhora de 15% do faturamento mensal da empresa-executada, tendo sido nomeado, à época, depositário fiel, o Sr. Benedito Ribeiro, sócio da empresa e esposo da impetrante.

Segundo consta, foram feitos pagamentos em espécie, que foram levantados pela exeqüente. Todavia, com o falecimento do Sr. Benedito Ribeiro, a titularidade

dos bens foi transferida para sua esposa, a paciente, que alega desconhecimento da condição de depositário fiel assumida por seu esposo.

A empresa-executada foi arrendada a terceiros em 30.11.1998, e a impetrante foi nomeada depositária fiel em 12.11.1999.

Ao ser decretada sua prisão civil, a impetrante peticionou de forma a demonstrar que à época não mais detinha a posse do imóvel, sob a alegação de ter sido nomeada depositária fiel em sua residência, lugar diverso daquele no qual estavam os bens a si confiados. Pediu a revogação do mandado de prisão, por ocorrência de erro material. Não tendo sido acolhido tal pedido, agravou de instrumento a ora impetrante, porém o Tribunal **a quo** manteve a sentença, negando o efeito suspensivo.

A liminar foi deferida pelos seguintes fundamentos:

“Em sede de Juízo provisório, entendo presentes os pressupostos do deferimento do pedido.

Embora a paciente tenha assinado o Auto de Nomeação de Depositária sobre o valor de 15% do faturamento da empresa, à época já não mais detinha a posse da empresa, em razão de anterior arrendamento.

Ademais, esta Corte tem entendimento pacífico de que a penhora sobre faturamento da empresa só é admitida em casos excepcionais, desde que cumpridas todas as formalidades processuais, tais como a nomeação de administrador.

A respeito, confirmam-se:

‘Processual Civil. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento. Possibilidade. Violação ao art. 535, II, do CPC não configurada. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

Não se configura a omissão apontada se o acórdão hostilizado analisou a controvérsia à luz dos preceitos legais indicados e em conformidade com a jurisprudência pacífica deste Tribunal.

A jurisprudência admite a penhora em dinheiro até o limite de 30% do faturamento mensal da empresa devedora executada, desde que cumpridas as formalidades ditadas pela lei processual civil, como a nomeação de administrador, com apresentação da forma de administração e de esquema do pagamento.

A revisão da matéria fática que embasou a fundamentação do julgado é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

Recurso especial não conhecido' (REsp n. 287.603-PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 26.05.2003);

'Processual Civil. Execução fiscal. Penhora sobre percentual do faturamento. Matéria de prova. Súmula n. 7-STJ.

I - A penhora sobre percentual do faturamento de empresa deve obedecer a determinadas formalidades, com a nomeação de administrador e apresentação de esquema de pagamento, requisitos esses, segundo o Tribunal Estadual, soberano no exame dos fatos, atendidos na espécie, refugindo a matéria à competência desta Corte, nos termos da Súmula n. 7.

II - Agravo regimental desprovido' (AgRg no Ag n. 214.347-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 23.08.1999)" — fls. 51/52.

De início, vale registrar que esta Corte, em casos excepcionais, tem admitido o **habeas corpus** impetrado contra o indeferimento de liminar. Tal excepcionalidade se verifica no caso, em razão da necessidade de agilizar-se o *writ*. Nesse sentido, esta Corte tem precedentes:

"**Habeas corpus**. Depositário infiel. Liminar negada em **habeas corpus** anterior.

1. Pela urgência, admite-se **habeas corpus** em ataque a indeferimento de liminar em outro **habeas corpus**.
2. Depositário de bem penhorado em execução fiscal quitada.
3. Quitação que merece ser conferida para só após exigir-se do devedor pagamento remanescente.
4. **Habeas corpus** concedido." (HC n. 29.643-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 03.11.2003);

"**Habeas corpus**. Depositário infiel. Execução fiscal. Bem arrematado. Procedimento atentatório à dignidade da Justiça. Prisão civil.

1. Somente em casos excepcionais é admissível a impetração de **habeas corpus** contra despacho que indeferiu liminar em *writ* anterior.
2. Comprovado que os bens custodiados, já arrematados em processo executivo fiscal, permanecem em poder do depositário, cumpre-lhe, uma vez intimado, apresentá-los à autoridade judiciária.
3. Circunstância que não dá ensejo à prerrogativa legal do depósito do equivalente em dinheiro.

4. **Habeas corpus** não conhecido.” (HC n. 25.095-SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 10.03.2003).

No mérito, resta claro deter a impetrante a propriedade do bem dado em garantia, contudo está comprovado nos autos que não detém a posse do imóvel (fls. 20/25), circunstância que, por si só motiva o afastamento do constrangimento de prisão civil.

Tal fato foi constatado pela exequente que, ao percebê-lo, pediu a substituição do bem penhorado, conforme se depreende de sua petição:

“O patrono da depositária, em peça acostada às fls. 160/164, argumenta que em razão de arrendamento sobre o estabelecimento comercial, firmado em 1º de dezembro de 1998, a Srª. Olga não mais exerce atividade mercantil sobre o bem, estando, portanto, impossibilitada de depositar a quantia referente à penhora. De forma a elucidar o alegado, foi juntada, às fls. 165/170, cópia do contrato de arrendamento/locação comercial, confirmando que a proprietária transferiu a terceiros o exercício da atividade da empresa pelo período de 10 anos.

Desta forma, ficou evidenciado que, em razão do arrendamento, comprovado por meio da juntada dos documentos, não há como a depositária realizar o pagamento estipulado. No entanto, conforme se depreende do próprio contrato de arrendamento, mais precisamente na cláusula terceira, a depositária/arrendadora recebe aluguel no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Nesse contexto, entende-se mais viável substituir o bem penhorado pelo aluguel do arrendamento, e, por conseguinte, nomear como depositário fiel os arrendatários do estabelecimento comercial” (fl. 170).

Este Tribunal já teve oportunidade de examinar caso em que a simples dúvida quanto à posse é capaz de afastar o constrangimento. Confira-se:

“**Habeas corpus**. Inadimplemento de contrato de mútuo clausulado com alienação fiduciária em garantia.

Incerteza quanto à propriedade e posse do bem dado em garantia. Dúvida que beneficia o paciente, recomendando não poder ser submetido à prisão na condição de depositário infiel, por não configurada, na espécie, essa circunstância.

Ordem de **habeas corpus** que se concede” (HC n. 7.259-PR, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 03.08.1998).

Trago ainda à colação a manifestação nestes autos do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Henrique Fagundes ao opinar pela concessão da ordem:

“A paciente, com efeito, fora nomeada depositária do percentual do faturamento da sociedade então executada. Por outras palavras, não se trasladara à paciente a res, de molde a poder exercer a depositária **affectio tenendi**. Assim, não se constituíra a detenção, por parte da depositária, sobre a coisa depositada. Nesses termos a custódia do faturamento fora simplesmente ideal, não tendo a depositária o poder de disposição da coisa depositada.

Já, por aí, vê-se não ter sentido falar-se em depósito infiel. Acresce mais, todavia, que, feita a penhora no faturamento, a executada efetuou o pagamento de algumas dessas parcelas e, somente quando deixou de inadimpli-las, deu-se o decreto de prisão civil. Ora, a omissão do recolhimento, por si só, não caracteriza a infidelidade da guarda, ante o óbvio de que é mister a apuração prévia de ter havido, de fato, saldo credor, sobre o qual incidiriam os 15%, pois não é possível que o percentual tenha sido imposto sobre o faturamento bruto. Sem a comprovação da existência de saldo positivo nas operações mercantis, não se pode inferir tenha a executada sido recalcitrante em suas obrigações.

Por fim, o juiz de Direito no exercício de função delegada federal informa, à fl. 174, estar a Fazenda Nacional a requerer a substituição do bem penhorado e, logo, a remoção do encargo conferido à paciente” (fls. 178/179).

Ante o exposto, *concedo a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 46.996-RS (2005/0136651-4)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Impetrante: Fernando Léo de la Rue

Advogados: João Antônio Pinto de Moraes e outro

Impetrada: Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Fernando Léo de la Rue

EMENTA

Constitucional e Processual Penal. **Habeas corpus**. Pedido de liminar deferido. Testemunha que figura como ré em processo conexo. Garantia contra a auto-incriminação. Concessão definitiva da ordem.

Não obstante tenha a testemunha a obrigação de comparecer em juízo e de responder a todos os questionamentos que lhe forem feitos, há de ressaltar aquelas perguntas cujas respostas poderão servir para sua incriminação em outro(s) processo(s).

O ordenamento jurídico brasileiro garante às testemunhas a prerrogativa contra a auto-incriminação.

Liminar confirmada, ordem concedida.

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, conceder a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Cuida-se de **habeas corpus** preventivo, com pedido de liminar, impetrado por João Antônio Pinto de Moraes e por Julio Cezar Coitinho Jr., em benefício de Fernando Léo de la Rue, objetivando que o paciente não esteja obrigado a prestar compromisso, como testemunha, nos autos da ação civil pública promovida em desfavor do Prefeito do Município de Charqueadas, em curso perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustentam os impetrantes que, em razão de figurar como réu, juntamente com o supracitado prefeito, em processo criminal em curso no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, processo esse decorrente dos mesmos fatos que originaram a ação civil pública, não pode o paciente estar obrigado a prestar compromisso, na condição de testemunha, sob pena de produzir prova contra si, violando, conseqüentemente, a garantia constitucional contra a auto-incriminação.

Requereram, liminarmente, a expedição de salvo-conduto, para que se reconhecesse o direito do paciente de, em sendo intimado para prestar depoimento na condição de testemunha ou de simples informante, não prestasse compromisso,

podendo permanecer calado em hipóteses de indagações auto-incriminadoras e não estando obrigado a fornecer documentos que possam ser utilizados contra seus interesses em processo e/ou inquérito de natureza civil ou criminal. Pediram, outrossim, que lhe fosse garantido o acompanhamento de seus patronos e que se reconhecesse a impossibilidade de ser preso pelos motivos anteriormente expostos. No mérito, pleitearam a confirmação da ordem.

Deferi o pedido de liminar (fls. 56/58).

O Ministério Público Federal, às fls. 63/64, opina pela concessão definitiva da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Conforme relatado, trata-se de **habeas corpus** preventivo, com pedido de liminar, objetivando que o paciente não esteja obrigado a prestar compromisso, na condição de testemunha, nos autos da ação civil pública promovida contra o Prefeito do Município de Charqueadas, haja vista figurar, como réu, em processo criminal decorrente dos mesmos fatos que ensejaram a referida ACP.

Mantenho o entendimento adotado na apreciação do pedido de liminar, no sentido de que se deve proteger, no presente caso, a garantia contra a auto-incriminação.

Não há dúvidas de que a ação civil pública que ensejou a impetração do presente *writ* encontra-se intimamente relacionada com o processo criminal em que o ora paciente figura na condição de réu. Não há como afastar, outrossim, que, estando obrigado a responder a todos os questionamentos realizados em juízo, haja vista sua condição de testemunha, determinadas respostas poderiam, eventualmente, servir para sua incriminação no referido processo criminal, em curso no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Dessa maneira, não obstante tenha a testemunha a obrigação de comparecer em juízo e de responder a todos os questionamentos que lhe forem feitos, há de ressaltar aquelas perguntas que lhe poderão prejudicar em outro(s) processo(s). É que nosso ordenamento jurídico garante às testemunhas a prerrogativa contra a auto-incriminação, conforme proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC n. 78.814; HC n. 79.244).

Por tais fundamentos, confirmando a medida liminar, concedo a ordem impetrada, determinando que se expeça o salvo-conduto definitivo.

MEDIDA CAUTELAR N. 8.389-MG (2004/0081285-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Requerente: Associação Comercial e Industrial de Unaí

Advogados: Alexandre Mattão da Silva e outros

Requerida: Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Medida cautelar incidental. Compensação de tributos. Emissão de certidão negativa de débito. Liminar deferida. Procedência da ação.

Estando **sub judice** a questão relativa ao direito à compensação tributária e sendo direito da parte a obtenção da certidão positiva de débito, pendente processo administrativo ou judicial, há que se deferir a tutela pleiteada para determinar a certificação positiva do débito que se quer compensado, de modo a que possam as empresas associadas, quando em litígio tributário, exercerem direitos.

Medida cautelar procedente.

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, julgar procedente a medida cautelar. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de medida cautelar incidental, com pedido de liminar, ajuizada por Associação Comercial e Industrial de Unaí visando à emissão de Certidão Negativa de Débito — CND enquanto pendente a discussão judicial sobre a possibilidade de compensação de valores indevidamente recolhidos a título de Finsocial com aqueles devidos a título de

Cofins, tendo em vista a inconstitucionalidade da alteração do regime legal do Finsocial, promovida a partir do art. 9º da Lei n. 7.689/1988, com implicações sobre a sucessiva majoração das alíquotas, a partir da Lei n. 7.787/1989.

Deferi a liminar pleiteada, nos seguintes termos (fl. 44), **verbis**:

“Trata-se de medida cautelar em que se pede **inaldita altera pars**, seja determinada ‘a expedição da Certidão Negativa de Débitos — CND ou positiva, nos termos do art. 206 do CTN, e sua regularização perante o SicaF’ — até o julgamento final do processo principal, que se encontra em fase de recurso especial intentado contra acórdão cuja ementa assim resumiu o julgado:

‘Constitucional. Tributário. Finsocial. Compensação. Prescrição.

Tratando-se, como na espécie, de tributo sujeito a lançamento por homologação a extinção do direito de pleitear a restituição ou compensação do crédito tributário somente ocorrerá após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos contados da homologação tácita do lançamento.

Precedente da Quarta Turma deste Tribunal Regional Federal.

Apelação provida.

Sentença anulada. Retorno dos autos ao juízo de origem para exame do mérito.’

Esclareço que determinei a juntada da cautelar ao REsp n. 439.370-MG, requerida pela Fazenda Nacional.

Estando **sub judice** a questão relativa ao direito à compensação tributária e sendo direito da parte a obtenção da certidão positiva de débito, pendente processo administrativo ou judicial, defiro a liminar para determinar a certificação positiva do débito que se quer compensado, de modo a que possam as empresas associadas, quando em litígio tributário, exercerem direitos.

Publique-se. Intime-se.”

Inconformada, a requerida, Fazenda Nacional, interpôs o agravo regimental de fls. 48/50.

Posteriormente, às fls. 52/56, apresentou contestação, alegando, em síntese, a inexistência de sentença de mérito no processo principal, assim como a impossibilidade de imediata compensação, de acordo com a norma do art. 170-A e, por último, a ausência dos requisitos legais para a concessão da medida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Cuidam os autos de questão atinente à obtenção de pronunciamento jurisdicional que permita às empresas associadas à requerente o direito de obterem Certidão Negativa de Débito — CND, enquanto pendente discussão judicial sobre a possibilidade de compensação de valores indevidamente recolhidos a título de Finsocial.

Como afirmado por ocasião da apreciação do pedido de liminar, estando **sub judice** a questão relativa ao direito à compensação tributária e sendo direito da parte a obtenção da certidão positiva de débito, pendente processo administrativo ou judicial, há que ser deferida a tutela jurisdicional pretendida para determinar a certificação positiva do débito que se quer compensado, de modo a que possam as empresas associadas, quando em litígio tributário, exercerem direitos.

De outra parte, as razões trazidas pela Fazenda Nacional na contestação de fls. 52/56, se mostram dissociadas dos fundamentos da decisão por mim proferida, se limitando a atacar o próprio mérito da ação principal, ou seja, a impossibilidade da compensação pretendida.

Assim, presentes os pressupostos processuais, julgo procedente a presente medida cautelar, confirmando **in totum** a liminar deferida à fl. 44 e declarando prejudicado o agravo regimental de fls. 48/50.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.959-RS (2001/0158176-7)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrentes: Adriano Botelho Machado e outro

Advogados: Carlos Antônio Gomes e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Governador do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Bruno de Castro Winkler e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Desapropriação para fins de interesse social para implantação de

colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola. Estado-Membro. Competência.

1. Qualquer ente da Federação possui competência para efetuar desapropriação de imóvel rural para fins de interesse social, com vistas à implantação de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, mediante o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal c.c. o art. 2º da Lei n. 4.132/1962.

2. O Supremo Tribunal Federal, em 02 de setembro de 2003, no julgamento da SS n. 2.217-RS, suspendeu os efeitos de acórdão do STJ, entendendo não invadir a competência da União desapropriação efetuada por Estado-Membro cuja finalidade se assemelha àquela destinada à reforma agrária, tendo em vista que a expropriação prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal não se confunde com a do art. 184 do mesmo diploma.

3. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário 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 João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 03.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Adriano Botelho Machado e outro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual negou a segurança requerida com a finalidade de anular decreto expropriatório de terras pertencentes aos recorrentes.

Centra-se a controvérsia na possibilidade de Estado-Membro desapropriar áreas com vistas ao estabelecimento e à manutenção de colônias ou cooperativas

de povoamento e trabalho agrícola, em semelhança à desapropriação para fins de reforma agrária.

O Tribunal **a quo** decidiu pela legitimidade do impetrado, Governo do Estado do Rio Grande do Sul, para proceder à desapropriação, tendo em vista o poder conferido pelo art. 5º, XXIV, da Constituição Federal e pelo art. 2º da Lei n. 4.132/1962 para que Estado-Membro desapropriar áreas em razão de relevante interesse social. Entendeu-se, assim, não se tratar de desapropriação para fins de reforma agrária — a qual é de competência privativa da União —, mas apenas de desapropriação por interesse social.

Segundo os recorrentes, o imóvel em litígio é objeto de intensas disputas políticas, e a “usurpação da função da União deu-se para fraudar a proibição de desapropriação imposta pela Medida Provisória n. 2.027-38”, uma vez que o Incra já havia tentado proceder à desapropriação, pretensão essa que restou obstada pela referida medida provisória.

Sustentam os recorrentes que o “reconhecimento do ‘interesse social’ não autoriza o Estado-Membro a invadir a área de competência exclusiva da União, para desapropriar determinada gleba, forte no art. 2º, III, da Lei n. 4.132/1962”.

Alegam também que as terras foram invadidas sucessivas vezes pelo MST, de forma que incide a indisponibilidade para reforma agrária contida na medida provisória, que alterou o art. 4º da Lei n. 8.629.

Contra-razões às fls. 571/591.

Às fls. 596/598, o Ministério Público Federal exarou parecer pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Inicialmente, conheço do recurso ordinário, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

No mérito, verifica-se que o apelo não merece prosperar.

De acordo com os recorrentes, o Estado do Rio Grande do Sul não possui competência para expedir decreto expropriatório de imóvel rural com a finalidade de implantar colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, porquanto somente à União é dado fazer reforma agrária.

Esta não é a primeira oportunidade na qual esta Turma enfrenta questão acerca da possibilidade de Estado-Membro, atendendo aos ditames do interesse social, desapropriar glebas para o assentamento de trabalhadores rurais.

Quando do julgamento do Recurso Especial n. 20.896, da lavra da Ministra Eliana Calmon, foi firmado entendimento de que, “se o objetivo é promover a justa distribuição da propriedade, temos a reforma agrária, que é privativa da *União*. Entretanto, se o objetivo é adequar o uso da terra ao bem-estar social, estão autorizadas a promovê-las todas as pessoas jurídicas de direito público que formam a Federação”.

Assim, a desapropriação para fins de reforma agrária, cuja competência pertence exclusivamente à União, não se confunde com a desapropriação por interesse social pura e simples, para a qual os Estados-Membros possuem legitimidade. Isso porque os pressupostos e os procedimentos de ambas são diferentes. Aquela se fundamenta no art. 184 da Constituição Federal e se mostra viável quando há o descumprimento da função social da propriedade. Esta possui fundamento no art. 5^o, XXIV, do mesmo diploma, devendo ser feita “quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade”. (**Pietro, Maria Sylvia Zanella Di**, “Direito Administrativo”, ed. 17. São Paulo: Atlas, 2004. p. 163.)

Outra diferença reside no pagamento. Na desapropriação para fins de reforma agrária o pagamento é feito mediante emissão de Títulos da Dívida Agrária, ao passo que, na desapropriação em tela, o pagamento dá-se em dinheiro.

Ademais, penso que a discussão trazida pelos recorrentes restou superada diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento, em 2 de setembro de 2003, da SS n. 2.217-RS, pela qual se suspenderam os efeitos de acórdão deste Tribunal que havia entendido não ser possível Estado-Membro efetuar desapropriação com o escopo de assentar trabalhadores rurais.

Por oportuno, trago o inteiro teor da mencionada decisão do STF:

“O Estado do Rio Grande do Sul requer suspensão de segurança contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso ordinário em mandado de segurança, que decidiu pela nulidade do Decreto Expropriatório n. 41.241/2001, sob o fundamento de que o Estado não tem competência para proceder à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, visto que tal matéria está reservada pela Constituição à União Federal (CF/1988, arts. 5^o, XXIV, 184 e 185).

2. O Governo estadual, depois de publicado o decreto de interesse social (fl. 434), propôs a ação desapropriatória obtendo, mediante depósito prévio da indenização em dinheiro, a imissão provisória na posse. A seguir,

permitiu o ingresso dos futuros beneficiários do projeto de assentamento na área desapropriada, de modo a assegurar-lhes sua utilização, como beneficiários do Programa Estadual de Reforma Agrária (fl. 435).

3. Os expropriados resistiram à ocupação. Inconformados, impetraram mandado de segurança, em que sustentaram a competência privativa da União Federal para instaurar o processo de desapropriação objetivando a reforma agrária (CF, art. 184), o que impossibilitaria o ente federado, a teor das disposições do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, de agir concorrentemente, valendo-se da cláusula constitucional do interesse social.

4. Denegada a segurança pelo Tribunal de Justiça, os impetrantes interpuseram perante o Superior Tribunal de Justiça recurso ordinário e medida cautelar com a finalidade de emprestar efeito suspensivo ao primeiro, o que foi deferido, resultando da procedência desse pedido a ordem de desocupação da área rural em causa. A final, em sessão realizada em 25 de março de 2003, aquela Corte deu provimento ao recurso ordinário dos impetrantes, sendo concedida a segurança e consolidada a medida cautelar. Daí o presente pedido formulado pelo requerente, visando obstar a reintegração de posse dos expropriados.

5. Sustenta o requerente o risco de dano para as 105 (cento e cinco) famílias que atualmente ocupam a propriedade, em condições desumanas e sem poder exercer a atividade agrícola. Suscita, ainda, a possibilidade de resistência dos ocupantes, quando da utilização da força pública, com possível ocorrência de agressões e violências, evidenciando-se, nesse particular, a grave lesão à ordem e à segurança pública.

6. O pedido de liminar foi apreciado pelo Ministro Celso de Mello, que concedeu parcialmente a cautelar para suspender provisoriamente a decisão que determinou a desocupação do imóvel, até o julgamento desse processo.

7. É o breve relatório.

8. Decido.

9. O caso sob exame reveste-se de peculiar gravidade, especialmente pelas implicações sociais que o ato de remoção de famílias assentadas na área poderá acarretar. Dúvidas não há de que inexistiu invasão de terra, senão ocupação autorizada pelo Poder Público em benefício de pessoas cadastradas em programa social do Estado do Rio Grande do Sul. Houve pagamento de indenização prévia em dinheiro por depósito.

10. O decreto expropriatório fundou-se na previsão dos arts. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, e 2º, inciso II, da Lei n. 4.132, de 10 de

setembro de 1962, visando à declaração de interesse social, para fins de desapropriação, de área rural para o estabelecimento de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, 'com o fito de assentamento de agricultores sem terra oriundos de várias regiões do Estado, que serão beneficiados pelo Programa Estadual de Reforma Agrária' (fl. 61).

11. A análise das peculiaridades do caso concreto revela a plausibilidade jurídica da tese defendida pelo requerente. De fato, não emerge dos autos, em princípio, que o Estado tenha pretendido realizar desapropriação nos moldes fixados pelo art. 184 da Constituição Federal, cuja competência é indiscutivelmente da União. Tal modalidade, também denominada desapropriação-sanção, tem requisitos próprios, como a necessidade de o imóvel rural não estar cumprindo sua função social e o pagamento de indenização em títulos da dívida agrária. O disciplinamento legal desse procedimento encontra assento na Lei Complementar n. 76/1993, alterada pela Lei Complementar n. 88/1996, e pelos arts. 18 a 23 do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964) e pela Lei n. 8.629/1993, alterada pela Medida Provisória n. 2.183-56/2001. Nessa hipótese, o proprietário que descumprir o mandamento do art. 5º, inciso XXIII, da Carta Federal, perde o bem e não recebe indenização em dinheiro, mas em títulos.

12. Diversa é a modalidade de desapropriação amparada no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição e regulamentada pela Lei n. 4.132, de 10.09.1962, que arrola as hipóteses de interesse social em seu art. 2º. Segundo **Hely Lopes Meirelles**, há interesse social quando 'as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização, ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público'. Nesse caso, os bens desapropriados não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los ou utilizá-los convenientemente.

13. Encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência a competência dos demais entes da Federação para proceder à desapropriação, por interesse social, de imóvel rural, com pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro. Aqui não se cogita se a propriedade é produtiva, se é latifúndio ou não. Não se trata de sanção pelo mau uso da propriedade. Na realidade, o ente estatal, para desenvolver políticas públicas relacionadas com interesse social específico, expropria e paga a devida indenização ao expropriado, como no caso, sem que com isso invada competência própria da União Federal.

14. Longe de pretender firmar convicção no sentido do acerto ou não da decisão que autorizou a remoção das famílias, até porque ainda pendente de recurso, permito-me, antevendo a probabilidade do desfecho favorável ao Estado, visualizar o alcance social da execução imediata da medida, com a retirada das famílias, sem a decisão definitiva que reconheça a ilegitimidade do ato expropriatório.

15. Mesmo ciente do cabimento restrito da suspensão de segurança, a partir dos argumentos expendidos, impossível é não reconhecer a potencialidade de grave lesão à ordem pública, com iminente desestabilização social e, quiçá, atos de resistência e violência no meio rural, com a remoção dos agricultores da propriedade, tudo isso levando-se em conta o atual estágio do processo.

16. Ante essas circunstâncias, e reconhecendo a plausibilidade jurídica do pedido e a possibilidade de danos irreparáveis ao interesse público, defiro o pedido de suspensão, com base no art. 297 do RISTF, até o julgamento definitivo do mandado de segurança, mantendo, em consequência, a decisão de fls. 1.076/1.077.”

A respaldar o entendimento ora adotado, confira-se também o seguinte julgado, da Primeira Turma deste Tribunal:

“Processual Civil. Extinção de ofício pelo Tribunal, apreciando questão incidental em agravo de instrumento, de ação a que falte requisito indispensável de prosseguimento. Possibilidade (CPC, arts. 267, IV, e 301, § 4º). Administrativo. Desapropriação para fins de reforma agrária, mediante prévia indenização em dinheiro. CF, art. 5º, XXIV, e Lei n. 4.132/1962, art. 2º. Hipótese de expropriação por interesse social, passível de ser promovida por qualquer dos entes federados.

1. A constatação da existência de vício insanável, relativo à falta de condição indispensável ao regular prosseguimento da ação, é matéria que pode e deve ser conhecida de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, arts. 267, IV, § 3º, e 301, § 4º). Não há qualquer óbice, assim, a que o Tribunal, julgando questão incidental, em agravo de instrumento, determine a extinção da ação, reconhecendo a impossibilidade jurídica do pedido.

2. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos autos da SS n. 2.217-RS, DJ 09.09.2003, proferiu liminar suspendendo os efeitos do acórdão proferido pela Primeira Turma no RMS n. 15.545-RS, Ministro José Delgado, DJ 12.05.2003, no qual, em caso idêntico ao ora em exame, firmara-se entendimento no sentido da competência exclusiva da União para a desapropriação de imóvel rural por interesse social, para fins de reforma

agrária. Afirmou a Corte Suprema, naquela decisão, a plausibilidade jurídica da tese segundo a qual possui competência qualquer dos entes federados para propor ação expropriatória, por interesse social, de imóvel rural, com pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV, da CF, c.c. o art. 2º da Lei n. 4.132/1962.

3. Recurso especial provido para, tendo em vista a viabilidade da ação expropriatória, determinar o seu prosseguimento, com o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, para que aprecie o mérito do agravo de instrumento.” (REsp n. 691.912-RS, Relator p/ o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 09.05.2005)

Diante dessas considerações, mostra-se possível a qualquer um dos entes federados editar decreto expropriatório de imóvel rural para fins de interesse social, com pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV, da CF c.c. o art. 2º da Lei n. 4.132/1962.

Por todo o exposto, *nego provimento ao recurso ordinário*.

RECURSO ESPECIAL N. 260.513-RS (2000/0051177-3)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

Recorrida: Brochier Calçados Ltda

Advogados: Cristiano José Ferrazzo e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. *Royalties*. Leis ns. 4.506/1964 (art. 71) e 3.470/1958 (art. 74).

1. O art. 71 da Lei n. 4.506/1964 não revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/1958, tendo apenas delimitado seu alcance.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 24.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região exarrou acórdão assim ementado:

“Tributário. Imposto de renda. *Royalties*. Lei n. 3.470/1958. Lei n. 4.506/1964.

O art. 71 da Lei n. 4.506/1964 deu nova redação ao art. 74 da Lei n. 3.470/1958, operando-se a revogação tácita (LICC, art. 2º, § 1º)” (fl. 230).

A Fazenda Nacional, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interpôs recurso especial, alegando, além de dissídio jurisprudencial, que o acórdão atacado negou vigência ao art. 74 da Lei n. 3.470/1958. Diz que na “realidade, a Lei n. 4.506 não revogou, mas apenas restringiu o alcance dos termos enunciados no art. 74 da Lei n. 3.470/1958, que passam a ser interpretados em consonância às novas definições de fato material”. Ressalta que “em que pese a restrição operada sobre o elemento material descrito pela lei anterior, o art. 71 nada dispôs acerca do elemento quantitativo, tampouco seu conteúdo obsta à vigência do limite estipulado no art. 74, carecendo de fundamentação legal a tese que propugna sua revogação”.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 254/261.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Cuida-se de recurso especial contra acórdão que concluiu que o art. 71 da Lei n. 4.506/1964 revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/1958.

Devidamente prequestionada a matéria e demonstrado o dissídio jurisprudencial, o recurso especial deve ser conhecido pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Conforme bem lembrou a recorrente, a matéria em discussão já foi examinada pela Suprema Corte, que assim decidiu:

“A Lei n. 4.506/1964, embora haja estabelecido modificações, em matéria de imposto de renda, inclusive, dispondo em seu art. 71 e parágrafo único, já examinados, no que concerne à dedutibilidade de despesas com *royalties*, pelo uso de marcas de indústria e comércio, quando pagos ou creditados a beneficiários domiciliados no exterior, não revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/1958, que, pela primeira vez, de forma ampla, regulou a matéria da dedutibilidade de despesas com *royalties*, sendo beneficiários do pagamento, tanto domiciliados no País, quanto no exterior. Referindo-se, de explícito, às deduções, quando beneficiários do pagamento, residentes no exterior, não tornou a Lei n. 4.506/1964, com as regras específicas de seu art. 71 e parágrafo único, o disposto no art. 74 da Lei n. 3.470/1958, de referência aos beneficiários dos pagamentos, quando domiciliados no País. Foi, sem dúvida, na linha dessa conclusão, que o Regulamento do Imposto de Renda, editado em 1966, contemplou, nos arts. 174 e 175, de maneira expressa, a disciplina da matéria, com remissão às Leis ns. 4.506/1964, art. 71 e parágrafo único, e 3.470/1958, art. 74.”

Eis a ementa do julgado:

“Recurso extraordinário. Imposto de renda. *Royalties*. Deduções por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, em montante superior ao limite estabelecido no art. 74 da Lei n. 3.470, de 1958. Lei n. 4.506, de 30.12.1964, art. 71 e seu paragrafo único. RIR de 1966, arts. 232, 233 e 234. A Lei n. 4.506/1964, embora haja estabelecido modificações, no que concerne à dedutibilidade de despesas como *royalties*, não revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/1958. RIR de 1966, arts. 174 e 175. Acórdão que negou vigência ao art. 74 da Lei n. 3.470/1958, devidamente prequestionado, e ao art. 175 do RIR de 1966. Recurso extraordinário conhecido e provido, para restabelecer a sentença” (RE n. 104.368-SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 28.02.1992).

Este entendimento foi mantido pela Segunda Turma deste Tribunal, ao julgar o Recurso Especial n. 204.696-RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, conforme se depreende da seguinte ementa:

“Processual Civil e Tributário. Marcas e patentes. Dedutibilidade de despesas. *Royalties*. Arts. 122 do Código Comercial, e 129 do Código Civil.

Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Art. 74 da Lei n. 3.470/1958. Revogação pela Lei n. 4.506/1964. Não-ocorrência. Arts. 174 e 175 do Regulamento do IR. Recurso especial improvido.

1. Ressente-se o recurso do indispensável questionamento, se os dispositivos infraconstitucionais apontados como violados não foram objeto de específico exame na instância ordinária. (Súmulas ns. 282 e 356-STF)

2. “A Lei n. 4.506/1964, embora haja estabelecido modificações, no que concerne à dedutibilidade de despesas como *royalties*, não revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/1958. RIR de 1966, arts. 174 e 175” (STF, RE n. 104.368-7-SP Primeira Turma, Relator Ministro Néri da Silveira).

3. Recurso especial a que se nega provimento” (DJ 22.08.2005).

Por conseguinte, ao contrário do que entendeu o Tribunal **a quo**, ficou pacificado que o art. 71 da Lei n. 4.506/1964 não revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/1958, tendo apenas delimitando seu alcance.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 594.874-MA (2003/0169536-7)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Município de Chapadinha

Advogado: Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo

Recorrido: Gilson Chaves Gomes

Advogados: Josivaldo Oliveira Lopes e outros

EMENTA

Execução fiscal. Requisitos do título executivo. Câmara Municipal, competência. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ.

1. O reexame de provas é inviável no âmbito do recurso especial, nos moldes da Súmula n. 7 desta Corte.

2. A Câmara Municipal, como ordenadora de despesas, tem competência para emitir título executivo extrajudicial em relação aos pagamentos de seus membros e de seus funcionários.

3. 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 Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão exarou acórdão, assim ementado:

“Câmara Municipal. Reconhecimento de dívida. Salário de ex-vereador. Documento assinado pelo presidente do Legislativo. Título executivo extrajudicial. Validade. Assistência judiciária. Isenção de custas. Requisito. Requerimento. Oportunidade.

Para obtenção da assistência judiciária, com vistas à isenção do pagamento de custas, basta o requerente apresentar-se e justificar a sua condição de necessitado, pleito este que pode ser formulado em qualquer fase do processo; descabida a arguição de deserção do apelo quando ela foi, oportunamente, requerida e cumprida ao magistrado da demanda proceder ao seu exame quando exerceu o juízo de admissibilidade do recurso. Se tal não aconteceu, o requerimento pode ser deferido no 2º grau. Preliminar de deserção rejeitada.

A teor do que dispõe o art. 585, II, do CPC, é título executivo extrajudicial, o documento público assinado pelo Presidente de Câmara Municipal reconhecendo dívida decorrente de salário e participação em sessão extraordinária a ex-vereador que deixou de ser paga no último mês de mandado” (fl. 63).

O Município de Chapadinha, com apoio na alínea **a** do permissivo constitucional, interpôs recurso especial, alegando que o acórdão negou vigência ao art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil. Sustenta que o documento só é válido quando assinado pelo representante da Fazenda Pública, que, no caso, é o devedor. Diz ainda que o ofício não pode ser considerado como confissão de dívida.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 78/84.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O Tribunal **a quo** deu provimento à apelação, pelos seguintes fundamentos:

“No caso, o recorrente aforou uma ação executiva de cobrança contra Município de Chapadinha para receber a quantia de R\$ 1.730,00 (hum mil setecentos e trinta reais) referente à remuneração de vereador do mês de dezembro de 2000, bem como de uma sessão realizada no mesmo período, que não lhe foram pagos quando do exercício do cargo.

Ocorre que o documento em alusão é um ofício assinado pelo Presidente da Câmara Municipal, declarando que o recorrente tem o crédito da referida importância.

O art. 585, II, CPC dispõe que o documento público assinado pelo devedor constitui título executivo extrajudicial.

É sabido que a Câmara Municipal tem autonomia na administração financeira em relação aos pagamentos de seus membros e de seu quadro de funcionários e que o Presidente da Casa é o ordenador de despesas.

Assim, se ele é a autoridade competente para realizar despesas e determinar os pagamentos, respectivos, também tem legitimidade para assinar documentos outros, reconhecendo a existência de dívidas como a do presente caso; não prospera a tese de que somente o Prefeito Municipal poderia reconhecer dívida em nome da Administração Pública. A prevalecer tal raciocínio, as dívidas dos Poderes Legislativo e Judiciário, na esfera estadual, somente teriam validade quando atestadas pelo governador do Estado.

Ademais, o que deve ser prestigiado no caso é a manifestação de vontade do devedor, emprestando ao documento em causa, cunho executivo para o fim de agilizar a prestação jurisdicional, dispensando a instauração de processo de conhecimento prévio para definir direito já reconhecido por ele.

Assim, entendo que o documento público assinado pela autoridade responsável (Presidente da Câmara Municipal), atestando a origem da dívida para com o apelante, reveste-se dos atributos exigidos pela lei previsto no art. 585, II, do CPC, para cobrança pela via executiva” (fls. 66/67).

Como visto, para chegar à conclusão a que chegou, o Tribunal de origem analisou as provas trazidas aos autos, examinando a forma e o teor do documento apresentado como título executivo extrajudicial, concluindo que este se reveste dos requisitos necessários para cobrança por meio da via executiva.

O reexame de provas, como se sabe, é inviável no âmbito do recurso especial, nos moldes da Súmula n. 7 desta Corte.

Por outro lado, como bem enfatizou o aresto atacado, a Câmara Municipal, como ordenador de despesas, tem competência para emitir título executivo extrajudicial em relação aos pagamentos de seus membros e de seus funcionários. Nesse sentido, esta Corte tem precedente que destaco:

“Processo Civil. Execução. Título executivo. Art. 585, II, do CPC. Presidente da Câmara de Vereadores.

O Presidente da Câmara de Vereadores, ordenador de despesas do órgão, tem competência para emitir título executivo extrajudicial, com força no art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil.

Recurso desprovido.” (REsp n. 599.047-MA, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 23.05.2005).

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 608.053-RS (2003/0201004-9)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Ana Paula Sorrentino Delvaux

Advogados: Marcelo Antônio Zago e outro

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Deysi Cristina Da’Rolt e outros

EMENTA

Constitucional e Tributário. Sigilo bancário. IR. Regularidade das declarações de rendimento do ano-base de 1988. Instauração de processo administrativo com base em registros da CPMF LC n. 105/2001 e Lei n. 10.174/2001. Aplicação a fatos pretéritos. Impossibilidade.

Na vigência do art. 38 da Lei n. 4.595/1996 não era possível a quebra do sigilo bancário no curso do processo administrativo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação da autoridade administrativa ou do Ministério Público.

A LC n. 105/2001 e a Lei n. 10.174/2001, que permitem a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, desde que consistentemente demonstradas as suspeitas e a necessidade da medida, não têm aplicação a fatos ocorridos em 1998, sob pena de se violar o princípio da irretroatividade das leis.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Ana Paula Sorrentino Delvaux com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que, por maioria, negou provimento ao agravo interposto contra decisão em agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança em que a impetrante pretende não apresentar os documentos exigidos pela Receita Federal, bem como essa se abstenha de utilizar e repassar a terceiros qualquer dos extratos, documentos, movimentações, dados e qualquer elemento bancário da agravante.

O acórdão ficou assim ementado (fl. 84):

“Quebra de sigilo bancário. Recurso. Negativa de seguimento. CPC, art. 557.

O Código de Processo Civil, em seu art. 557, autoriza o Relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente,

prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunais Superiores.

É o que ocorre neste feito, em que a Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento realizado no dia 02 de outubro de 2002, nos embargos infringentes e, AC n. 1999.04.01.03035-7, decidiu que o acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, em princípio, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados.

A negativa de seguimento do recurso, em decisão singular de Relator, não causa impedimento à interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, uma vez que o **decisum** substitui a decisão colegiada.”

Ana Paula Sorrentino Delvaux opôs embargos de declaração que ficaram assim resumidos (fl. 107):

“Embargos de declaração. Prequestionamento.

1. Tendo parte da matéria levantada nos embargos de declaração sido expressamente enfrentada no acórdão embargado, prequestiona-se a matéria não abordada na decisão embargada.

2. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.”

No recurso especial Ana Paula Sorrentino Delvaux alega contrariedade ao art. 6º da LC n. 105/2001, bem como divergência interpretativa, asseverando que a quebra do sigilo bancário exige a fundamentação das decisões por parte do Fisco, bem assim autorização judicial.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões às fls. 148/178.

O recurso foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo 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): Trata-se de recurso especial manifestado por Ana Paula Sorrentino Delvaux contra acórdão que autorizou o Fisco a quebrar o sigilo bancário, sem autorização do Poder Judiciário.

Sustenta a ora recorrida a ilegalidade e inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário em procedimento fiscal, pela simples solicitação do Fisco, sem autorização prévia do Judiciário. Alega violação ao art. 6º da LC n. 105/2001, que assim dispõe:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

O sigilo bancário e a inviolabilidade de comunicações são modalidades de garantias da inviolabilidade da vida privada das pessoas, estabelecidas no art. 5º, X, da CF, **in verbis**.

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Como reforço ao direito de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, foi especificada a inviolabilidade das comunicações no art. 5º, XII, da CF, assim redigido:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

O sigilo bancário encontra, portanto, duplo fundamento constitucional de proteção: o direito à vida privada e ao sigilo de dados. Contudo, não é um direito absoluto, por isso que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, observados os procedimentos estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

Até a edição da LC n. 105/2001, cuja constitucionalidade está sendo objeto de discussão nas ADIns ns. 2.386-DF, 2.389-DF, 2.390-DF, 2.397-DF e 2.406-DF, o STF decidia que:

“Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a Constituição Federal consagra, art. 5º, inciso X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente, e sem a intervenção da autoridade judiciária a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.” (RECR n. 215.301)

“A natureza eminentemente constitucional do direito à privacidade impõe, no sistema normativo consagrado no texto da Constituição da República, a necessidade da intervenção jurisdicional no processo de revelação de dados (*disclosure*) pertinentes às operações financeiras, ativa e passiva, de qualquer pessoa, eventualmente sujeita à ação investigatória do Poder Público”. (MS n. 217.294)

O STJ também se pronunciou no mesmo sentido, em inúmeros julgados, como demonstram as ementas que ora destaco:

“Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Sigilo bancário. Quebra. Procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade. Acórdão fundado em matéria de índole constitucional. Violação à lei federal não configurada. Prequestionamento ausente. Precedentes.

(...)

A Lei Tributária Nacional (art. 197, parágrafo único) limita a prestação de informações àqueles dados que não estejam legalmente protegidos pelo sigilo profissional.

Esta egrégia Corte vem decidindo no sentido da ilegalidade da quebra do sigilo bancário mediante simples procedimento administrativo-fiscal, face à garantia constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais, exceto quando houve relevante interesse público e por decisão do Poder Judiciário, guardião dos direitos do cidadão.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 114.760-DE, DJ 23.08.1999, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins)

“Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade.

O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X). por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de sigredo em relação às matérias arroladas em lei.

Interpretação integrada e sistemática dos arts. 38, § 5º, da Lei n. 4.595/1964, e 197, inciso II e § 1º, do CTN.

Recurso improvido, sem discrepância.” (REsp n. 37.566-RS, DJ 28.03.1994, Relator Ministro Demócrito Reinaldo)

“Sigilo bancário. Direito à privacidade do cidadão. Quebra do sigilo. Requisitos legais. Rigorosa observância.

A ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais.

Implicando, entretanto, a restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadoras.” (REsp n. 161.263-RS, DJ 23.03.1998, Relator Ministro Hélio Mosimann).

“Mandado de segurança. Sigilo bancário. Pretensão administrativa fiscal. Rígidas exigências e precedente autorização judicial. Lei n. 8.021/1990. (Art. 5º, parágrafo único).

1. O sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa.

2. Reservas existentes à auto-aplicação do art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.021/1990 (REsp n. 22.824-8-CE, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro).

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso sem provimento.” (REsp n. 114.741-DE, DJ 18.12.1998, Relator Ministro Milton Luiz Pereira).

Firmou-se, assim, o entendimento de que não se tratava de um direito absoluto individual, mas que só podia ser quebrado por determinação judicial, tendo em vista outros interesses que o exigissem, como, por exemplo, a investigação de ilícitos criminais, assegurado o devido processo legal. Tal decisão deveria ser lastreada em indícios de fato delituoso e de sua autoria, bem como na imprescindível necessidade de obtenção de prova por meio de quebra de sigilo bancário.

Por essas razões, tanto o STF como o STJ, decidiram não ser possível a quebra do sigilo no curso do processo administrativo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação de autoridade administrativa ou do Ministério Público.

Por ser uma providência excepcional, exige não apenas cautela e prudência por parte do magistrado, como também indícios instrutórios mínimos de autoria e materialidade delitiva. Deve ser acompanhada de uma fundamentação razoável, de um motivo racional, de uma suspeita objetiva e fundada. Deve haver, ainda, uma relação de pertinência entre a prova pretendida, com as informações bancárias, e o objeto das investigações em curso. Isto é, deve ser demonstrado que a providência requerida é indispensável ao êxito das investigações.

Sobre o tema, destaco lição de **Aliomar Baleeiro**, ao comentar o art. 197 do CTN, in “Direito Tributário Brasileiro”, revisto e complementado por **Misabel Machado**, 11^a ed., pp. 1.000/1.001:

“Constatamos, então, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal converge para o mesmo sentido dado por outros sistemas jurídicos, como Áustria, Alemanha, EEUU, Canadá, etc., ao direito à privacidade, de que o sigilo bancário é expressão. Extraído diretamente do Texto Constitucional, não basta para excepcioná-lo nem mesmo a edição de uma lei complementar, pois a Lei n. 4.595/1964 assim foi recepcionada pela Constituição, segundo a visão do Relator do acórdão, Ministro Carlos Velloso. Mesmo o Poder Judiciário, que indubitavelmente pode afastar o sigilo bancário, mormente em matéria penal, à luz da própria Lei n. 4.595/1964, não é livre para fazê-lo, sem o cumprimento de determinados requisitos materiais. O Supremo Tribunal Federal não se satisfaz, portanto, para rompimento do sigilo bancário, um direito fundamental constitucionalmente consagrado, com a edição de uma lei complementar autorizativa, se essa lei complementar, em seu conteúdo, não contiver requisitos mínimos — existindo investigação em inquérito penal formalmente instaurado — tais como:

— existência de início de prova quanto à ocorrência do delito, da autoria do delito e sua materialidade (princípio da objetividade material);

— existência de pertinência ou relação necessária entre a documentação cuja revelação se pede e o objeto criminalmente investigado (princípio da pertinência e adequação);

— imprescindibilidade da quebra do sigilo para o êxito das investigações (princípio da proibição de excesso).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (RE n. 37.566-5-RS), posterior àquela do Supremo Tribunal Federal, datada de 02 de fevereiro de

1994, nega o livre acesso da autoridade administrativa fiscal às informações e registros entregues à guarda bancária, interpretando a expressão contida na Lei n. 4.595/1964 — processo instaurado — como processo judicial e negando valia ao art. 8º da Lei n. 8.021/1990. E nem poderia ser de outra maneira.

Se, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, expressamente autorizado pela Lei n. 4.595/1964 a requisitar informações às instituições financeiras, está limitado e condicionado, em suas decisões, à observância de certos requisitos mínimos, acautelatórios e moderadores, assecuratórios da garantia constitucional do sigilo bancário, expressão do direito à privacidade, os demais Poderes, quer se trate do Legislativo, quer do Ministério Público em investigação penal ou da Administração Fazendária no lançamento e fiscalização dos tributos, não gozam nem poderiam gozar, de livre acesso, incontestável, às informações bancárias. A possibilidade de oposição e resistência do contribuinte — essência e núcleo do direito à privacidade — seria nulificada se não fosse ouvido em juízo, ou se não pudesse opor defesa oportuna à pretensão fazendária ou a eventuais abusos em inquérito penal.”

Com a edição da LC n. 105/2001, que permite a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, não ficou afastada a necessidade de demonstração consistente das suspeitas e da necessidade da medida, o que só pode ser obtido ao fim do processo administrativo, devendo ser cercada pelo mesmo rigor e cuidados exigidos para a decretação da quebra por autoridade judiciária e pelas CPIs.

No caso dos autos, a quebra do sigilo bancário se deu pela autoridade administrativa, para fins de lançamento de imposto de renda, que entendeu prevista uma das hipóteses do Decreto n. 3.724/2001, regulamentador da LC n. 105/2001.

E, se valendo da alteração introduzida pela Lei n. 10.174/2001 no art. 11 da Lei n. 9.311/1996, utilizou-se dos valores da movimentação financeira do impetrante do ano de 1998, obtidos com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras, para iniciar ação fiscal concernente ao imposto de renda, intimando o contribuinte para comprovar a origem dos recursos depositados nas contas bancárias.

Tal conduta era expressamente proibida pelo § 3º do art. 11 da Lei n. 9.311/1996. A alteração introduzida pela Lei n. 10.174/2001 não pode atingir fatos ocorridos em 1998, sob pena de se violar o princípio da irretroatividade das leis.

Demais disso, à época, vigia a Lei n. 4.595/1964, com **status** de lei complementar que admitia a quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial devidamente fundamentada ou por pedido de Comissão Parlamentar de Inquérito, instituída na forma estabelecida pela Constituição Federal.

A regra do § 1º do art. 144 do CTN refere-se ao procedimento administrativo e às prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretada de forma colidente com o direito fundamental de sigilo bancário, que só pode ser quebrado na forma estabelecida em lei.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 693.150-PE (2004/0141015-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Carlos André Canuto de Araújo e outros

Recorridos: Bartolomeu Correia da Silva e outros

Advogados: Maria José de Santana Lima e outros

EMENTA

Processo Civil. FGTS. Art. 24-A da Lei n. 9.028/1995 (redação conferida pela MP n. 2.102/2001). Ressarcimento das custas processuais.

1. Não cabe ao STJ examinar violação a dispositivos constitucionais.

2. O art. 24-A da Lei n. 9.028/1995 (com redação dada pela MP n. 2.180-35/2001), isentou a CEF, nas ações em que represente o FGTS, do pagamento de custas, emolumentos e demais taxas judiciárias.

3. Benefício que não se estende à obrigação de reembolsar as custas decorrentes da sucumbência.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, 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, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 16.05.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal — CEF, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em ação na qual se discute a correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, mediante aplicação dos chamados expurgos inflacionários.

Sustenta a recorrente que o acórdão impugnado violou os arts. 5^o, II, da CF/1988, e 24-A da Lei n. 9.028/1995, insurgindo-se, em síntese, contra a sua condenação no reembolso das custas.

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, observo que não cabe a esta Corte examinar, em sede de recurso especial, possível violação a dispositivo constitucional.

Não conheço do recurso quanto à alínea **c**, uma vez que a recorrente não evidenciou devidamente o dissídio jurisprudencial, com o necessário cotejo analítico entre os acórdãos paradigmas e o acórdão recorrido, nos moldes dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2^o, do RISTJ.

Superados esses óbices, passo ao exame do recurso.

Quanto ao pleito de ver afastada a condenação ao ressarcimento das custas adiantadas pela parte vencedora, entendo que não merece reparo o acórdão impugnado, uma vez que devidamente aplicada a disposição do art. 24-A da Lei n. 9.028/1995. Vejamos:

“A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, seja no pólo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele.”

Assim, nesses limites tem julgado o STJ:

“Processual Civil. Decisão monocrática. Embargos declaratórios. Princípio da fungibilidade. Agravo regimental. Art. 24-A da Lei n. 9.028/1995. Custas processuais. Representação do FGTS em juízo. Deserção afastada. Ação rescisória. Competência originária do STJ. Propositura perante Tribunal local. Extinção do processo.

1. Admitem-se como agravo regimental os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática proferida pelo Relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. Por força da nova redação do art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, a Caixa Econômica Federal está isenta do pagamento de custas, emolumentos e demais taxas judiciárias nas ações em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Deserção do recurso especial afastada.

3. O art. 105, inciso I, alínea e, da Constituição Federal dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias de seus julgados.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento.” (EDcl no Ag n. 621.213-PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 14.02.2005, p. 175)

No entanto, a isenção concedida aos entes federais não abrange o ressarcimento das custas decorrentes da sucumbência. Nessa linha, observemos os precedentes seguintes:

“FGTS. Correção monetária. Diferenças. Juros moratórios. Cabimento. Juros progressivos. Súmula n. 154-STJ. Honorários. Isenção. Ausência de prequestionamento. Custas processuais. Representação do FGTS em juízo. Isenção.

1. A falta de prequestionamento da questão federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 282-STF).

2. Segundo a orientação pacífica da jurisprudência desta Corte, o valor das diferenças de FGTS está sujeito a juros de mora no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, independentemente da movimentação da conta vinculada.

3. “Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei n. 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, na forma do art. 4^a da Lei n. 5.107, de 1966” (Súmula n. 154-STJ).

4. O art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, de 24.08.2001, isentou a CEF, nas ações em que represente o FGTS, do pagamento de custas, emolumentos e demais taxas judiciárias, isenção que não implica a desnecessidade de reembolsar as custas adiantadas pelo autor, até o limite da sucumbência experimentada pela recorrente.

5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.” (REsp n. 672.020-PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14.12.2004, DJ 1^a.02.2005, p. 455)

“Processual Civil. Recurso especial. FGTS. Medida Provisória n. 2.180-35. Art. 24-A da Lei n. 9.028/1995. Isenção de custas.

1. A isenção de custas prevista no art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, inserido pela Medida Provisória n. 2.180-35, estabelecida em favor da entidade que representar o FGTS em juízo, não abrange o reembolso das custas adiantadas pela parte-vencedora.

2. Recurso especial improvido.” (REsp n. 666.546-PB, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 267)

Idêntico tratamento foi adotado quando da isenção concedida ao INSS pela Lei n. 8.620/1993:

“Previdenciário. Ação de benefício. Autarquia. Sucumbência. Custas.

Isenção. Entendimento consagrado pela Turma, por maioria de votos, sobre aplicar-se o favorecimento conferido ao INSS pela Lei n. 8.620/1993, art. 8^a, § 1^a, salvo reembolso das custas adiantadas pela outra parte.” (REsp n. 69.698-RS, Relator Ministro José Dantas, Quinta Turma, julgado em 06.09.1995, DJ 26.02.1996, p. 4.040)

Assim, em relação à abrangência do art. 24-A da Lei n. 9.028/1995, encontra-se o **decisum** recorrido em perfeita consonância com o entendimento desta Corte.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 703.471-RN (2004/0162624-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Município de Currais Novos-RN
Procuradores: Carlson Geraldo Correia Gomes e outros
Recorrentes: União e Fundação Nacional de Saúde — Funasa
Recorrido: Ministério Público Federal
Procuradores: Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho e outros
Interessado: Município de Parnamirim-RN
Procuradores: Valério Djalma Cavalcanti Marinho e outros
Interessado: Município de Mossoró-RN
Procuradores: Francisco Valadares Filho e outros
Interessado: Município de Natal-RN
Procuradores: Cristina Wanderley Fernandes e outros
Interessado: Município de São Gonçalo do Amarante-RN
Procuradores: Raimundo Mendes Alves e outros
Interessado: Município de Caico-RN
Procuradores: Vilson Dantas da Costa e outros
Interessado: Município de Florania-RN
Procuradores: José Maria Rodrigues Bezerra e outros
Sustentação oral: Ana Maria Rocha, pela recorrente

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Interesses transindividuais. Epidemia de dengue. Dano coletivo e abstrato. Responsabilidade civil por omissão. Serviço deficiente não configurado. Indenização indevida.

1. O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/1985, abrangendo quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, não havendo “taxatividade de objeto para a defesa judicial” de tais interesses.

2. A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se no *faute du service publique*, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina.

3. A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas.

4. Incabível a reparação de danos ocasionada pela *faute du service publique* quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico.

5. Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida atempadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou.

6. Recurso especial do Município Currais Novos não conhecido.

7. Recursos especiais da União e da Funasa providos em parte.

ACÓRDÃO

Retificando a proclamação do resultado do julgamento proferido na sessão do dia 20.10.2005, os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecer do recurso do Município de Currais Novos e dar parcial provimento aos recursos da União e da Funasa. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Sustentou oralmente a Dr^a. Ana Amélia Rocha, pela recorrente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da União, da Fundação Nacional da Saúde (Funasa), do Estado do Rio Grande do Norte e de vários Municípios localizados naquele Estado, objetivando a liberação de verbas destinadas ao combate do mosquito *aedes aegypti*, o pagamento de indenização às vítimas da dengue ou a seus sucessores e a realização de campanha informativa visando à prevenção e ao combate a essa moléstia.

A ação foi julgada parcialmente procedente, e os réus foram condenados ao pagamento da indenização pleiteada pelo *Parquet*, a ser arbitrada em sede de execução de sentença, e à promoção de propaganda nos meios de comunicação para o esclarecimento da população acerca da gravidade do contágio e da prevenção da dengue.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria de votos, negou provimento à apelação dos réus, rejeitando a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a presente ação, e, no mérito, aplicou a teoria da culpa administrativa para a responsabilização dos entes federativos, ao entendimento de que o Poder Público foi omissivo no combate à dengue. O acórdão restou assim ementado:

“Apelações e remessa oficial. Ação civil pública. Dengue. Legitimidade do MPF ante o direito à saúde (art. 129, III, CF). Responsabilidade estatal caracterizada pela *faute de service*. Improvimento.

I - O constituinte de 1988, em sintonia com o evoluir dos direitos fundamentais de terceira geração, conferiu, no art. 129, III, de sua obra, legitimidade ao Ministério Público para a tutela judicial dos interesses difusos e coletivos, entre os quais está o direito à saúde, o qual pertence à coletividade como um todo (art. 196, **caput**).

II - A responsabilidade estatal em decorrência de omissão no atuar administrativo se baliza pela teoria da culpa administrativa, a qual, sem embargo de respeitáveis opiniões em contrário, é de caráter objetivo, reportando-se à prestação insatisfatória do serviço público.

III - A ausência de ação administrativa eficiente no combate à dengue, a resultar na vertiginosa proliferação da doença, situação previsível ante a notória notícia do retorno daquela ao território nacional há onze anos antes dos fatos que originaram a demanda, caracteriza o mau funcionamento do serviço público de saúde, cuja prestação é atributo dos demandados (art. 198, §§ 1º e 2º, CF), implicando a responsabilidade do Poder Público na forma do art. 37, § 6º, da lei máxima.

IV - Apelações e remessa oficial improvidas.”

Foram opostos embargos de declaração pela União e pela Funasa, os quais restaram rejeitados em acórdão cuja ementa foi assim disposta:

“Embargos de declaração. Finalidade de pré-questionamento e rejuízo da causa. Omissão. Inexistência. Improvimento.

São incabíveis embargos de declaração para efeito de pré-questionamento, se o acórdão não contém omissão, obscuridade ou contradição.

Os embargos de declaração, em regra, não se prestam ao rejuízo da causa.”

Inconformados, o Município de Currais Novos-RN, com fulcro na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, a União e a Funasa, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do mesmo dispositivo constitucional, interpuseram recurso especial.

O Município-recorrente sustenta que implementou medidas visando ao combate e ao controle do mosquito *aedes aegypti* e que “dependia única e exclusivamente do repasse de verba federal para poder combater a dengue em sua circunscrição territorial, sendo que, se houve omissão, esta foi provocada pela União Federal e Fundação Nacional de Saúde, que deveria responder unicamente por esta demanda”. Aduz também que não há direito difuso ou coletivo a legitimar a atuação do Ministério Público.

Por sua vez, a União e a Funasa sustentam que o acórdão recorrido violou os arts. 3º, 6º, 165, 267, I e VI, e § 3º; 295, II; 303, III; 458 e 535, I e II, do Código de Processo Civil, os arts. 1º, IV, 5º e 21 da Lei n. 7.347/1985, os arts. 81, 82, 110 e 117 da Lei n. 8.078/1990, os arts. 1º, 2º, 3º, 6º, §§ 1º e 2º; 7º, III, V, VII, IX, X e XI, e 8º da Lei n. 8.080/1990; os arts. 2º, 5º, II, XIV, XXXV, LIV e LV; 6º, 23, II e V; 24, XII; 30, VII; 37, § 6º; 93, IX; 129, III; 196, 197, 198, I, II e III; 200, II e V, e 205 da Constituição Federal, e os arts. 15 e 1.060 do Código Civil (1916), além de divergir da jurisprudência deste Tribunal.

Inicialmente, aduzem a nulidade do acórdão impugnado, pois, apesar da oposição de embargos de declaração, não foram sanadas as omissões e obscuridades apontadas. Argumentam que a decisão combatida não levou em consideração a perda de objeto do pedido de promoção de campanha informativa ante a realização de campanhas permanentes de prevenção à dengue. Alegam que o acórdão também foi omisso com relação à legitimidade passiva da União e da Funasa, além de não ter esclarecido suficientemente os fundamentos legais que o embasaram.

Sustentam que o Ministério Público Federal não possui legitimidade para ajuizar a presente demanda, por se tratar de direitos individuais homogêneos

disponíveis, os quais somente podem ser defendidos pelo *Parquet* em ações que versam sobre o direito do consumidor.

Requerem sua exclusão da lide, uma vez que, “nos termos do Convênio n. 17/1995, celebrado entre a Funasa e o Estado do Rio Grande do Norte, demonstram que o(s) ente(s) federal(is) não concorreu(ram), em qualquer momento, com a alegada situação de inércia frente ao avanço da dengue. Os recursos para o combate ao dengue estavam disponíveis e somente não foram, de logo, utilizados, em vista de óbices ocasionados pelo Estado do Rio Grande do Norte e Municípios”. Dessa forma, a responsabilidade pela execução de medidas voltadas à prevenção e ao combate da doença seria apenas do mencionado Estado e de seus Municípios.

No que concerne à responsabilidade civil da União pela indenização dos atingidos pela dengue, asseveram que o “primeiro elemento a configurar a responsabilidade é a ação, comissiva ou omissiva, do Estado” e que não foi apresentado nenhum comportamento de “agente estatal apto a gerar os alegados danos e a conseqüente responsabilidade civil”, ou seja, de que não há ato omissivo ilícito imputável às recorrentes que fundamente as condenações.

Para as recorrentes, “outro aspecto importantíssimo a ser observado é o nexos causal” entre o suposto dano e a conduta da Administração Federal, o qual não se encontra presente na presente hipótese.

Contra-razões do MPF às fls. 2.929/2.936.

A União e a Funasa também aviaram recursos extraordinários, que, juntamente com os especiais, foram admitidos na origem, como consta das fls. 2.938, 2.939 e 2.940.

Às fls. 2.947/2.956, o MPF exarou parecer pelo não-conhecimento do recurso do Município de Currais Novos-RN e pelo não-provimento do recurso da União e da Funasa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Analiso primeiramente o recurso especial do Município de Currais Novos-RN, o qual, não obstante ter sido interposto com base na alínea **a** do permissivo constitucional, não contém a indicação de quais dispositivos da legislação federal teriam sido violados pela decisão constante no acórdão recorrido.

Somente esse fator já é suficiente para o não-conhecimento do recurso. Todavia, o recorrente inicia seu recurso especial afirmando que a tônica dos fatos

não foi corretamente colocada no julgamento da apelação pelo Tribunal **a quo**. Em seguida, apresenta sua versão, para, ao final, requerer a reforma do acórdão, esquecendo-se de que o recurso especial não possui devolutividade ampla, típica das apelações.

Incidem na espécie as disposições das Súmulas ns. 7 desta Corte, e 284 do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, não conheço do recurso.

Quanto aos *recursos especiais da União e da Funasa*, por serem idênticos, os examinarei em conjunto.

a) Ofensa a dispositivos constitucionais:

A grande maioria dos dispositivos tidos por vulnerados nos recursos de que ora se cuida são constitucionais. Entretanto, não conheço da alegada ofensa, dado que o exame das questões suscitadas sob a ótica constitucional refoge dos limites da estreita competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, sendo que, nos termos dos incisos do art. 102 da Constituição Federal, ficou reservada essa competência ao Supremo Tribunal Federal.

b) Negativa de prestação jurisdicional:

No que tange à alegada violação do art. 535, I e II, do CPC, a irresignação não merece prosperar, pois se verifica que o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, as questões suscitadas pela parte. Ademais, não incorre em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que deixa de examinar individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, desde que adote fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta, como **in casu** se deu.

c) Falta de prequestionamento a dispositivos legais apontados como violados:

Também não é possível o conhecimento do recurso quanto aos arts. 6º, 303, III, e 458 do CPC, e ao art. 15 do CC/1916; aos arts. 110 e 117 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e aos arts. 6º, 7º e 8º da Lei n. 8.088/1990, pois não foram prequestionados. Os recorrentes citaram tais artigos mais como reforço de argumentação aos pedidos de reforma do acórdão que formularam.

Todos os outros dispositivos tidos pelos autores como violados, não excepcionados neste e nos itens acima, mesmo que indiretamente, autorizam o conhecimento dos recursos, como se deduz a seguir.

d) Perda de objeto — promoção de campanhas informativas:

As recorrentes querem que o processo, com relação ao pedido de promoção de campanhas informativas a respeito da dengue, seja extinto sem julgamento de mérito, em razão de que é notório que tais campanhas têm sido realizadas.

De fato, têm razão as recorrentes, pois não se pode negar que, por um longo período de tempo, foram realizadas campanhas de veiculação nacional, *informativas e educativas* sobre a dengue. Atualmente, não se pode dizer que não seja de conhecimento da população a forma de transmissão da doença, o modo de como evitá-la, a necessidade de combater a fonte de proliferação do mosquito *aedes aegypti*, os sintomas indicativos de contaminação e a recomendação para que sejam procurados, de pronto, postos de saúde.

Portanto, quanto ao ponto, certo que se esvaziou de conteúdo a demanda, vindo a perder seu objeto.

e) Divergência jurisprudencial:

A par de não terem as recorrentes atendido as prescrições constantes do art. 541, parágrafo único, do Código do Processo Civil, e do art. 255, § 2º, do RISTJ, porquanto fizeram apenas a citação dos arestos, deixando de promover o indispensável cotejo analítico, as questões suscitadas quanto à divergência jurisprudencial são, a seguir, analisadas sob o ângulo da legalidade, uma vez que também devolvidas com base na alínea **a** do permissivo constitucional.

*f) Legitimidade **ad causam** da União e da Funasa:*

Aduzem as recorrentes que são ilegítimas **ad causam** para responderem à presente ação. Todavia, uma das causas de pedir assenta-se no retardo de repasse de verbas federais para a erradicação da doença nos Municípios atingidos epidemicamente. E, tanto a União como a própria Funasa, nas razões de seus recursos, aludem que, de fato, houve certo atraso no repasse de tais recursos (fls. 2.514/2.515 e fls. 2.617/2.618), muito embora reputeem-no ao Estado do Rio Grande do Norte.

Tal fato é suficiente para indicar a legitimidade de tais entes públicos para responderem à presente ação. Portanto, a tese da legitimidade resta superada, inexistindo qualquer violação do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

g) Legitimidade ativa do Ministério Público — defesa de interesses transindividuais:

Alegam as recorrentes que o Ministério Público não é legitimado para a propositura da ação civil pública, ao fundamento de que os direitos postulados na presente ação são individuais homogêneos disponíveis.

O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/1985. Em decorrência, está assente na doutrina e na jurisprudência

que o objeto da ação civil pública abarca quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, sem nenhuma *taxatividade de objeto para a defesa judicial*¹ de tais interesses.

Doutrina **Rodolfo de Camargo Mancuso**, in “Ação Popular”, 3ª ed., p. 34:

“O que é importante reter neste ponto é que uma ação recebe a qualificação de ‘coletiva’ quando através dele se pretende alcançar uma dimensão coletiva, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo; caso contrário, teríamos que chamar de ‘coletiva’ toda ação civil onde se registrassem um litisconsórcio integrado por um número importante de pessoas, como se dá no chamado ‘multitudinário’. Na verdade, uma ação é coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espalhando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou no interesse de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda no âmbito de certos grupos ocasionalmente constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados ‘individuais homogêneos’.”

Por conseguinte, **in casu**, a questão encontra solução na classificação acerca dos interesses nesta ação defendidos: se se referem apenas à soma de interesses individuais de algumas pessoas são disponíveis; ou, se se referem a interesses transindividuais, difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, são indisponíveis.

A solução da questão encontra-se na r. sentença, cujo relatório esclarece o seguinte:

“1. Versa a lide sobre ação civil pública promovida pelo *Ministério Público Federal* contra a *União Federal* e a *Fundação Nacional de Saúde — Funasa*, com pedido de liminar e de tutela antecipatória, no afã de obter, deste Juízo, decreto jurisdicional que determine a primeira liberação imediata, em uma só parcela, de todas as verbas disponíveis no combate ao mosquito *aedes aegypti*, transmissor da dengue, estimada em R\$ 2.500.000,00 (*dois milhões e quinhentos mil reais*), impondo às rés, ainda, condenação no sentido de

‘d.1.) por meio da mídia, promover campanha informativa, onde se esclareça suficientemente a população, seja apontando a gravidade real do contágio, compreendendo toda a extensão do problema;

1 **Mazzilli, Hugo Nigro**. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. 17ª ed., p. 122.

d.2.) por força da falta de combate efetivo ao transmissor, apesar da ciência da situação desde 1995, ressarcir às famílias dos que foram acometidos pela doença, em particular dos falecidos, vítimas do dengue...?’

(...)

3. Em prol de sua pretensão, aduz que a omissão da União Federal em repassar os recursos necessários ao combate do mosquito transmissor da dengue acarretou verdadeiro estado de calamidade pública no Rio Grande do Norte, diante do número de notificações da doença registradas...

4. Informa a parte-autora que o Plano Diretor de Erradicação (PEA) do *Aedes aegypti* foi concluído, em dezembro de 1995. A despeito disso, tal plano continua no papel, pois não houve ainda liberação de recursos financeiros para o combate à situação de calamidade causada pelo elevado número de casos de contaminação da dengue, nesse Estado.

(...)

7. Quanto à matéria de direito, sustenta que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tal como está plasmada no art. 196 da Constituição, de modo que a não-operacionalização do ‘Plano Diretor de Erradicação do *Aedes Aegypti*’ caracteriza omissão da União, que, a despeito da existência de previsão orçamentária, insensível ao problema, ao invés de executar programa tendente a debelar a epidemia que se avizinha, persiste em liberar, a contagotas, as verbas destinadas para esse fim.”

Poder-se-ia citar mais alguns trechos, mas, para a investigação que se pretende, as indicações acima são suficientes. De tais asserções, verifica-se que o Ministério Público pretendeu, com a presente ação, a realização de planos já existentes de erradicação da doença tida por dengue e a conseqüente indenização das vítimas por ela atingidas em razão do atraso ocorrido quanto à efetivação de tais planos.

Portanto, a presente causa propugna pela defesa de interesses difusos. Se considerada a definição de tais interesses constante do Código de Defesa do Consumidor, temos, em seu art. 81, inciso I, que a tutela pretendida é indisponível e indivisível, pois visa atingir um número indeterminado de pessoas, entre as quais há apenas uma ligação circunstanciada em razão de estarem na zona de risco epidêmico da dengue.

Insta observar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor empresta à legislação extravagante os conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas, tais conceitos, de forma alguma, ficam restritos às normas consumeristas, sendo amplamente aplicáveis no Direito pátrio.

Comentando o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, **Kazuo Watanabe** apresenta o seguinte exemplo:

“No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos ‘difusos’ e ‘individuais homogêneos’. Suponha-se, para raciocinar, uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge um número indeterminável de pessoas, tratando-se em conseqüência de lesão a interesses ou direitos ‘difusos’. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou o serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’.

Limitando-se o autor da ação coletiva a postular, *v.g.*, a retirada da publicidade enganosa, a tutela pretendida é dos interesses ou direitos ‘difusos’. É esse o conflito de interesses trazido ao processo. É essa a ‘lide’ processualizada. O objeto litigioso do processo, delimitado pelo pedido, tem essa ‘lide’ como seu conteúdo.” (In “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed., p. 811.)

Seguindo o exemplo acima, e fazendo uso das palavras do autor apenas para melhor elucidação, substituindo “publicidade” por “plano de erradicação de uma epidemia”, observa-se que este atinge um número indeterminável de pessoas, tratando-se, em conseqüência, de lesão a interesses ou direitos difusos. Porém, as pessoas que, em razão do retardo do Estado em combater a epidemia, contraíram a doença, certamente tiveram prejuízos individualizados, e, neste ponto, cria-se certa confusão, crendo-se tratar de interesses individuais homogêneos disponíveis.

Todavia, não se pode descuidar que, considerando-se o pedido e a causa de pedir do Ministério Público, autor da ação, o interesse das vítimas na indenização decorre da apontada lesão perpetrada pelo Poder Público, que teria sido omissor na prestação de serviços. Não se visa, por conseguinte, à tutela de interesses específicos de pessoas certas, mas à tutela conseqüente e própria de ações coletivas.

É claro que, caso fosse mantido o acórdão recorrido, haveria, no momento da habilitação, por ocasião da liquidação da sentença, a individualização dos prejudicados, quando fossem exercitar seus respectivos direitos. Mas, de outro modo não poderia ser, sob pena de a demanda tornar-se ineficaz.

Portanto, não há reparo algum a ser feito no acórdão recorrido, pois é o Ministério Público legitimado, na forma dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, combinado com o art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/1985, para a propositura da presente ação.

Nesse sentido, são exemplos os seguintes precedentes deste Tribunal:

“Administrativo e Processual. Improbidade administrativa. Ação civil pública.

1. (...)

2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.

3. (...)

4. (...)

5. As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças

6. **A fortiori**, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto-executável ou mandamental.

7. Axiologicamente, é a **causa petendi** que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.

8. (...)

9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que ‘A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos Poderes Públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

(...)

10. Recurso especial desprovido.” (REsp n. 510.150-MA, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 29.03.2004.)

h) Responsabilidade civil estatal:

Sustentou-se, no voto vencedor do acórdão recorrido, que, em se tratando de *faute de service*, a responsabilidade estatal é objetiva. Observe-se (fl. 2.435):

“Tomando partido na controvérsia, sou de que, mesmo nos casos de omissão, decorrente do mau funcionamento do serviço estatal, está-se ante

responsabilidade objetiva. A uma porque não se indaga da culpa do funcionário em si, mas do insatisfatório funcionamento do serviço.”

Data venia dos que pensam diferente, não posso corroborar tal entendimento, visto que a questão suscitada nos autos é afeta ao campo da responsabilidade civil do Estado por omissão, e, em casos tais, entendo, assim como firmado em grande parte da doutrina e da jurisprudência, que a responsabilidade é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de que deveria o Estado ter agido por imposição legal.

Essa obrigação legal encontra-se nas normas de natureza constitucional e na Lei n. 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estabelecendo que:

“Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Indiscutivelmente, o Estado tem o dever de fomentar ações que visem à redução de riscos de doenças, mormente quando se acena no horizonte a possibilidade de uma possível epidemia. Na verdade, não haveria sequer necessidade de lei estabelecer tal dever estatal, porquanto é intuitivo que a Administração Pública esteja voltada para a gestão de interesses coletivos, o mais diversificados quanto for exigido por essa coletividade, propugnado pela ordem social, objeto esse que se veria alijado se a saúde pública fosse preterida.

E mais, aproximando-se dos fatos colocados na presente ação, constata-se indubitavelmente que se trata de responsabilidade por omissão, porquanto o alastramento da epidemia da dengue ocorrida no Estado do Rio Grande do Norte e no restante do País não se sucedeu por ação positiva do Estado, mas por outros fatores, tais como: clima tropical favorável à proliferação do mosquito *aedes aegypti*; urbanização crescente associada à deficiência de limpeza urbana; não-utilização de materiais biodegradáveis, que se acumulam formando recipientes de água, nos quais o mosquito transmissor prolifera-se; resistência da população em colaborar (isso é de certa gravidade, tendo em vista que o *aedes aegypti* é um mosquito que se adaptou às áreas urbanas das cidades e vive preferencialmente dentro das casas ou perto delas, uma vez que lá encontra as melhores condições

para sua reprodução: depósitos com água e sangue humano), deixando de implementar em suas respectivas residências as recomendações do Ministério da Saúde e de órgãos diversos, e tantos outros fatores.

Ademais, não se pode deixar de observar que a dengue é hoje um dos principais problemas de saúde pública no mundo. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), mais de 100 países, com exceção do continente europeu, encontra-se às voltas com tal problemática (www.universidadecorporativa.caixa.gov.br). Portanto, não se trata de questão isolada no Estado do Rio Grande do Norte, fato que desautoriza atribuir-lhe a responsabilidade objetiva pela noticiada infestação.

Como **in casu**, ante a condenação imposta em sentença, que determinou a indenização das vítimas da dengue, abrangendo um número indeterminado de pessoas, número este cuja probabilidade é de que seja de grande vulto, pois, segundo dados da recorrente Funasa encontrados no site <http://sis.funasa.gov.br>, apenas na Região Nordeste, foram registrados, entre 1999 e 2003, mais de 740.000 mil casos (não há dados específicos com relação ao Estado do Rio Grande do Norte), vou me permitir maior digressão a respeito da questão.

O Ministério da Saúde², informa que a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que entre 50 a 100 milhões de pessoas no mundo se infectam anualmente, em mais de 100 países, de todos os continentes, exceto a Europa.

Aduz que, em nosso país, houve a reintrodução do que se chama de vetor, referindo-se ao *aedes aegypti*, em 1976, propiciando o avanço da doença, que não foi controlada em razão do pouco êxito observado na aplicação dos programas existentes à época.

Em 1996, o Ministério da Saúde propôs novo Programa de Erradicação do *Aedes aegypti* (PEAa), nos autos referido. Todavia, foi observado, durante o período de implantação desse programa, que era inviável a erradicação do mosquito a curto e médio prazos. Todavia, houve uma sensível diminuição dos casos catalogados. Daí para frente, o modelo adotado ocupou-se em descentralizar a atuação estatal, incluindo-se as esferas estaduais e municipais.

2 Foram vários os sites pesquisados, mas as citações contidas no voto foram extraídas dos seguintes: www.universidadecorporativa.caixa.gov.br;
<http://dtr2001.saude.gov.br/svs>;
<http://tabnet.datasus.gov.br/egi>;
<http://sis.funasa.gov.br>;
www.medicina.ufmg.br/spt;
www.prdu.unicamp.br/dengue.

Esclareceu o Ministério da Saúde que tais programas seguiram o padrão internacional e que os mesmos resultados deficientes aqui obtidos, o foram também em nações alienígenas.

“Os resultados obtidos no Brasil e o próprio panorama internacional, onde inexistem evidências da viabilidade de uma política de erradicação do vetor, a curto prazo, levaram o Ministério da Saúde a fazer uma nova avaliação dos avanços e das limitações, com o objetivo de estabelecer um novo programa que incorporasse elementos como a mobilização social e a participação comunitária, indispensáveis para responder de forma adequada a um vetor altamente domiciliado.”

Informa o Ministério da Saúde que, no final de 1990, houve a introdução de “novo sorotipo”, que foi denominado de “dengue 3”, cujo combate e prevenção exigiu novos planos de prevenção e combate.

A Universidade Federal de Minas Gerais informa que são encontrados quatro tipos de sorotipos, denominados Den-1, Den-2, Den-3 e Den-4. Apresenta também dados acerca da epidemia verificada no País e a evolução dos sorotipos, como, por exemplo, a epidemia ocorrida no Rio de Janeiro em 1986, que se alastrou por outros Estados, tais como Minas Gerais, São Paulo e Estados do Nordeste, etc.

Pesquisando, encontra-se um sem número de informações, todas coincidentes a respeito da origem e do alastramento da doença, bem como os meios e tentativas exitosas, ou não, de combate. Todas verificadas em *sites* oficiais, tanto de órgãos governamentais, incluindo-se aí o da Funasa, como de diversas universidades federais nos mais diversos Estados. Tais informações, avaliadas sob o ponto de vista dos programas de combate à doença, possibilitam a seguinte conclusão: no Brasil, os programas foram implementados em conformidade com as recomendações internacionais, já que se trata (e utilizo do verbo no presente, dado que ainda é problemática existente) de epidemia de proporções mundiais. Ademais, tais programas não lograram o êxito que se esperava, visto que não foram pautados em experiências já vivenciadas de eficácia comprovada. O que os governos têm feito é aprimorar novos programas com base nas experiências decorrentes dos que são substituídos.

Além disso, não se pode descurar de um fator importante nesta história: quaisquer programas de combate à dengue passam pela eliminação do mosquito transmissor. Como ele se prolifera eminentemente na zona urbana, nos quintais das casas e em depósitos comerciais, o sucesso de quaisquer programas requer a efetiva participação da população, cuja educação não ocorre de uma hora para outra, mas ao longo do tempo.

Nesse contexto todo, a responsabilidade do Estado dar-se-ia em duas situações: a primeira, em razão da ausência de programas de combate e efetivação, o que não ocorreu, pois o Governo, primeiro, na esfera federal, e depois, na estadual, implementou diversos deles; segundo, se, na época a que se refere o Ministério Público nos presentes autos, existisse, mesmo que em países estrangeiros, experiência bem-sucedida sob o aspecto técnico de implementação de programas eficazes, e o nosso governo optasse por experimentações outras não comprovadas, dificilmente poderia ser refutada a hipótese de deficiência do serviço. Entretanto, não houve nenhuma referência nos autos quanto a esse fato.

No acórdão recorrido (fl. 2.438), consta do voto-vencedor que, “ao descuidar-se [aqui referindo-se às esferas estaduais e municipais] em coibir o avanço de epidemia, reiniciada no País onze anos antes, a ação estatal não se pautou pela senda constitucional da eficiência (art. 37, **caput**)”.

Na verdade, para que pudesse ser aferida eventual falha quanto à prestação eficiente de serviços no combate à dengue, haveria de se ter mensurado a existência de outras técnicas não utilizadas pelo Governo e sua receptividade social.

Quanto à ação estatal, nesse mesmo voto condutor, está firmado que as ações administrativas de combate à dengue não se viram prejudicadas com o atraso de repasses de verbas federais, mas em razão de o Estado do Rio Grande de Norte e de parte de seus Municípios não terem se submetido aos planos do Governo Federal de combate à epidemia.

Entretanto, esse fato encontrou divergência, pois há voto vencido em que, analisados documentos acostados por alguns municípios, concluiu-se que tais entes se desincumbiram do mister em seus limites territoriais, agindo como lhes competia no combate à mencionada epidemia.

De qualquer forma, tendo os Municípios agido ou não tempestivamente, como se viu acima, o próprio Governo Federal reconheceu que os programas não foram eficazes como a necessidade se impunha, mas que fez aquilo a que se dispunha, desincumbindo-se, pois, de sua responsabilidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello, a respeito da responsabilidade por omissão do Estado, doutrina:

“Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la

do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: *é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.*

55. Não há resposta **a priori** quanto ao que seria a padrão *normal* tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu.

56. Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativas do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissio, insuficiente ou inadequado” (g.n.).

Cumpre, então, observar que não houve ilicitude na conduta do Estado, não se verificando a culpa por negligência, imprudência ou imperícia, uma vez que o serviço prestado condizia com as possibilidades existentes. Tal serviço pode não ter correspondido às expectativas geradas em torno do mencionado plano de combate, mas era o que podia ser feito e, repito, não foi apresentada pelo autor outra alternativa que não a implementada pelo Governo. Inclusive, na peça vestibular, postula-se a imediata implementação do plano governamental.

i) Indenização às vítimas fatais da dengue:

Continuando a análise acima procedida, há de se indagar, considerando a hipótese de atraso na implementação do mencionado plano de combate: quanto de contaminação a mais se verificou em decorrência disso, em relação às que se teriam verificado caso tal programa houvesse sido implementado a tempo?

Essa indagação é importante em razão do seguinte: 1ª o Governo Federal afirmou que os programas implementados não obtiveram o êxito desejado; 2ª não havia à época programas tecnicamente experimentados que houvessem apresentado maior eficácia significativa (ou nada se disse a respeito), pois, pela notícia que se tem, a epidemia, à época, não foi controlada com êxito nos outros

países por ela atingidos. Concebendo-se que, nesta realidade, houve a contaminação de “x” pessoas, a suposição de atraso de implementação do plano de combate nos Municípios referidos pelo Ministério Público não apresentou agravo significativo quanto ao percentual de pessoas atingidas, já que, apesar do programa, pessoas continuaram a ser contaminadas.

Nos termos colocados pelo MP, caso fossem cabíveis quaisquer indenizações, seria de se considerar também que: indeniza-se as pessoas que foram contaminadas em razão do atraso da implementação do programa, e não se indeniza as pessoas que foram contaminadas na vigência do programa.

Nesse sentido, creio que eventual liquidação de sentença seria impossível, pois não há como mensurar, efetivamente, quem ou quais pessoas foram atingidas em razão do dito atraso, e não é crível pretender-se que o Governo venha a indenizar todas as pessoas atingidas, quando não foi ele o responsável pelo alastramento da doença, a qual, muito menos, foi provocada pelo noticiado atraso.

Há, ainda, de ser considerado outro aspecto: eventual indenização haverá de ser suportada pelos Municípios, normalmente baldos de recursos financeiros; e se, em grande número, provavelmente serão respaldados por arrecadações a serem implementadas para que se faça frente a tais *déficits*, o que significa que haverá uma diluição dos danos na comunidade, situação típica de indenização de danos decorrentes de situações de risco, que não é o caso dos autos.

Valendo-me, ainda, dos traços necessários à indenização de danos, do ponto de vista da reparação objetiva (pois a subjetiva basta à ilicitude do comportamento estatal), o dano para ser indenizável deverá ser especial, ou seja, aquele que, segundo **Celso Antonio Bandeira de Mello** (obra citada, p. 905), onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, *não afetando a coletividade ou pessoas abstratamente consideradas, como in casu se pretende*.

j) Considerações adicionais:

Nos presentes autos, não restou definida a questão do nexo causal entre o apontado (e não provado) *faute du service publique*, aqui traduzido no atraso da implementação do programa de combate à dengue, e a contaminação das vítimas que se pretendem sejam indenizadas, porquanto, para tanto, haveria de se ter computado o número de vítimas registradas em razão desse atraso, ou mesmo se o prazo indicado pelo MP teria evitado o alastramento do foco epidêmico. Como se afirmou anteriormente, à época, não eram conhecidos os níveis de eficácia de tal programa.

Outro fator relevante está em que o instituto da responsabilidade civil não se coaduna com a hipótese de prejuízos genéricos, disseminado na coletividade, mas, às hipóteses em que se configura caráter mais restrito.

No que diz respeito à dengue, há de ser observado — fato que o voto condutor do acórdão recorrido reputou irrelevante — que nenhum dos programas governamentais lançados prescindiram da efetiva participação da população. Tanto que o Ministério da Saúde teve como uma das causas de insucesso dos primeiros programas a insignificativa participação da comunidade.

Não quero com isso atribuir a responsabilidade do alastramento epidêmico a cada pessoa ou família; mas as pessoas e as famílias, enquanto componentes do corpo social, têm suas responsabilidades. Trata-se de questão cultural. De nada adianta o Governo implementar planos se não puder contar com a participação efetiva da população. Compete ao Governo, numa prestação adequada de serviços — de forma nenhuma, tenho a pretensão de fazer quaisquer indicações técnicas — realizar visitas às residências, destruindo quimicamente os focos de criação do mosquito transmissor; fazer trabalhos, tais como campanhas, que sensibilizem as pessoas, informar etc. Mas nada disso terá a eficácia esperada se não contar com a boa vontade de cada pessoa que atuará, diariamente, no âmbito de suas residências.

Tanto isso é verdade, que a dengue é doença que já conta com quase duas décadas e ainda não foi extinta, nem mesmo controlada adequadamente. Assim, não sendo crível que se elimine a parcela de responsabilidade atinente à população, não há por que falar em ressarcimento de danos mediante indenizações, mesmo que o Estado houvesse agido com negligência, como concluiu o acórdão recorrido.

Ademais, em se tratando de fato generalizado e de responsabilidade subjetiva, impossível a aplicação das teorias, tais como a da concausa e/ou co-participação, para se apurar os danos verificados e chegar a um **quantum** indenizatório.

Na verdade, todos — governos, população, pessoas particularizadas — são responsáveis por não terem dado a importância devida ao que ocorria, aos números estatísticos apresentados nos noticiários nacionais e locais. E, o alto custo desta epidemia já tem sido suportado por toda a sociedade. Portanto, nada há mais de ser acrescido a tais custos.

Com estas considerações, entendo que não restou configurada a responsabilidade civil do Estado, que é subjetiva, pois não houve nenhuma ilicitude na prestação de seus serviços.

Ante o exposto, *conheço em parte dos recursos e, nessa parte, dou-lhes provimento* para julgar improcedente o pedido formulado na presente ação civil pública, com exceção do requerimento de promoção de campanhas publicitárias, que julgo prejudicado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 705.231-RS (2004/0167017-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Erni Rosiane Pereira Muller e outros

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

Procuradores: Leandro da Cunha e Silva e outros

Recorridos: Raul Pereira e outro

Advogados: Eliane Rossa Grune e outro

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro da Habitação. “Contrato de gaveta”. Lei n. 10.150/2000. Legitimidade. Súmulas ns. 282 e 284-STF.

1. Não se conhece de recurso quando as teses trazidas no especial carecem de prequestionamento.

2. Aplica-se o teor da Súmula n. 284-STF, considerando-se deficiente a fundamentação, quando o recorrente não aponta, com clareza e precisão, o dispositivo de lei violado.

3. O adquirente de imóvel através de “contrato de gaveta”, com o advento da Lei n. 10.150/2000, teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, tem o cessionário legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

4. Recurso do Ipergs não conhecido. Recurso da CEF conhecido em parte e 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, não conhecer do recurso do Ipergs e conhecer parcialmente do recurso da CEF e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recursos especiais interpostos, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão que julgou ação em torno do Sistema Financeiro de Habitação — SFH, restando assim ementado:

“Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de ‘gaveta’. Legitimidade do cessionário. Mais de um imóvel financiado na mesma localidade. Manutenção da cobertura pelo FCVS em ambos os contratos. Art. 3^o da Lei n. 8.100/1990, com redação da Lei n. 10.150/2000. Honorários advocatícios. Majoração.

1. Detém o cessionário legitimidade ativa para postular em nome próprio a revisão judicial das cláusulas de contrato de mútuo firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, não importando a data em que foi celebrada a transferência, uma vez que de referidos negócios jurídicos decorrem direitos aos cessionários, que não podem ficar à margem de qualquer regulamentação.

2. Não tem aplicação a norma restritiva sobre a quitação, pelo FCVS, de um único saldo devedor, trazida pela Lei n. 8.100/1990, não só porque o contrato em exame foi firmado em data anterior à vigência da referida lei, que não pode ter aplicação retroativa, sob pena de atingir ato jurídico perfeito, mas também porque a Lei n. 10.150/2000, ao alterar a redação original do art. 3^o da Lei n. 8.100/1990, impôs a restrição apenas àqueles contratos firmados posteriormente a 05 de dezembro de 1990.

3. A jurisprudência desta Corte tem considerado adequado à espécie o percentual de honorários de 10% sobre o valor da causa. (Fl. 323)

Alega a CEF, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 1^o, parágrafo único, da Lei n. 8.004/1990, e 6^o da LICC, aduzindo carecer de legitimidade o cessionário (adquirente através de “contrato de gaveta”) de financiamento para propor “ação revisional contra o agente financiador, se este não interveio na transferência”.

Aponta, ainda, infringência aos arts. 119 e 879 do CC; 9^o, § 1^o, da Lei n. 4.830/1964; 6^o da Lei n. 8.004/1990; e 3^o da Lei n. 8.100/1990, sustentando que, possuindo os cessionários outro imóvel financiado pelo SFH na mesma localidade, não poderiam utilizar-se do FCVS para quitar o financiamento.

O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul — Ipergs, por sua vez, alega, preliminarmente, sua ilegitimidade **ad causam**, sob o argumento de que, não possuindo a ingerência sobre o Fundo de Compensação das

Variações Salariais (FCVS), não poderia responder pela condenação e pelo saldo devedor, sob pena de infringência aos arts. 3º e 267, VI, do CPC.

Interpretando o art. 16 da Lei n. 10.150/2000, entende que é facultado ao agente financeiro conceder ou não a quitação na forma da lei.

Aduz, ainda, que os autores sequer preenchem os requisitos para quitação antecipada do imóvel, uma vez que são apenas cessionários e, tem o mutuário original outro imóvel na mesma localidade, o que os impedira de usufruir da cobertura do FCVS.

Por fim, insurge-se contra a fixação de honorários, dando por violados os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Argumenta que, por não haver correlação entre o verdadeiro valor do imóvel em questão e o valor atribuído à causa, não poderia ser a condenação fixada a partir deste, além da participação dos representantes judiciais ter limitado-se à elaboração da inicial. Colaciona precedentes que firmaram o entendimento de que autarquia estadual está incluída no conceito de Fazenda Pública.

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Em exame preliminar de admissibilidade, não conheço do recurso da CEF no que tange à impossibilidade, na hipótese dos autos, de utilização do FCVS para quitação de financiamento, uma vez que a tese apresentada pela recorrente, qual seja, a de que o *cessionário* possui outro imóvel na mesma localidade, não foi apreciada pela Corte **a quo**, devendo-se aplicar o teor da Súmula n. 282-STF.

Já o recurso do Ipergs não deve ser conhecido na sua integralidade. As questões trazidas para apreciação com base na alínea **a** do art. 105, III, da CF/1988, acerca da sua ilegitimidade passiva **ad causam**, da infringência ao art. 16 da Lei n. 10.150/2000 e da condenação em honorários, carecem de prequestionamento. Ainda, quanto aos honorários, não se encontra prequestionada a tese apresentada pela alínea **c** do permissivo. Incide, pois, o óbice da Súmula n. 282-STF. Não merece conhecimento, ainda, o recurso quanto à tese sobre os requisitos para a quitação antecipada do imóvel, uma vez que o recorrente não apontou com clareza e precisão qual o dispositivo de lei violado, restando deficientemente fundamentado (Súmula n. 284-STF).

Superados esses óbices, passo ao exame da questão remanescente do recurso da CEF, que se resume a saber-se se o cessionário tem legitimidade para requerer em juízo a revisão do contrato e do financiamento.

O art. 22 da Lei n. 10.150/2000 tem a seguinte redação:

“Art. 22. Na liquidação antecipada de dívida de contratos do SFH, inclusive aquelas que forem efetuadas com base no saldo que remanescer da aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º desta lei, o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada sem a interveniência da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS, inclusive quanto à possibilidade de utilização de recursos de sua conta vinculada do FGTS, em conformidade com o disposto no inciso VI do art. 20 da Lei n. 8.036, de 1990.”

A mesma lei deu nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.004/1990, que passou a vigorar com o seguinte texto:

“Art. 2º Nos contratos que tenham cláusula de cobertura de eventual saldo devedor residual pelo FCVS, a transferência dar-se-á mediante simples substituição do devedor, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e obrigações do contrato original, desde que se trate de financiamento destinado à casa própria, observando-se os requisitos legais e regulamentares, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal.”

Ora, se a transferência, nos contratos com cobertura do FCVS, se opera com a simples substituição do devedor, sub-rogando-se o adquirente nos direitos e deveres, inegavelmente tem ele legitimidade para discutir em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

Com essas considerações, não conheço do recurso do Ipergs e conheço parcialmente do recurso da CEF, negando-lhe provimento.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 12.516-PR (2000/0112062-0)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrentes: Edson Junji Torihara e outro

Advogados: Alberto Zacharias Toron e outros

T. de origem: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu — SJ/PR

Recorrido: Ministério Público Federal

Sustentação oral: Alberto Zacarias Toron, pelo recorrente

EMENTA

Administrativo. Investigações policiais sigilosas. CF/1988, art. 5º, LX, e Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/1994.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo.

4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.

5. Recurso ordinário 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 maioria, vencidos os Srs. Ministros Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins, negar provimento ao recurso ordinário. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto e Laurita Vaz.

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora

DJ 27.09.2004

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Eliana Calmon: Edson Junji Torihara e outro impetraram mandado de segurança contra o Juiz de Direito da 1ª Vara Federal Criminal da Circunscrição Judiciária de Foz do Iguaçu — Paraná, por ter indeferido pedido de vista e extração de cópias dos autos de inquérito policial.

Defenderam os impetrantes o entendimento de que o art. 7º, incisos XIII, XIV e XV, da Lei n. 8.906/1994 garantem ao advogado constituído o direito de vista dos autos do inquérito policial.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região denegou a segurança, por maioria, em acórdão cuja ementa espelha com clareza a controvérsia:

“Mandado de segurança. Inquérito policial. Sigilo. Art. 20, CPP. Acesso ao advogado. Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994)

1. Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20, CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inciso XIV do art. 7º da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, devendo ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena de o procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

2. Se nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, § 1º) com muito mais razão deve ocorrer na fase apuratória em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal e sua autoria, mormente nos tempos atuais onde se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, delitos praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de crime, etc.) onde, em muitos casos, o sigilo nas investigações é vital para o esclarecimento dos fatos.” (Fl. 79)

No recurso ordinário, alegam os recorrentes inexistir, na hipótese dos autos, contraposição entre o interesse público e o privado, eis que o direito do livre exercício profissional é assegurado na Constituição Federal (art. 5º, XIII) revelando-se como garantia de interesse público, impondo limites à atuação estatal, evitando arbitrariedades.

Opinou o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso, nos exatos termos do parecer proferido pelo Ministério Público local que, por sua vez, em resumo, disse ser a hipótese dos autos caso de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, também conhecido como princípio da proporcionalidade, havendo necessidade da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei n. 8.906/1994 com as características próprias do inquérito policial.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): O inquérito policial é um procedimento investigatório, de natureza inquisitorial, que objetiva apurar a materialidade de fatos que, em tese, configuram crime, bem assim sua autoria.

Dentro deste enfoque, não há cerceamento de defesa, nem agride o princípio do devido processo legal e da ampla defesa, o desenvolvimento das investigações em caráter sigiloso.

Descarta-se, assim, qualquer agressão ao art. 5^o, inciso LV, da CF/1988, mesmo sob a égide da Constituição Cidadã, visto que em plena vigência o art. 20 do CPP

Apreciando a controvérsia, decidiu o STF:

“O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios — precipuamente destinados ao órgão da acusação pública — habilita-lo-ão a instaurar a **persecutio criminis in judicio**.

A investigação policial — que tem no inquérito o instrumento de sua concretização — não se desenvolve, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal.

A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (STF, HC n. 69.372-5-SP, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 07.05.1993)

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Formação de quadrilha. Prisão em flagrante. Alegação de ilegalidade. Ausência de prova.

O inquérito policial, inclusive o auto de prisão em flagrante, é um procedimento de natureza administrativa, sem contraditório, exigindo-se apenas o cumprimento das formalidades próprias previstas na lei adjetiva penal.

Omissis

Omissis

Recurso ordinário desprovido.” (RHC n. 8.364-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 16.08.1999).

“Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Flagrante. Inquérito. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

Como é sabido, o inquérito policial é um procedimento administrativo investigatório, de natureza inquisitorial, destinado à orientação do titular da ação penal, e, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório. Diante disso, o fato de o defensor nomeado não ter tido conhecimento dos depoimentos do condutor e das testemunhas antes do interrogatório feito pela autoridade policial, não constitui cerceamento de defesa.

Precedentes.

Ordem denegada.” (HC n. 14.487-RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, unânime, DJ 04.06.2001)

“Penal. Inquérito policial instaurado para apuração de suposta falsificação de documento particular. Trancamento. Negativa de autoria e ausência de prejuízo. Exame de provas. **Habeas corpus**. Recurso.

1. Omissis

2. O inquérito policial é mera peça informativa, destinada a apurar o fato noticiado. Havendo, ao menos em tese, crime a ser apurado, não se tranca o inquérito, exceto em situações em que desponte flagrante o constrangimento ilegal.

3. A simples existência de inquérito, sem que verificada qualquer ameaça à liberdade ambulatorial do indiciado, não configura o alegado constrangimento ilegal. O Ministério Público, assim como o juiz, não está vinculado à conclusão feita na fase policial.

4. Recurso em **habeas corpus** conhecido, mas não provido.” (RHC n. 10.841-PR, Relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, unânime, DJ 03.09.2001)

“Recurso em **habeas corpus**. Processual Penal. Usura pecuniária. Inquérito policial. Contraditório. Inexistência.

1. A natureza inquisitorial do inquérito policial não se ajusta à ampla defesa e ao contraditório, próprios do processo, até porque visa preparar e instruir a ação penal.

2. O sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente Constituição da República.

3. A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir a nulidade ao feito inquisitorial.

4. Precedentes.

5. Recurso improvido.” (RHC n. 11.124-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, unânime, DJ 24.09.2001)

De referência ao art. 7º, inciso XIV, do Estatuto da OAB, que garante ao advogado o livre acesso às repartições policiais, temos em contraposição o art. 20 do CPP

Interpretando o conteúdo da norma processual, afirma o Professor **Fernando Capez**, em “Curso de Processo Penal”:

“O direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurado no art. 5º, XXXIII, da CF/1988, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, como salienta o próprio texto normativo. O sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária. No caso do advogado, pode consultar os autos do inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, XII a XV e § 1º — Estatuto da OAB)”. (Obra citada, p. 69)

Assim sendo, entendo de absoluta correção o acórdão recorrido, razão pela qual nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Srª. Ministra-Presidente, pelo que entendi da bem elaborada sustentação oral, do relatório e do profundo voto de V. Exª., sinto-me em condições de votar.

Estou à vontade porque não morro de amores pelo inquérito policial, que justamente veio a lume, nos moldes atuais, calcado no processo penal italiano, quando lá vigorava o fascismo.

Nas poucas vezes em que tive oportunidade, sempre me manifestei em prol do Juizado de Instrução, que, a meu sentir, é um dos possíveis caminhos que poderia levar a sociedade a enfrentar com maior eficácia, nos dias de hoje, o crime organizado.

Nem o sigilo do inquérito deve ser totalmente absoluto, nem inteiramente arredado. Nem tanto à terra, nem tanto ao mar. Se dentro do inquérito policial houver iminência de cautelares, de seqüestro de bens, de decretação de prisão preventiva ou outra medida que vier a colocar em risco o patrimônio ou a liberdade do indiciado, ou de terceiros, ou penetrar no campo de relevante interesse do ofendido, nessas hipóteses, meramente exemplificativas, de ordinário entendi que o advogado, constituído ou dativo, do indiciado ou da vítima, tem direito ao acesso às peças do inquérito, ainda que não extensivo à extração de cópias ou certidões, pois, caso contrário, estaria cerceado de bem defender os interesses de um ou de outro, conforme o caso.

Mas, não há demonstração de subsumir-se o caso concreto em nenhuma das hipóteses lembradas ou a ela assemelhadas, de sorte que, em favor do esperado êxito da investigação, deve prevalecer o interesse público.

O inquérito policial, sabem-no todos, é uma mera **notitia criminis**, tanto que os doutrinadores são unânimes em defender que sequer há necessidade de inquérito policial se puderem ensejar os elementos informadores a apresentação de denúncia.

Em suma, em não havendo essas situações excepcionais, não ocorrendo o risco imediato de cerceamento da liberdade do indiciado ou de seu patrimônio, penso não se poder arredar o sigilo do inquérito policial.

Volto a repetir que o inquérito policial, nos dias de hoje, num Estado Democrático de Direito, é uma peça um tanto quanto anacrônica e desatualizada.

No entanto, **legem habemus** e, embora tenha o Código de Processo Penal nascido em época de ditadura, a verdade é que várias Constituições se sucederam a partir de 1946 e, até onde se sabe, não há pronunciamento do excelso Supremo Tribunal Federal acerca da ilegalidade ou inconstitucionalidade do art. 20 do CPP.

Por essas singelas razões, acompanho o voto de V. Ex^a., sem embargo de render homenagens à bem elaborada sustentação oral hoje deduzida pelo ilustre advogado.

Nego, em suma, provimento ao recurso.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Sr^a. Ministra-Presidente, acompanho V. Ex^a. em razão da própria natureza do inquérito policial, que é um procedimento administrativo-informativo com as características de ser inquisitivo e sigiloso quando necessário, para não prejudicar a investigação, como disciplina o art. 20 do Código de Processo Penal, que foi recepcionado pela Constituição Federal.

Nego provimento ao recurso em mandado de segurança.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Mandado de segurança. Inquérito policial. Sigilo. Art. 20, CPP Acesso ao advogado. Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994).

1. Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20, CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inciso XIV do art. 7º da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, devendo ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança nacional.

2. Se nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, § 1º) com muito mais razão deve ocorrer na fase apuratória em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal e sua autoria, mormente nos tempos atuais onde se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra a Sistema Financeiro Nacional, delitos praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de crime, etc.) onde, em muitos casos, o sigilo nas investigações é vital para o esclarecimento dos fatos.”

A impetração voltou-se contra ato praticado pelo Juiz da 1ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu, consistente no indeferimento de pedido de vista e extração de cópias de autos de inquérito policial, efetuado pelos impetrantes, advogados regularmente constituídos por um dos indiciados no mencionado procedimento.

Sustentam os recorrentes:

- a) haver violação de direito líquido e certo ao livre exercício profissional;
- b) inexistir contraposição entre o interesse público (sigilo das investigações) e o interesse privado (direito constitucional ao livre exercício profissional e consequente direito de vista dos autos por advogado devidamente constituído);
- c) estar consagrado constitucionalmente o direito ao livre exercício da profissão — art. 5º, XIII, da CF, importando a efetivação da mencionada garantia em

atendimento ao interesse público, “na exata medida que impõe limites à atuação estatal evitando-se arbitrariedades” (fl. 88);

d) estarem legal e exaustivamente previstas as restrições ao direito do advogado de ter acesso aos autos, o que ocorre somente nos casos de segredo de justiça, nos termos do § 1º do art. 7º do Estatuto da OAB;

e) serem conciliáveis a disposição dos incisos XIII e LX do art. 5º da CF, só se justificando a restrição de acesso aos autos, a terceiros, estranhos ao processo;

f) a insubsistência das assertivas do acórdão de que o acesso aos autos, pelo advogado constituído, poderia criar obstáculos à investigação;

g) ser inaplicável ao caso, o inciso XXXIII, art. 5º da CF;

h) não haverem, em momento algum, defendido a aplicabilidade do contraditório e seus consectários ao inquérito policial, questionando-se, exclusivamente “a legalidade da decisão que evidentemente cerceia o direito ao livre exercício da advocacia”;

i) não representar, o acesso de advogado aos autos, exercício do contraditório.

O Ministério Público exarou parecer pelo desprovimento do recurso (fl. 126).

A Ministra-Relatora, Eliana Calmon, considerando de “absoluta correção” o acórdão exarado pelo TRF da 4ª Região, negou provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelos eminentes Ministros Franciulli Netto e Laurita Vaz.

Assentou a Relatora a natureza inquisitorial do inquérito policial, não sujeito, por isso, aos princípios do contraditório e ampla defesa. Citou copiosa jurisprudência dos Tribunais Superiores, supostamente a embasar o entendimento adotado, concluindo pela plena vigência do art. 20 do CPP.

O voto condutor restou assim ementado:

“Administrativo. Inquérito policial sigiloso. CF/1988, art. 5º, LX, e Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/1994.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo.

4. Recurso ordinário improvido.”

Ocorrendo-me dúvida diante de minha análise perfunctória, solicitei vista dos autos.

Aposto que despicinda ao desate da questão é a fixação da natureza jurídica do inquérito policial.

O cerne da controvérsia reside na ofensa ao direito líquido e certo do advogado a “examinar... autos de... inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (inciso XIV do art. 7º da Lei n. 8.906/1994 — Estatuto da OAB), ou, genericamente, a violação ao direito ao livre exercício da profissão, assegurado no inciso XIII do art. 5º da CF.

Nada importa que as investigações policiais tenham natureza inquisitorial, *o que, aliás, aqui não se discute*, posto ser, neste sentido, pacífico e remansoso o entendimento da jurisprudência e da doutrina.

O inquérito policial reflete um procedimento preliminar e preparatório da ação penal, de instrução unilateral e provisória, filiado ao sistema inquisitorial. Dessa forma, o procedimento não se submete ao princípio do contraditório, que significa a garantia da parte de *contra-agir processualmente*, respondendo alegações efetuadas e produzindo contraprova.

Da inaplicabilidade do princípio ao inquérito policial infere-se que o mesmo não deve sofrer a interferência de qualquer interessado na pesquisa das investigações. Em outras palavras, *veda-se ao indiciado ou suspeito de um delito que desenvolva a contra-investigação. E só.*

A não-submissão do inquérito policial ao princípio do contraditório não significa a conclusão da licitude de vedação de acesso aos autos do inquérito, seja pelo indiciado, seja pelo advogado por este constituído, não havendo, em hipótese alguma, autorização, legal ou constitucional, para que o procedimento se desenvolva em sigilo absoluto, inclusive em relação aos interessados.

Neste diapasão, os precedentes colacionados no voto da eminente Relatora não estão a corroborar a interpretação à restrição que se fez ao advogado.

Os julgados afirmam, em variadas hipóteses, o caráter inquisitório do inquérito. Entrementes, como demonstrado à saciedade, desautorizadas estão as ilações sobre a possibilidade de vedação de acesso e vista ao inquérito policial pelos legítimos interessados.

Ressalto, inclusive que, dentre as decisões que informam o voto da eminente Relatora, a exarada no RHC n. 11.124-RS, da lavra do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, permite-se entrever que o entendimento do Relator é, exatamente, pela abusividade do impedimento de acesso do advogado aos autos,

a demonstrar a exatidão do quanto aqui alegado. Permitam-me reler a ementa do julgado:

“Recurso em **habeas corpus**. Processual Penal. Usura pecuniária. Inquérito policial. Contraditório. Inexistência.

1. A natureza inquisitorial do inquérito policial não se ajusta à ampla defesa e ao contraditório, próprios do processo, até porque visa preparar e instruir a ação penal.

2. O sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente Constituição da República.

3. *A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir nulidade ao feito inquisitorial.*

4. Precedentes.

5. Recurso improvido.” (RHC n. 11.124-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, unânime, DJ 24.09.2001).

Injustificável, na esteira do aduzido, qualquer pretensão de validar ato evidentemente *arbitrário e ilegal*, ao suposto de que o mesmo estaria autorizado pela exegese dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes, concluindo-se pela subsistência e *prevalência* da disposição do art. 20 do CPP em relação à garantia conferida ao advogado pelo inciso XIV do art. 7º do Estatuto da OAB. Nenhum processo interpretativo autoriza a conclusão.

A Lei n. 8.907/1994 assegura aos advogados o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, *autos de flagrante e de inquérito*, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (art. 7º, XIV). O inciso não erige qualquer restrição relativa ao eventual caráter sigiloso do inquérito policial, o que ocorre, *expressamente*, no inciso anterior (inciso XIII, art. 7º, Lei n. 8.906/1994), em relação aos “processos findos ou em andamento, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, *quando não sujeitos a sigilo*, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”.

Interpretação sistêmica denota, com facilidade, a inequívoca intenção do legislador que, se pretendesse impor as restrições quanto ao inquérito, tê-lo-ia feito, *expressamente*, como no mencionado inciso XIII, o que não ocorreu.

Além disso, a restrição, quando existente, como no caso do inciso XIII, não significa, *nunca*, impedimento de acesso aos autos pelo advogado constituído, conforme entendimento assentado por este Tribunal:

“Processual Civil. Advogado. Direito de retirar autos. Tramitação em segredo de justiça. Lei n. 4.215/1963, art. 89, XVII. CPC, arts. 40 e 155.

1. *O instituto do segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes envolvidas no processo. Todavia, não há se falar em sua aplicação para proteger a parte de seu próprio defensor legal.*

2. O direito de vista dos autos fora do cartório pelo advogado devidamente constituído, no caso em tela, encontra-se devidamente fundamentado na Lei n. 4.215/1963, art. 89, XVII; bem como no CPC, arts. 40 e 155.

3. Recurso provido.” (RMS n. 3.738-CE, DJ 05.05.1997, Relator Ministro Edson Vidigal)

Ademais, regras que importem limitações às liberdades ou garantias interpretam-se estritamente, vedada qualquer extensão, por analogia, de seu âmbito de aplicação. Neste sentido a abalizada lição de **Carlos Maximiliano**, no clássico “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”:

“... quando se tratar de exceções às regras gerais, bem como de *limitações à liberdade individual, ao exercício de direito ou a interesses juridicamente protegidos, o texto considerar-se-á taxativo, será compreendido no sentido rigoroso, estrito. Assim sucederá, por exemplo, quanto às prescrições que autorizem a prisão preventiva, o seqüestro de bens do indiciado, ou restrições ao direito de defesa*” (Forense, 9^a ed., p. 329).

Tem-se, respaldado em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, emanado sob a égide do Estatuto anterior, mas em tudo aplicável **in casu**, que o “sigilo, eventualmente necessário, conquanto legítimo, não é causa impeditiva das prerrogativas do advogado (art. 89, incisos III e IV, da Lei n. 4.215, de 1963). O destinatário delas não pode mais do que a lei expressamente autoriza. É de interpretação estrita a norma que abre exceção às regras básicas de um sistema.” (RJTJESP 97/541).

A adequação dos dispositivos em comento com as normas constitucionais pertinentes também desautorizam qualquer intelecção restritiva das garantias consagradas.

O Estado Democrático de Direito brasileiro (art 1^o, CF) caracterizado pela salvaguarda dos direitos e garantias individuais e sociais, dentre os quais o do livre exercício profissional (inciso XIII, art. 5^o, CF) não pactua com a interpretação autoritária que se pretende dar aos dispositivos.

Não é demais lembrar que a Constituição de 1988 foi promulgada após longo período de ditadura, no qual foram praticados inenarráveis abusos, não raro justificados numa pretensa defesa da “segurança nacional”. A Carta de 1988

representou, destarte, uma explosão de liberdade e cidadania, fazendo consignar, como imperativo maior, o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A prevalência da garantia constitucional do livre exercício profissional é, na esteira do aduzido, impositiva. A regra interpretativa, no confronto entre os valores opostos no caso concreto, só pode ser a de privilégio ao direito fundamental, por estar tal exegese em consonância com a Constituição Federal.

A lição, por mim sempre lembrada, de **Canotilho** e **Vital Moreira** não deixa margem a dúvidas:

“Uma das regras essenciais da interpretação das normas infraconstitucionais é a interpretação conforme a Constituição (cf. supra, Cap. I, 2.3.3.).

No campo dos direitos fundamentais tal regra quer dizer interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, *restringa menos o direito fundamental*, lhe dê maior protecção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, esta regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio **in dubio pro libertate**; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger a interpretação que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação.” (“Fundamentos da Constituição”, Coimbra Editora, 1991, p. 143)

A correta apreensão dos valores postos em confronto leva à adequada solução da controvérsia. O sigilo do inquérito policial não pode, nunca, obstar o regular exercício da advocacia, por defensor regularmente constituído, detentor de instrumento de procuração conferido pelo indiciado.

Calha transcrever a lúcida advertência do mestre argentino **Agustín Gordillo**, lembrado por **Geraldo Ataliba**, na obra “República e Constituição”, chamando as luzes sobre o perigo e a equívocidade de interpretação do direito que privilegie, sempre, o Estado em detrimento das garantias asseguradas ao cidadão:

“Neste aspecto pode encontrar-se amiúde — em livros, decisões, acórdãos — variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à Justiça. Quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade de problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve favoravelmente ao Poder Público, certo de que essa simples circunstância lhe dará alguma cor de legalidade; quando cria, propaga e

desenvolve supostas 'teorias' que sem fundamento nem análise dão a estes e àqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade; quando, como os débeis, se inclina para o sol dos poderosos — no caso o Estado —, então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do direito público: a proteção da liberdade humana.”

“Mais lamentável ainda é que essas atitudes não costumam ser defendidas; ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente; inclusive é possível que se expresse com veemência sobre os abusos dos Poderes Públicos e o respeito às garantias individuais (...) porém de que vale essa eloquência, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto — a uma pequena questão que não decide a vida e a morte do indivíduo, mas que representa um verdadeiro conflito entre a autoridade e o indivíduo — são esquecidas as declarações e se resolve facilmente que esses indivíduos nesse caso não têm razão? De que valem aqueles ‘princípios’ se a seguir, em cada matéria e questão de pormenor, se esquece, contradiz e destrói? Este é um dos principais problemas políticos que afetam o direito público” (2ª ed., Malheiros, p. 23).

Por fim, algumas considerações devem ser tecidas no que concerne à argumentação aduzida no acórdão recorrido, de que o acesso aos autos de inquérito pelo advogado poderia resultar em impedimento ou dificuldade das apurações.

A assertiva é ofensiva à classe dos advogados. Ao que tudo indica, o acórdão pressupõe o exercício *patológico* da profissão, reputando o causídico conivente ou mesmo partícipe de eventuais obstruções perpetradas ao bom andamento das investigações.

A postura desconsidera a indispensabilidade do advogado na administração da Justiça, desprestigiando as virtudes cívicas e éticas condizentes com o **munus** desempenhado por estes profissionais.

A hipótese dos autos está a ensejar redobrada atenção do aplicador do Direito no resguardo das liberdades e garantias individuais, tão caras a este Tribunal da Cidadania, sob pena de triunfo do arbítrio e do autoritarismo, característicos do não tão distante período da ditadura.

Ressaltando os sólidos argumentos trazidos pela eminente e culta Relatora, que se fez acompanhar pela visão sempre segura e percuciente dos Ministros Franciulli Netto e Laurita Vaz, não obstante, estou a divergir para dar provimento e conceder a segurança, visto reconhecer o direito líquido e certo dos impetrantes de obterem vista, extraindo ainda cópias de peças do inquérito policial.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Sr. Ministro Paulo Medina, V. Ex^a. destacou um acórdão do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, por mim citado e disse que a posição é absolutamente contrária. A ementa é a seguinte:

“A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir nulidade ao feito inquisitorial.”

Isso significa que não se acolhe a nulidade do feito por não ter tido o advogado vista dos autos. Quero também dizer que me pautei em outros precedentes citados e que dispõem sobre o contraditório, porque é exatamente no princípio do contraditório que se embasa o pedido de vista. Citei, entretanto, um precedente do Sr. Ministro Jorge Scartezzini, da Quinta Turma, julgado à unanimidade:

“Como é sabido, o inquérito policial é um procedimento administrativo impositório, de natureza inquisitorial, destinada à orientação do titular da ação penal e, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sobre o crivo do contraditório. Diante disso, o fato de o defensor nomeado não ter tido conhecimento dos depoimentos do condutor e das testemunhas antes do interrogatório feito pela autoridade policial não constitui cerceamento de defesa.”

Assim, existem esses precedentes. A Corte Especial, parece-me, decidiu alguma coisa em inquérito, mas não me lembro se já foi no curso da ação penal em que se argüiu exatamente o cerceamento de defesa em razão de não ter tido o advogado vista do inquérito policial. Não localizei esse voto, porque foi posterior ao meu, em que foi dito não haver cerceamento de defesa por não ter o advogado vista aos elementos já colhidos no inquérito policial para uma futura demanda.

Portanto, embora seja um voto muito bem elaborado e moderno, à luz da Constituição de 1988, quero reafirmar minha posição. Não me passou despercebida a Constituição, porém, em razão da natureza jurídica do inquérito, sem contraditório, o tratamento a ser dado é diferente ao de um processo judicial. Aí está a razão pela qual fez a abordagem a partir da natureza jurídica do inquérito policial.

Reafirmo assim a condução do meu voto e afirmo que os precedentes por mim colacionados não estão em dessintonia com o tema em julgamento. Citei aqui precedente claro e objetivo do Sr. Ministro Jorge Scartezzini. Parece-me que o voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido é exatamente dizendo que não levou à nulidade do processo o fato de o advogado não ter tido vista, e todos os outros

que reafirmam a natureza jurídica do inquérito me parecem em sintonia pelo encaminhamento que dei ao voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr^a. Ministra-Presidente, tenho por V. Ex^a. uma admiração profunda e nos seus ensinamentos estou de modo permanente a aprender. Tive, portanto, o cuidado de ler, reestudar o voto de V. Ex^a. e sobre ele meditar. Também tive o cuidado de pesquisar os acórdãos referidos por V. Ex^a. e em nenhum deles se fala em impedimento do advogado aos autos do processo. O primeiro deles, o do Sr. Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça de 05 de maio de 1993, dispõe sobre a inaplicabilidade da garantia do contraditório no procedimento do inquérito. A rigor, não existe contraditório no inquérito e não é, na espécie, o que se pediu no mandado de segurança, que se limitou a pedir vista do inquérito não para oferecer contraprova ou contra-argumentação. Limitou-se a pedir extração de peça do inquérito, não para oferecer contraprova, não para oferecer contestação ou oposição, e, portanto, não para ofender o contraditório, que inexistente no inquérito policial.

O segundo acórdão, da lavra do Sr. Ministro Jorge Scartezini, também diz que o inquérito policial não se efetiva sobre o crivo do contraditório, o que está correto e tem a mesma razão. O que se discute neste acórdão é o que também se falou no acórdão anterior: contraditório inexistente no inquérito policial. Aqui, volto a repetir, pede-se a garantia de vista ao advogado, tão-somente ao advogado, de conformidade com o Estatuto da Ordem dos Advogados e, no alargamento maior, de conformidade com a proteção ao direito de defesa inserido na Carta Constitucional de 1988. Em seguida, contra o inquérito policial mencionado pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, o acórdão está correto.

A eventual e temporária infringência às prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, como aliás fez salientar V. Ex^a. Quer dizer, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido diz que merece ação corretiva negar-se vista ou negar-se acesso ao inquérito policial. Ele apenas acrescenta que isso não conduz à nulidade. Estamos discutindo coisa diferente. Tanto a nulidade do inquérito policial, não apenas a nulidade contra a vista, mas nulidade sendo no inquérito policial não repercute na ação penal, nem na denúncia, nem no inquérito. Ela esvazia, dado o caráter inquisitorial do próprio inquérito.

Assim, o voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido está correto, dizendo que tem que ter ação corretiva e que isso não dá nulidade. Nulidade não dá só numa questão de vista; não dão outras nulidades do inquérito repercussão nenhuma na ação penal.

Então, os três inquéritos manifestados por V. Ex^a. não estão adequados ao que se pede no mandado de segurança, que se limita, de acordo com o Estatuto da Ordem e de acordo com a Constituição Federal, ao pedido de vista dos autos do inquérito policial e à extração de certidões nele consignadas.

Mas V. Ex^a., na fidelidade à sua consciência, na fidelidade que tem pela autenticidade do seu próprio ser, foi muito fiel ao dizer: “O meu voto, as minhas idéias, as minhas palavras estão em conformidade com o que pensei, escrevi e defendi”. De fato, elas estão, só que equivocadamente se encontram, pois se referem ao inquérito policial em que postulam os impetrantes o direito de vista e não a percepção do contraditório.

Nesse sentido, estou a reafirmar as considerações do meu voto, esperando que se preserve o direito do advogado de vista do inquérito policial, porque assim se faz de conformidade com a lei e com a Constituição.

ADITAMENTO À RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Sr Ministro Paulo Medina, sem querer polemizar, mais uma vez insisto que, efetivamente, dos acórdãos colacionados, três dispõem sobre o contraditório. Entendi ser importante referir-me à natureza jurídica do inquérito por uma questão de encadeamento lógico: partir do geral para o particular.

O acórdão de que foi Relator o Sr. Ministro Jorge Scartezini é muito claro: (lê)

“Diante disso, o fato de o defensor nomeado não ter tido conhecimento, ou seja, não ter tido vista dos depoimentos do condutor e das testemunhas antes do interrogatório (pediu e não obteve) não constitui cerceamento de defesa.”

Embora V. Ex^a. entenda serem inadequados os julgados trazidos à colação, pareceram-me eles de absoluta pertinência, porque, não obstante não haver semelhança absoluta, todos falam da natureza jurídica do inquérito que, segundo minha ótica, mereceu a referência natural.

Citei doutrina na interpretação da norma de regência, o art. 20 do Código de Processo Penal. Não ignoro sua origem, mas também não olvido que até aqui nenhum diploma processual penal pôde substituí-lo, senão em reformas parciais e urgentes e que não foram capazes de alterar o referido artigo.

Observe ainda, Ministro Paulo Medina, que no caso concreto o investigado não sofreu nenhuma lesão ao seu direito individual. Afinal, não teve quebrados os sigilos que garantem a sua privacidade, não teve bens seqüestrados ou bloqueados, não teve prisão decretada, enfim, não o molestou a autoridade policial, senão em intimá-lo para prestar informações, sem inquérito formado, sem indiciamento sequer.

É preciso atentar para o fato de que não estamos diante de um inquérito, mas de investigações preliminares que poderão ou não resultar em inquérito.

O Estatuto da OAB fala em vista aos autos dos processos judiciais ou administrativos.

Assim como V. Ex^a. diz que eu trouxe à colação julgados impertinentes, que nada têm a ver com a questão enfocada, digo-lhe que, na espécie, não se há de invocar os incisos XV e XVI do art. 89 do Estatuto, porque não estamos a falar nem de processo administrativo, nem de processo judicial. Temos meras investigações, tendo a Polícia Federal intimado o ora recorrente para prestar declarações.

Tomo a liberdade de ampliar o meu voto, em respeito ao voto-vista de V. Ex^a., muito bem elaborado e exaltado, o qual ensejou a atenção de segmentos preocupados com a preservação da política de defesa dos interesses individuais.

Talvez possa parecer a V. Ex^a. que o meu comportamento profissional, rígido e disciplinado, tenha alguma coisa a ver com autoritarismo ou simpatia intelectual a comandos desrespeitadores dos direitos individuais.

Entretanto, não quero enveredar por esta ótica nesta sede, mesmo porque a minha biografia mostra, à saciedade, os elos da minha formação.

Voltando ao tema do qual me distanciei apenas para responder às ilações de V. Ex^a., aqui não se trata de processo, como pôde V. Ex^a. verificar, ao ter vista dos autos.

Aliás, a doutrina, como afirmei no voto inicial que proferi, em torno do art. 20 do CPP, não tem entendimento divergente. Vejamos:

“Inquérito policial é investigação. A atividade investigatória, no mais das vezes, deve ser cercada de sigilo, como garantia de sua eficácia. Investigação norteada por ampla e prévia publicidade em nada resultaria, esvaziando-se de conteúdo e de sentido.

Por esses motivos o art. 20 do CP prevê o sigilo do inquérito policial, não como característica sempre presente, mas como instrumento, a critério da autoridade, de asseguuração da elucidação do fato ou de cautela do interesse da sociedade. (“Comentários ao CPP”, art. 20, **Carlos Frederico Coelho Nogueira**, vol. I)

No mesmo sentido, **Tourinho Filho**:

“..., a regra é a sigilação. É claro que tal sigilação não é exigida em todo e qualquer inquérito. Apenas naquelas hipóteses apontadas no art. 20.

Com tal sigilo haverá restrição à defesa? Evidentemente, não. Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. (“Processo Penal”, **Tourinho Filho**, vol. I, p. 171)

Não quero me estender muito nesta complementação, mas fiquei assustada com o enfoque do voto-vista e, agora, penitencio-me pela economia do meu voto inicial.

Purgando a omissão, trago à colação mais uma lição doutrinária:

“8.21 (§ 1º, 1) O advogado não terá vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou repartição competente, nem retirá-los por qualquer prazo, se estiverem sob regime de segredo de justiça. Não é raro que os processos cuidem de aspectos da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, como ocorre, por exemplo, nas varas de família. Há também os que assim exige o interesse público. A própria Constituição Federal preocupou-se com a questão, assegurando inclusive o direito às indenizações pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (“Novo Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado”, **Azize Dibo Neto**, fl. 29)

Estas são, Srs. Ministros, as considerações que me parecem indispensáveis, a fim de que, dentro da liberalidade do Sr. Ministro Paulo Medina, possa eu merecer o mínimo de consideração como disciplinada julgadora.

Peço vênia ao Sr. Ministro Paulo Medina e reafirmo a condução do meu voto, ressaltando que os precedentes que colacionei não estão em dissintonia com o tema em debate. Confirmo, com todas as letras, à luz dos precedentes, inclusive os do Sr. Ministro Jorge Scartezzini e do Ministro Hamilton Carvalhido, dizendo exatamente que a ausência de vista do advogado não infringiu nem a CF/1988, nem o Estatuto da OAB.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sr^a. Ministra-Presidente, mandei pedir as notas taquigráficas do julgamento anterior e estou coerente com meu ponto de vista. Considero, **data venia**, o voto do Sr. Ministro Paulo Medina excelente, extraordinário, mas o acesso aos autos de inquérito não é um direito absoluto. Até disse, naquela ocasião, e agora estou lendo aqui, que o sigilo nem deve ser absoluto nem inteiramente arredado; nem tanto à terra, nem tanto ao mar. Acrescento que ao advogado constituído, salvo atos investigatórios propriamente ditos, tanto do indiciado como do ofendido, tem de se dar vista, embora, às vezes, sem direito a extrair peças.

Fiquei no meio termo das correntes radicais.

Acompanho V. Ex^a. e mantenho essa posição, por entender inconcebível o acesso ilimitado, porque também penso que, se permitido fosse a todos os advogados examinar indistintamente, sem qualquer limitação, o inquérito policial, haveria aí um sacrifício inegável do interesse público, mormente nos dias de hoje. Como já está escrito, reafirmo e não tenho nada a acrescentar, embora tecendo loas ao bem elaborado voto do Sr. Ministro Paulo Medina. Mas reafirmo não se tratar de direito absoluto e nem assim pode ser, pois, em determinados casos, não há como.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: O inquérito policial é procedimento administrativo-informativo. São seus caracteres: ser escrito (art. 9º do CPP), sigiloso (art. 20 do CPP) e inquisitivo, já que nele não existe a figura do contraditório.

Apesar do inciso LV do art. 5º da Constituição dispor que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”, nem por isso se pode afirmar que seja o inquérito contraditório. Em primeiro lugar, porque no inquérito policial não há acusado; em segundo, porque não é processo.

Se são esses os caracteres do inquérito policial, no caso concreto, não vejo como negar a aplicação do art. 20 do Código de Processo Penal, isto é, de dar a autoridade policial ao inquérito em causa o sigilo necessário à elucidação do fato em investigação.

É importante acrescentar que o direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurados no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado.

Diante dessas observações, acompanho o voto da eminente Ministra-Relatora que foi reforçado pelas considerações do eminente Ministro Franciulli Netto de que, na hipótese, não foi ainda designado o interrogatório do investigado, não ocorreu decretação de prisão preventiva, como não foi também determinado o seqüestro de seus bens ou outras medidas coercitivas.

No caso específico, diante dessas considerações, acompanho a eminente Relatora e nego provimento ao recurso.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr^a. Ministra, nunca fui um advogado criminalista, mas um estudioso do Direito Penal e leitor da literatura criminal e policial. A moderna criminalística internacional defende a submissão do inquérito à autoridade judiciária, retirando-o da autoridade policial. Quer isto dizer que a moderna criminalística inquina o processo inquisitorial-policial de defeituoso, pois, no mais das vezes, conduzido arbitrariamente com práticas reprováveis de interrogatório. Por óbvio, o inquérito pode ser sigiloso até para preservar as pessoas envolvidas. Mas o sigilo não pode alcançar o inquirido e o seu defensor, exercente de profissão regulamentada e declarada imprescindível à realização da Justiça (art. 133 da CF/1988) e que deve atuar para ajudar o Estado na elucidação do crime. A defesa pode conduzir à ausência de criminalidade, à negação da autoria, como pode conduzir a circunstâncias atenuadoras da pena. Porém, nas delegacias de polícia costuma-se ver o advogado como um obstaculizador da Justiça Criminal. Mas que Justiça é essa, feita sigilosamente nos porões das delegacias para obter-se a confissão do indiciado?

Estamos assistindo, na televisão, ao debate travado pelos candidatos sobre o momento difícil em que vive o País, assolado pela criminalidade desafortada, e todos batendo na tecla do aperfeiçoamento das investigações no sentido da cientificação da investigação. Por acaso, assisti a um filme policial francês no qual o advogado participou de toda a fase investigatória e, a final, no júri, aponta como autor do crime um terceiro não indiciado. Quantas vezes já assistimos a este filme na história da criminalidade nacional, diariamente elaborada pela mídia. Quantos inocentes terão perdido a liberdade por defeitos perpetrados na investigação?

Não vejo como se possa imaginar a ausência do advogado no inquérito policial. Afinal, é a Constituição que assegura o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes “em processo judicial ou administrativo” (art. 5^o, LV), inabilita as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5^o, LVI) e assegura a assistência do preso por advogado (art. 5^o, LXIII).

Mas, dir-se-á que o inquérito é policial. Qual, porém, a sua natureza? Será judicial ou administrativa? Por certo é administrativa, ou não é? O interrogatório integra o inquérito policial de natureza administrativa/penal, peça preliminar do processo criminal. O colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já assentou que o inquérito policial é um procedimento persecutório de caráter administrativo e, como tal, por essa feição, não pode estar a salvo do controle de sua legalidade (RT 409/71), e não se pode conceber esteja excluído da regra

geral constitucional expressa no art. 5º, LV, da CF/1988, que não pode ser interpretada restritivamente, mas ao revés, deve ter exegese amplíssima, posto assecuratória de direitos impostergáveis da cidadania.

O advogado não pode ser alijado da defesa do seu constituinte. Deve exercê-la integralmente desde o inquérito, quando se define a culpa e a responsabilidade pelo ato criminoso. E deve tomar todas as medidas cabíveis em benefício do seu cliente, inclusive objetando o próprio inquérito ou a sua canhestra condução. E como fará isso se lhe objetam a vista aos autos, ao universo da atuação profissional do advogado desde os romanos, autores do brocardo **quod non est in actis non est in mundo** (o que não está nos autos não está no mundo). O homem não tem a ubiqüidade que Deus se reservou e, por isso mesmo, se limita a ação do Estado/Juiz e do advogado àquilo que está nos autos. Como se pode admitir não tenha o advogado vista do inquérito? Como poderá defender o seu constituinte? Só se for adivinho, o que por óbvio não é. Não vejo como possa o advogado ser tolhido, não atuar no inquérito policial, senão pela força ou argumentos que se não casam com o direito e a Constituição.

Por essas razões, Srª. Ministra-Presidente, é que, pedindo vênias, acompanho, com muito gosto, o voto dissidente do Sr. Ministro Paulo Medina.

Jurisprudência da Segunda Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 36.044-ES (2002/0075470-0)

Relator: Ministro Castro Filho

Relator p/ o acórdão: Ministro Barros Monteiro

Autores: Carlos Magno Bandeira e cônjuge

Advogados: Gildo de Araújo Sobreira e outro

Réu: Álvaro Carreira

Advogados: Maura Lúcia de Moraes e outro

Suscitante: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Cachoeiro de Itapemirim-ES

Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Ribeirão Preto-SP

EMENTA

Competência. Execução por carta. Embargos à penhora, versando a impenhorabilidade do imóvel residencial da família e de alguns bens que o guarnecem e, ainda, o excesso de execução. Vício ou defeito do ato construtivo. Competência do juízo deprecado. Art. 747 do CPC. Súmula n. 46-STJ.

“Compete ao Juízo deprecado analisar as questões relativas à impenhorabilidade do bem de família e à redução da penhora, argüidas pelo devedor sem qualquer irresignação contra a dívida” (CC n. 35.346-SP).

Conflito conhecido, declarado competente o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do conflito e declarar competente a 3ª Vara Cível de Cachoeiro de Itapemirim-ES, o suscitante. Vencido o Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro Barros Monteiro os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 09 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator para acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Em execução proposta por Álvaro Carreira contra Carlos Magno Bandeira e Ana Maria Silva Bandeira perante a 1ª Vara Cível de Ribeirão Preto-SP, foi expedida carta precatória para a Comarca de Cachoeiro do Itapemerim-ES.

Por determinação do juiz paulista, foi efetuada, nessa última Comarca, a penhora de imóvel e outros bens de propriedade dos devedores, que opuseram embargos, para serem apreciados no juízo deprecante, visando à nulidade do ato construtivo com base na Lei n. 8.009/1990.

Encaminhados os autos ao juízo deprecante, este entendeu por bem devolvê-los, aduzindo versarem “exclusivamente sobre vícios e defeitos da penhora levada a efeito, fato este que torna prevento para decisão a seu respeito o DD. Juízo que procedeu à penhora”. Invocou, em favor de sua tese, o enunciado da Súmula n. 46 desta Corte.

À sua vez, o juízo capixaba suscitou o presente conflito, à consideração de que,

“o ato deprecado contra o qual se insurgem os embargantes efetivou-se em decorrência de decisão proferida pelo juízo-suscitado, mais especificamente no sentido de que fosse procedida a constrição de bens já individuados, atendendo a requerimento do exequente, limitando-se este juízo a dar-lhe cumprimento, pondo em prática a jurisdição exercida por aquele.

Em singelo exame das cópias anexas, verifica-se que após este juízo oficial ao juízo deprecante para informar-lhe que não foram encontrados bens passíveis de penhora, o mesmo remeteu aditamento para fins de penhora de bens indicados pelo exequente, dando azo à penhora atacada pelos embargos.

Inexistiram, pois, atos decorrentes de poderes jurisdicionais delegados a este suscitante, muito menos vícios formais no cumprimento da precatória, esteiando-se os embargos na impenhorabilidade dos bens e excesso da constrição judicial advindos de decisão proferida pelo juízo-suscitado.”

O Ministério Público Federal, às fls. 22/25 dos autos, opina pela competência do juízo deprecante, a 1ª Vara de Ribeirão Preto-SP.

É o breve relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Com efeito, na hipótese, os embargos opostos visam, tão-somente, à desconstituição da penhora, vez que o imóvel e

os demais bens penhorados estariam ao amparo da Lei n. 8.009/1990, por se enquadrarem na definição de bem de família. Ademais, argumentam os embargantes que o valor desses bens seria excessivamente superior ao valor da dívida.

Com efeito, na esteira de precedentes desta Segunda Seção — de que são exemplos o CC n. 35.346-SP, DJ 28.10.2002 (Relatora Ministra Nancy Andrighi); CC n. 17.628-RJ, DJ 22.02.1999 (Relator Ministro Bueno de Souza); CC n. 6.504-GO, DJ 21.02.1994 (Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira) —, a questão relativa à impenhorabilidade do bem de família deve ser apreciada pelo juízo deprecado, na medida em que esta discussão estaria relacionada a defeito ou irregularidade da penhora, em consonância com o Enunciado n. 46 da Súmula desta Corte, que assim dispõe:

“Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, *salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.*” (Grifei)

O verbete sumular em comento, por sua vez, guarda relação com o art. 747 do Código de Processo Civil, do seguinte teor:

“Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, *salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.*” (Grifei)

Conforme se depreende, tanto da redação do dispositivo *sus* transcrito quanto do enunciado citado, a competência para o julgamento dos embargos será do juízo deprecante, que é o juízo da causa, sempre que a matéria veiculada for pertinente ao âmago da execução, às exceções ou ao título executivo. Tal competência, porém, se deslocará para o deprecado, na hipótese de os embargos possuírem como alvo vícios dos atos praticados por esse juízo, o qual, em regra, atua como mero auxiliar ou mandatário daquele, na realização das diligências relacionadas à penhora, avaliação e alienação dos bens. É dizer, a competência é do juízo deprecado apenas para decidir sobre defeitos formais de atos praticados por ele ou à sua ordem.

Nesse sentido, comentando o art. 747, **Amílcar de Castro** leciona:

“Processar e julgar a execução em conjunto compete precipuamente ao juiz da causa; e as diligências deprecadas pela carta precatória são apenas fragmentos daquele conjunto. O juízo deprecado penhora, avalia e aliena porque o deprecante lhe pede que pratique tais atos, como auxílio prestado à administração da Justiça por ele deprecante; e, por isso mesmo, a competência deste não deixa um só instante de estar legitimando e guiando a atividade daquele, sem, de modo algum, ser transferida ou alienada.

A precatória é mero pedido de colaboração, ou auxílio, na administração da Justiça; e não um sucedâneo da exceção declinatoria do foro, utilizada pelo juízo deprecante.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, pp. 417/418).

Como se pode notar, o juízo deprecado só penhora, avalia e aliena os bens porque o deprecante lhe pede que pratique tais atos, sem que esse pedido de colaboração venha a representar, em nenhum momento, transferência de sua competência originária. Tanto assim que, conforme anota **Theotonio Negrão**, “se o juiz deprecado não é órgão da Justiça Federal, falta-lhe competência para apreciar embargos à penhora opostos em precatória expedida em execução que corre pela Justiça Federal (RTJ 106/424); neste sentido: TRF-RF 291/227” (“Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 21ª ed., RT, nota n. 2 ao art. 747, p. 401).

Por esse prisma, quando a penhora recai sobre bens já prévia e expressamente indicados pelo juízo deprecante, como ocorre, **in casu**, sua é a competência para decidir os embargos, caso alegada a sua impenhorabilidade. Hipótese em que a atuação do juízo deprecado se limita ao cumprimento do ato de constrição judicial propriamente dito, com a conseqüente avaliação e alienação do imóvel, sem nenhuma repercussão quanto ao exame de sua validade, sob pena de estar este último adentrando em competência própria do deprecante.

A meu sentir, como o fato impeditivo é anterior ao ato da penhora, não incide a ressalva da Súmula n. 46 deste Tribunal, cujos “vícios ou defeitos da penhora”, a que alude, devem ser compreendidos como pertinentes à observância das formalidades essenciais ao ato de afetação, repise-se, à execução da penhora em si, e não em relação à sua validade, questão a ser enfrentada pelo juízo da execução, a quem incumbe decidir, não só as questões alusivas ao mérito da causa, visando atacar a eficácia do título executivo, à relação de direito material, como, também, aquelas que, como na espécie, possam levar o credor a ver frustrada sua pretensão de ter o seu crédito satisfeito.

Por oportuno, destaco do bem elaborado parecer ministerial, da lavra do Dr. Francisco Adalberto Nóbrega, as seguintes considerações:

“(…), quando houver defesa oposta ao cumprimento da diligência, a competência de cada juízo se restringirá aos atos por ele praticados. Deste modo, em regra, cabe ao juízo deprecante a competência para a análise das questões que versem sobre o mérito da causa principal e ao juízo deprecado cabe as questões relativas aos atos praticados por ele, via de regra, a penhora, a avaliação e a alienação, uma vez que não é o juízo da causa, mas mero executor dos atos deprecados.

No caso em tela, contudo, foi o juízo deprecante que indicou o bem à penhora, fato que impende ao mesmo a competência para processar e julgar as arguições que incidem sobre este ato: a penhora.

Em virtude de os embargos atacarem a impenhorabilidade dos bens e o excesso da constrição judicial advindos de decisão judicial proferida pelo juízo deprecante, a questão enseja aplicação da Súmula n. 33 do extinto TFR, segundo a qual ‘O juízo deprecado, na execução por carta, é o competente para julgar os embargos de terceiro, salvo se o bem apreendido foi indicado pelo juízo deprecante’.

Por pertinente, cabe ainda ressaltar que nenhum dos precedentes que inspiraram a edição do Enunciado n. 46 teve por objeto a alegação de impenhorabilidade do bem de família, razão pela qual se me afigura salutar o aprofundamento da discussão.

Feitas essas considerações, conheço do conflito e declaro competente o juízo deprecante, da 1ª Vara Cível de Ribeirão Preto-SP ora suscitado.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Barros Monteiro: 1. Na execução aparelhada por Álvaro Carreira contra Carlos Magno Bandeira e sua mulher Ana Maria Silva Bandeira perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, expediu-se carta precatória à Comarca de Cachoeiro do Itapemirim, a fim de realizar-se a penhora em bens nomeados pelo exequente.

Aperfeiçoada a constrição, os devedores ofereceram embargos à penhora, argüindo a impenhorabilidade do imóvel residencial da família e dos bens que o guarnecem, além excesso de execução (o valor dos bens seria muito superior ao montante da dívida).

Devolvida a carta precatória, o Juízo deprecante declinou da competência em favor do Juízo deprecado para apreciar os embargos à penhora opostos, considerando versarem estes exclusivamente sobre vícios e defeitos da constrição.

Recebendo os autos, o Juízo capixaba houve por bem suscitar este conflito negativo de competência, ao argumento de que o ato deprecado se efetivara em decorrência de decisão proferida pelo Juízo deprecante que individualizara os bens a serem constritos, limitando-se, assim, o Juízo deprecado a dar cumprimento à carta precatória. Invocou o Verbete Sumular n. 33 do TFR e sustentou ser inaplicável ao caso a Súmula n. 46 desta Casa.

Parecer do Ministério Público Federal pela competência do Juízo deprecante.

2. Reza o art. 747 do CPC:

“Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.”

No caso em tela, razão assiste, a meu ver, ao Juízo deprecante, uma vez que os embargos à penhora opostos pelos executados, como o próprio nome da defesa está a indicar, dizem respeito exclusivamente a vício ou defeito da penhora realizada: impenhorabilidade do imóvel residencial da família e de alguns bens que o guarnecem e, de outro lado, excesso de execução. Com os referidos embargos, pretenderam os devedores a desconstituição ou cancelamento do ato construtivo em virtude dos vícios apontados.

A competência seria do juízo deprecante apenas se os embargos do devedor abordassem o cerne da execução, isto é, atacassem a dívida ou a **causa debendi**, de que, porém, ora não se cuida.

Em nada releva a circunstância de haver o juízo deprecante indicado ou individualizado os bens a serem objeto da constrição no juízo deprecado. Não se cuida aqui de embargos de terceiro, caso em que, aí sim, teria pertinência a Súmula n. 33 do antigo TFR.

Aqui, como se disse, a espécie é de embargos à penhora, em que se alegaram vícios ou defeitos do ato construtivo que se concretizou no juízo deprecado. Logo, incide a regra acima referida do art. 747 do Código de Processo Civil, na linha do qual esta Casa editou o Verbete Sumular n. 46, **in verbis**:

“Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação de bens.”

Não se diga que a matéria alusiva à impenhorabilidade do imóvel residencial da família esteja vinculada ao âmago da execução. Conforme acima assinalado, o eventual reconhecimento da impenhorabilidade do bem por tal motivo implica tão-somente a desconstituição da penhora. Cuida-se, pois, de vício que afeta exclusivamente o ato construtivo e não o núcleo da execução.

Daí por que, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, penso que a competência para processar e julgar os “embargos à penhora” é do juízo deprecado, na esteira, por sinal, do que já deixou assentado esta Seção em mais de uma oportunidade:

“Compete ao juízo deprecado analisar as questões relativas à impenhorabilidade do bem de família e à redução da penhora, argüidas pelo

devedor sem qualquer irrisignação contra a dívida” (CC n. 35.346-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

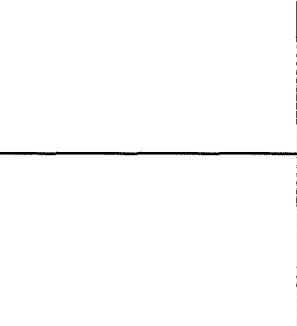
Iguais os entendimentos perfilhados quando dos julgamentos dos Conflitos de Competência ns. 17.628-RJ, Relator Ministro Bueno de Souza, e 6.504-GO, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

3. Isso posto, reiterando a vênia ao Sr. Ministro-Relator, conheço do conflito e declaro competente o suscitante — Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Cachoeiro do Itapemirim.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência. Em verdade, é uma questão periférica que não invade o núcleo do processo de execução.



Jurisprudência da Terceira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 533.852-RJ (2003/0054227-5)**

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Agravante: Carlos Felipe Guimarães Rego Falcão

Advogado: Carlos Felipe Guimarães Rego Falcão

Agravada: Fácil Transportes e Turismo Ltda

Advogados: Clevis Fernando Corsato Barboza e outro

EMENTA

Processo Civil. Agravo no recurso especial. Ocorrência de justa causa a impedir a interposição do recurso no prazo legal. Doença do advogado. Caracterização como justa causa. Restituição de prazo. Art. 183 do Código de Processo Civil. Qualificação jurídica dos fatos. Questão de direito. Viabilidade da análise no recurso especial.

O transcurso do prazo para a prática do ato conduz a preclusão do direito, salvo a exceção da ocorrência da justa causa prevista no § 1º do art. 183 do CPC, que exige a coexistência de evento imprevisito, alheio à vontade da parte e que a tenha impedido de praticar o ato por si ou por mandatário.

O art. 183 do CPC refere-se à restituição de prazo e não à suspensão ou à interrupção de prazo. Na ausência de fixação judicial sobre a restituição do prazo, é aplicável o disposto no art. 185 do CPC.

A doença do advogado pode constituir justa causa para os efeitos do art. 183, § 1º, do CPC, principalmente quando ele for o único procurador constituído nos autos.

A comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão.

A qualificação jurídica dos fatos constitui questão de direito, viabilizadora da análise do recurso especial. O controle de legalidade da qualificação jurídica dos fatos está afeto à competência do STJ, em âmbito de recurso especial. A qualificação jurídica dos fatos feita pelo Tribunal **a quo** não vincula a qualificação jurídica dos mesmos fatos pelo STJ.

Agravo no recurso especial improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 21 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ 05.09.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se do agravo interposto por Carlos Felipe Guimarães Rego Falcão contra a decisão unipessoal que indeferiu o pedido de restituição de prazo para recorrer, nos seguintes termos:

“Por meio da petição de fls. 381/383, protocolada em 31.08.2004 (fax protocolado em 27.08.2004), requer o agravante seja-lhe restituído o prazo para recorrer da decisão que deu provimento ao recurso especial interposto por Fácil Transportes e Turismo Ltda, tendo em vista que atua em causa própria e que no dia 23.08.2004, véspera do término do prazo recursal, teve de ser operado de urgência e após tal cirurgia lhe foi imposto repouso domiciliar de pelo menos 24 horas, conforme atestado odontológico apresentado.

Nada a deferir. Ainda que se entenda que a doença do advogado, cuja gravidade não restou comprovada, possa constituir justa causa para os efeitos do art. 183, § 1º, do CPC, o atestado apresentado pelo requerente determinou repouso de 24 a 48 horas após a cirurgia que ocorreu no dia 23.08.2004 e as petições de interposição de agravo e com pedido de restituição de prazo somente foram protocolizadas por meio de fax em 27.08.2004.” (Fl. 385)

Em suas razões recursais, sustenta que “como a hipótese é de suspensão do prazo, e não de interrupção, a restituição opera-se pelo número de dias sobejantes” (fl. 388), pelo que seria tempestivo o seu anterior agravo de fls. 376/380.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Cinge-se a controvérsia à análise do art. 183 do Código de Processo Civil, que trata da *preclusão temporal*.

Pois bem. Como é sabido, os prazos para apresentação de recursos são peremptórios, mas assim são considerados para o fim de impedir que as partes, mesmo que por convenção, possam reduzi-los ou prorrogá-los. Todavia, em momento algum o Código de Processo Civil proíbe que o magistrado possa alterá-los. Ao contrário, dispõe o art. 183 do Código de Processo Civil que “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa”.

De fato, o transcurso do prazo para a prática do ato conduz à preclusão do direito, salvo a exceção da ocorrência da justa causa prevista no § 1º do art. 183 do CPC, que exige a coexistência de evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a tenha impedido de praticar o ato por si ou por mandatário.

Nesse sentido, conforme manifestei no AgRg no REsp n. 619.099-SP (DJ 28.06.2004): “A doença do advogado pode constituir justa causa para os efeitos do art. 183, § 1º, do CPC, principalmente quando ele for o único procurador constituído nos autos”.

Portanto, entendo que o agravante, que atua em causa própria, comprovou a ocorrência de justa causa a impedir a interposição do recurso no prazo legal, uma vez que na véspera do término do prazo recursal teve de ser operado de urgência para extração dentária, conforme o atestado de fl. 383.

Realmente, conforme precedentes da Sexta Turma, dentre eles o AgRg no Ag n. 228.602-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves (DJ 07.06.1999): “A comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão”. Nesse mesmo sentido é o entendimento de **Antonio Dall’Agnol**, ao comentar o art. 183 do Código de Processo Civil. (“Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, item 5, pp. 332/333 — grifado e destacado).

Portanto, tendo o impedimento cessado no dia 25.08.2004, o agravante tinha até o dia 30.08.2004 para comprovar a ocorrência da justa causa prevista no § 1º do art. 183 do Código de Processo Civil.

Assim, considerando que a petição de fls. 381/382 — em que o agravante requereu a restituição do prazo recursal e juntou o atestado da cirurgia de extração dentária de fl. 383 — foi protocolada por fax no dia 27.08.2004 (e original no dia 31.08.2004); a ocorrência da justa causa foi comprovada dentro do prazo de 5 (cinco) dias.

Todavia, ao contrário do afirmado pelo agravante à fl. 388, a hipótese não é de “suspensão de prazo”.

Com efeito, conforme anota **Antonio Dall’Agnol**, ao fazer a distinção entre restituição de prazo, prorrogação de prazo e suspensão de processo: “raro não é encontrar-se na jurisprudência alguma confusão na aplicação dos institutos epígrafados. Ora solucionam-se hipóteses de suspensão como se de restituição, ora casos de restituição como se de prorrogação se tratasse. Não há como confundir, no entanto. Da suspensão do processo (cuja decretação importa, por evidente, na suspensão do prazo) e da prorrogação do prazo distingue-se o instituto da restituição (do prazo) pela simples e constatável circunstância de que só se opera a última quando já ‘decorrido o prazo’ (art. 183, **caput**, início). Não há que se falar em restituição do prazo, quando este ainda encontra-se em curso. Na suspensão do processo, ou na simples suspensão do prazo, faz-se abstração da causa suspensiva: o prazo recomeça a correr. Na restituição, há prazo novo. O anterior não sofreu nenhuma causa suspensiva; o obstáculo refere-se ao agente, e não ao prazo. O juiz não restitui prazo que se suspendeu — declara-o reaberto. A suspensão, ademais, opera **ope legis**. A prorrogação refere-se, de regra, aos prazos dilatatórios e decorre de convenção de ambas as partes, devendo ser requerida antes do vencimento do prazo. Requer a lei legítimo motivo, que não importa, necessariamente, em alguma causa obstativa, como se dá na restituição. A final, ao contrário da prorrogação, a restituição do prazo diz, fundamentalmente, com prazos peremptórios (o ato deve realizar-se dentro do prazo), tais como o prazo de resposta, o prazo de recurso etc”.

Portanto, o art. 183 do Código de Processo Civil refere-se à *restituição do prazo* e não à suspensão ou à interrupção. De fato, dispõe o § 2º do art. 183 do CPC que “Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar”.

Nesse sentido, a expressão “o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar” determina que o prazo será restituído segundo *fixação judicial*. Assim, na ausência de fixação judicial, é aplicável o disposto no art. 185 do Código de Processo Civil, ou seja, “será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”.

Conseqüentemente, reconsidero a decisão de fl. 385, para, considerando comprovada a ocorrência de justa causa a impedir a interposição do recurso no prazo legal, restituir o prazo para recorrer da decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pela parte contrária e, assim, afastar a intempestividade do agravo de fls. 376/380, para examiná-lo no mérito, o que passo a fazer.

Em suas razões recursais de fls. 376/380, sustenta o agravante que o Tribunal **a quo** caracterizou o roubo ocorrido no interior de ônibus como *caso fortuito interno* e a decisão recorrida caracterizou-o indevidamente como *caso fortuito externo*.

A decisão objeto do agravo de fls. 376/380, foi assim fundamentada:

“Da responsabilidade civil do transportador na hipótese de assalto a ônibus: a jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de que a empresa transportadora não se responsabiliza pelos danos sofridos por seus passageiros em decorrência de roubo ocorrido no interior de seus ônibus, conforme restou decidido no REsp n. 435.865-RJ, de relatoria do ilustre Ministro Barros Monteiro, julgado pela Segunda Seção, publicado no DJ de 12.05.2003.” (Fl. 364)

Pela análise do recurso interposto, verifica-se que o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada e afastar a incidência da jurisprudência firmada no STJ sobre o tema.

Com efeito, embora o Tribunal **a quo** tenha caracterizado o roubo ocorrido no interior de ônibus como *caso fortuito interno*, o fez de forma incorreta, pois este, por força da previsibilidade, decorre da natureza da atividade do fornecedor. É um fato que está na linha de previsibilidade da atividade praticada, o que atrai a responsabilidade civil ao fornecedor porque cria um risco ao consumidor, hipótese absolutamente diversa do roubo ocorrido no interior de ônibus.

A qualificação jurídica dos fatos constitui questão de direito, viabilizadora da análise do recurso especial. Não há que se confundir a inadmissibilidade do recurso especial, para fins de reexame de fatos e provas, o é que vedado pela Súmula n. 7, com o seu exame quando conclui este Superior Tribunal, que se equivocou a Corte ordinária na aplicação do direito.

Portanto, o controle de legalidade da qualificação jurídica dos fatos está afeto à competência deste Superior Tribunal, em âmbito de recurso especial.

Por isso, a qualificação jurídica dos fatos feita pelo Tribunal **a quo** não vincula a qualificação jurídica dos mesmos fatos por este Tribunal. Destarte, de todo irrelevante que o Tribunal **a quo** tenha qualificado o roubo ocorrido no interior de ônibus como *caso fortuito interno*, pois esta Corte qualifica tal fato como *caso fortuito externo*.

Conclui-se, pois, que o acórdão recorrido merecia reforma, porquanto contrário à jurisprudência firmada no STJ sobre o tema.

Forte em tais razões, *nego provimento* ao presente agravo no recurso especial.

HABEAS CORPUS N. 44.754-SP (2005/0095022-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Impetrante: Márcio Mello Casado

Impetrada: Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: H. M.

EMENTA

Habeas corpus. Prisão civil. Devedor de alimentos. Maior de 75 anos e acometido de moléstias graves. Aplicação excepcional de normas da Lei de Execução Penal.

É legal a prisão civil de devedor de alimentos, em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas vencidas à data do mandado de citação, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes.

Em regra, não se aplicam as normas da Lei de Execução Penal à prisão civil, vez que possuem fundamentos e natureza jurídica diversos.

Em homenagem às circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão de prisão domiciliar ao devedor de pensão alimentícia.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 10.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Márcio Mello Casado e outros impetraram **habeas corpus** preventivo, com pedido liminar, em favor de H. M. que teme ser preso por descumprimento de obrigação alimentícia.

Aponta como autoridade coatora a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos do Agravo de Instrumento n. 351.496-4, oriundo da Execução de Alimentos n. 000.04.020815-0, determinou a prisão civil do paciente por trinta dias. Eis a ementa:

“Alimentos. Execução. Prisão decretada. Impossibilidade de pagamento não demonstrada. Alegada crise de empresas do casal não demonstrada plenamente. Uso de outros meios para pagamento que não se apresenta como impossível. Redução do prazo de prisão ao mínimo. Agravo parcialmente provido para reduzir o prazo da prisão.” (Fl. 353, apenso II).

I. B. M., ex-esposa do paciente, promoveu execução de alimentos (Processo n. 000.04.020815-0) com fundamento no art. 733 do CPC, pleiteando a parcela vencida em fevereiro de 2004, no valor de R\$ 43.995,00. Afirmou que ajuizou ação cobrando, também, os meses de dezembro e janeiro de 2004, em razão da costumeira inadimplência do executado.

Como a dívida não totalmente foi paga, o juiz da execução ordenou a prisão do paciente por três meses (fl. 298, apenso II). Expediu-se o respectivo mandado de prisão (fl. 309).

Houve interposição de agravo de instrumento contra tal decisão (fls. 314/324, apenso II).

Enquanto aguardava-se o julgamento do agravo de instrumento, impetrou-se **habeas corpus** preventivo junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 328/332, apenso II). A ordem foi denegada (fls. 346/347).

O agravo de instrumento foi provido apenas para reduzir o prazo da prisão para trinta dias (fls. 353/358, apenso II).

Determinou-se a expedição de mandado de prisão, em 14.06.2005 (fl. 367, apenso II).

Daí o **habeas corpus**, onde os impetrantes sustentam, em suma, que:

a) as empresas pertencentes ao paciente enfrentam grave crise financeira, o que impossibilita o pagamento da exorbitante de pensão alimentícia, fixada em R\$ 45.000,00;

b) o paciente tem idade avançada (76 anos), é diabético *mellitus* e necessita de tratamento para tumor vesical (câncer de bexiga), o que requer cuidados especiais, impossíveis de serem prestados em estabelecimento prisional. Preenche, assim, dois dos requisitos do art. 117 da Lei de Execuções Penais, para a concessão da prisão domiciliar;

c) o STJ em casos excepcionais como o presente, tem aplicado o benefício da prisão domiciliar prevista na Lei de Execução Penal aos devedores de alimentos, desde que atendidos determinados os requisitos da lei.

Deferi liminarmente a ordem, apenas para determinar que o paciente cumpra a pena no regime domiciliar (fls. 115/117).

I. B. M. interpôs agravo regimental, pedindo reconsideração, para que se determine que o paciente cumpra a prisão civil em regime fechado. Sustentou, em suma, que:

a) o paciente valeu-se do seu suposto estado de saúde, para pleitear a conversão em prisão domiciliar;

b) o paciente almeja a conversão das execuções ao rito do art. 732 do CPC, com o que poderá protelar, indefinidamente, a satisfação do crédito;

c) a concessão liminar da prisão domiciliar adiantou ao paciente medida de cunho satisfativo, capaz de prejudicar o exame do mérito da ordem;

d) o paciente acumula dezesseis execuções de alimentos, somente realizando o pagamento ante a iminência da decretação da prisão civil;

e) o estado de saúde do paciente não o impede de freqüentar festas, concertos, e viagens internacionais;

f) a prisão domiciliar não funciona em qualquer caso, criminal ou civil;

g) o paciente é detentor de diploma superior, assim, poderia ser determinado o seu recolhimento em prisão especial.

Neguei seguimento ao agravo regimental porque tanto o STJ, como o STF, reiteradamente, vêm decidindo que não cabe recurso contra decisão de Relator que, em **habeas corpus**, defere ou indefere, fundamentadamente, o pedido de liminar.

Citei os seguintes precedentes: HC n. 38.020/Laurita; HC n. 27.258/Carvalho; AgRg no HC n. 23.498/Gallotti; AgRg no HC n. 22.445/Gonçalves; HC n. 73.917/Celso de Mello; AgRg no HC n. 72.783/Ilmar Galvão e, AgRg no HC n. 72.651/Moreira Alves.

Recebi as informações, em 08 de julho de 2005 (fls. 173/179).

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Maurício de Paula Cardoso, opinou pela perda de objeto do **habeas corpus**, porque foi assegurado ao paciente direito de cumprir a prisão em regime domiciliar, no HC n. 44.580, nas sessões do dia 09.08.2005 (fls. 215/217).

Houve interposição de novo agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Não enxergo ilegalidade no decreto de prisão. O paciente não cumpriu com as obrigações alimentares ajustadas, quer no processo de execução que resultou no decreto prisional, quer em outros quatro exercidos pela alimentada.

Os autos noticiam que ele já foi preso duas vezes por descumprimento de obrigação alimentar. Trata-se de devedor contumaz de alimentos.

Acrescente-se que o **habeas corpus**, pelo seu caráter sumaríssimo, não é via adequada para analisar a impossibilidade financeira para o pagamento da dívida alimentar a que está obrigado o paciente, porque demanda o exame aprofundado de provas. É o que diz nossa jurisprudência: HC n. 22.876/Direito; HC n. 29.443/Barros Monteiro; HC n. 28.878/Cesar Rocha e RHC n. 14.953/Pádua, entre outros.

No mais, o STJ vem decidindo que cabe prisão civil do alimentante que deixa de pagar as três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as vincendas durante o processo. A exemplo, dentre outros: HC n. 7.908/Barros Monteiro; HC n. 9.386/Zveiter; RHC n. 11.288/Sálvio; HC n. 7.705/Naves; RHC n. 14.881/Fernando Gonçalves, e HC n. 24.114/Nancy.

De outra parte, a questão do regime de prisão a que foi submetido o paciente deve ser examinado.

A autoridade coatora entendeu que a idade do paciente e seu estado de saúde não impedem a decretação da custódia em estabelecimento prisional comum, cabendo ao juiz da causa acompanhar as circunstâncias do caso concreto, para estabelecer a melhor forma do cumprimento da prisão e eventual tratamento médico necessário ao paciente.

Embora seja razoável a solução apresentada pelo Tribunal paulista, penso que a melhor solução é o cumprimento da pena em regime domiciliar. É que na prática, a solução apresentada não funciona.

O Judiciário tem processos demais e juízes de menos. Não acredito que a demanda de processos dessa natureza que são distribuídos no Estado de São Paulo permita com que os magistrados acompanhem, de forma efetiva e eficaz, hipóteses especiais como a do ora paciente.

O paciente é acometido de doenças graves (diabete *mellitus* e câncer de bexiga), o que é agravado pela sua idade avançada (76 anos). Requer cuidados especiais, impossíveis de serem dados nos estabelecimentos prisionais. Não estou supondo ou inventando, essa é a realidade do País.

A prisão civil por descumprimento de obrigação alimentar, não é uma sanção penal, mas uma medida coercitiva para compelir o devedor de alimentos a cumprir o avençado. Existindo motivos relevantes para a conversão do regime, o alimentante deve cumprir a pena em estabelecimento que possibilite o seu tratamento ambulatorial.

O que não se admite, é que determinadas pessoas, ainda que sejam devedoras contumazes de alimentos, submetam-se à prisão comum. Idade avançada e saúde precária devem ser levadas em conta.

Ora, se o condenado por crime que viola bens jurídicos de maior relevância penal, por exemplo, a vida, quando preencher os requisitos da Lei de Execução Penal, fará jus ao regime de prisão domiciliar, não vejo por que não conceder o mesmo benefício para o devedor de alimentos, acometido de moléstia grave e maior de 75 anos de idade.

É fato que a Lei de Execução Penal apenas admite a prisão domiciliar quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto. Excepcionalmente, o STJ tem entendido ser possível a concessão do benefício, no caso de regime prisional diverso do aberto, se o tratamento médico necessário não puder ser ministrado no presídio em que se encontra o apenado. Neste sentido: HCs ns. 31.011 e 20.690/Felix Fischer; RHC n. 14.211/Medina, HC n. 28.588/Laurita.

Em regra, não se aplicam as regras da Lei de Execução Penal à prisão civil. O STJ, no entanto, vem admitindo, analisadas as circunstâncias excepcionais do caso concreto, formas alternativas para cumprimento da prisão civil. A exemplo, cito:

“Em regra, não se aplicam as normas da Lei de Execução Penal à prisão civil, vez que possuem fundamentos e natureza jurídica diversos.

Em homenagem às circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão de prisão domiciliar ao devedor de pensão alimentícia.” (HC n. 35.171/Humberto);

“Prisão civil. Regime aberto. O regime aberto não é incompatível com a prisão civil, podendo ser adotado se o recomendarem as circunstâncias do caso concreto, a serem prudentemente avaliadas pelo juiz.” (REsp n. 70.400/Eduardo Ribeiro);

“Prisão civil. Prisão-albergue. Prisão domiciliar.

1. A nova orientação da Corte em matéria de prisão civil recomenda a manutenção do regime prisional acolhido pelo acórdão recorrido, assim

a prisão-albergue, e, na ausência desta, a prisão domiciliar, compatível o julgado com a prudente interpretação do art. 201 da Lei de Execuções Penais.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 199.802/Menezes Direito).

Na hipótese dos autos, penso que é recomendável, em razão da idade avançada e dos problemas de saúde que afetam o paciente, o cumprimento da pena em regime domiciliar.

Concedo a ordem, apenas para determinar o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar.

Prejudicado o exame do outro agravo regimental interposto.

RECURSO ESPECIAL N. 419.026-DF (2002/0027101-3)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A — HGO

Advogados: Benedito José Barreto Fonseca e outro

Recorrida: Rebeca Mancini Pereira

Advogados: Genuino Lopes Moreira Junior e outros

Interessada: Nely Fernandes Aguiar de Castro

Advogado: Jorge Antônio Alves da Silva

Sustentação oral: Benedito José Barreto Fonseca, pelo recorrente

EMENTA

Responsabilidade civil. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no organismo da paciente em cesárea. Responsabilidade do hospital. Cerceamento de defesa.

1. Já decidiu a Corte que o juiz pode e deve apreciar a necessidade da produção de prova. Todavia, configura cerceamento de defesa se o hospital é impedido de provar, na cobertura do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro, no caso, a médica responsável pela cirurgia, que com ele não mantém relação de emprego.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, pelo voto médio, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi (voto-vista), Castro Filho (voto-vista) e Ari Pargendler (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A — HGO interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

“Processo Civil e Civil. Ação de indenização por erro médico. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado após designada e aberta audiência de conciliação. Legitimidade passiva *ad causam* do hospital. Responsabilidade civil. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no organismo da paciente. Responsabilidade solidária do médico e do hospital. Valor da indenização. Honorários.

Mesmo depois de saneada a causa, designada audiência de instrução, deferida prova oral, pode o juiz, estudando o processo, verificar que o caso é de julgamento antecipado e proferi-lo. Precedente do STJ (Quarta Turma, REsp n. 61.46;2-7-PE, Relator Ministro Barros Monteiro, 29.05.1995, unânime). Mostrando-se os documentos e laudos médicos juntados aos autos suficientes para a solução da demanda, adequado o julgamento antecipado, não havendo falar-se em cerceamento do direito de defesa. Inexistência de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Quando o médico faz a cirurgia nas dependências e estabelecimento hospitalar, opera também no interesse econômico deste, que lucra com a atividade desenvolvida, ainda que sob a ‘roupa’ de contrato de locação. Além disso, o médico não atua sozinho. Toda cirurgia envolve equipe médica

e auxiliar, medicamentos, equipamentos, aparelhos, serviços que, fornecidos pelo hospital, fixam a responsabilidade deste. A relação de preposição de que cuida o art. 1.521, III, do Código Civil, é perfeitamente suscetível de interpretação **lato sensu**. Não exige relação de emprego. A satisfação do interesse econômico do preponente, na ação do preposto, como no caso, é suficiente. Inafastável, nessa linha, a incidência da Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal. Presumida é a culpa do preponente. Possível a responsabilidade solidária. Inafastável a legitimidade passiva do Hospital.

O hospital, ademais, conforme a definição do art. 3^a do Código de Defesa do Consumidor, é um fornecedor de serviços, equipamentos e medicamentos ao consumidor, mediante remuneração. A conta que se paga inclui o fornecimento do art. 14, **caput**, do Código de Defesa do Consumidor, impõe ao prestador o dever de responder, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, fornecimento de pessoal, material e equipamentos. Confirmação, por este outro fundamento, autônomo, da legitimidade passiva do hospital para a causa em que se pede a indenização pelo erro médico.

Ao qualificar os fatos trazidos ao seu conhecimento pelas partes, o juiz não fica adstrito aos fundamentos legais por elas invocados. **Jura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus**. Não era necessário que a autora asseverasse culpa **in vigilando** ou **in eligendo** do segundo réu, que invocasse o art. 1.521, III, do Código Civil ou o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Suficientes os fatos, cujo enquadramento jurídico cabe ao julgador. Inocorrência de afronta aos arts. 128 e 460 do CPC.

A prova documental, de natureza técnico-científica, é incontroversa quanto a que, quando a primeira cirurgia (parto cesáreo), realizada pela primeira ré (médica), nas dependências do segundo réu (hospital), com proveito econômico deste e utilização de serviços e equipamentos seus, foi esquecido um corpo estranho no organismo da autora, resultando processo inflamatório e necessidade de sua extração. Culpa caracterizada na modalidade de negligência ou imperícia. Responsabilidade solidária do hospital, por dois fundamentos autônomos (art. 1.521, III, do Código Civil, e art. 14, **caput**, do Código de Defesa do Consumidor).

Ofensa a direitos personalíssimos da autora, quais sejam a sua integridade física e psíquica, pois sofreu dores, cólicas, submeteu-se a diversos e penosos procedimentos médicos, inclusive a uma segunda cirurgia, para retirada do corpo estranho, tudo em consequência do erro médico havido.

Consideradas a boa capacidade econômica do segundo réu, a capacidade média da primeira ré, a culpa na modalidade de negligência ou imperícia, as dores sofridas pela autora por quase dois anos, com necessidade de outra cirurgia, a necessidade de se inibir comportamentos faltosos como o da espécie sem, todavia, se propiciar enriquecimento indevido, fixa-se a indenização por danos morais em valor igual a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Quanto à sucumbência, não houve, no caso, indicação do valor total pretendido pelos danos, atribuindo-se à causa, apenas para efeitos fiscais, quantia certa. Não cabe estimativa de decaimento da autora, inclusive redundando em que, ao invés de receber indenização pelos danos sofridos, pagaria valor maior a título de honorários, o que seria uma iniquidade, contrariando princípios elementares de direito.

Apelos providos parcialmente para reduzir a indenização ao total de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), incidindo correção monetária desde o julgamento em 2º grau e juros de mora, na taxa legal de 0,5% ao mês, desde a data da citação. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o total atualizado da condenação, de acordo com o art. 20, § 3º, do CPC” (fls. 404 a 407).

Opostos embargos de declaração (fls. 431 a 433), foram rejeitados (fls. 436 a 450).

Sustenta o recorrente negativa de vigência do art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil, na medida em que o julgamento antecipado da lide impediu a produção das provas indispensáveis para sua defesa, violando, assim, o princípio do contraditório.

Esclarece que o “MM. Juiz **a quo** sequer analisou os pedidos de provas formulados, e, sem qualquer despacho fundamentado negando as provas solicitadas, julgou antecipadamente a lide(...)” (fl. 457).

Alega contrariedade aos arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil, e 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a médica contratada pela recorrida para a realização da cirurgia não é empregada do hospital. Além disso, os serviços prestados pelo hospital foram adequados, sem qualquer reclamação.

Aduz, ainda, que “apesar de afirmada pelo Hospital a responsabilidade exclusiva de terceiro, com declaração da própria médica litisconsorte (fls. 340/341 e 432/433) *na qual assume inteira e exclusiva responsabilidade pelo ocorrido, na eventualidade de ficar provada a sua culpa*” (fl. 468), o hospital foi condenado.

Argúi violação do art. 21 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a ora recorrida decaiu de parte substancial de seu pedido feito na inicial, devendo os encargos da sucumbência serem distribuídos proporcionalmente.

Aponta dissídio jurisprudencial com julgados, também, desta Corte.

Sem contra-razões (fl. 561), o recurso especial (fls. 454 a 482), foi admitido (fls. 563 a 567).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A recorrida ajuizou ação ordinária alegando que foi vítima de erro médico. Sustenta que foi internada no hospital-réu para ser submetida a uma cesariana, nascendo do parto uma menina; que após a cirurgia padeceu de intenso sofrimento, sendo obrigada a realizar diversos exames; que os exames constataram a presença de corpo estranho, obrigando a nova intervenção cirúrgica; que foi identificado processo inflamatório granulomatoso de corpo estranho, trompa uterina, tudo decorrente do esquecimento no útero da requerente de gaze; que foi obrigada ainda outra vez a abrir o abdome para drenagem; que foi obrigada a fazer transfusão de sangue de doador desconhecido, correndo o risco de ser contaminada pelo vírus HIV, o que a obriga a fazer exame de seis em seis meses; que, ademais de tudo, perdeu a trompa esquerda, reduzindo a possibilidade de nova gravidez; que sofreu deformações em seu corpo em decorrência das diversas cirurgias; que está claro o erro médico, presente o nexa de causalidade.

A sentença julgou procedente o pedido, condenando os réus no pagamento da importância de R\$ 80.000,00, mais juros da citação e correção monetária pelo INPC.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proveu, em parte, as apelações para reduzir a indenização a R\$ 40.000,00, com correção monetária da data do julgamento, mais juros de mora de meio por cento ao mês sobre o total corrigido, a partir da citação, 20.03.1996, com custas e honorários de 10% sobre o total da condenação.

Afastou o Tribunal local a preliminar de cerceamento de defesa, com o julgamento antecipado, sem a produção da prova pericial e a oitiva de testemunhas, e de nulidade da sentença porque não concluída a audiência de conciliação, suspensão para efeito de tentativa de acordo. Entendeu o acórdão recorrido que é possível dispensar a produção de prova, mesmo após o saneamento do processo, se verificar o juiz que é caso de julgamento antecipado. No caso, considerou que o “feito se apresentava em condições de receber julgamento antecipado, porquanto desnecessárias outras provas requeridas. Os documentos e laudos médicos juntados aos autos mostram-se suficientes para a solução da demanda” (fls.

412/413). Afirma o acórdão recorrido que a prova existente confirma a realização da intervenção cirúrgica, da presença da massa estranha, retirada em nova cirurgia, descartando com isso a prova testemunhal e mesmo a pericial, porque “não poderiam desmerecer as referidas provas técnicas, realizadas nas épocas dos fatos, e os prontuários médicos. Novas perícias diretas sequer seriam viáveis em face do decurso do tempo. Além do que não se apontou qualquer falsidade ou erro nas provas técnicas apresentadas nos autos e prontuários médicos” (fl. 414).

Para o Tribunal local, a simples “suspeita dos apelantes de que a apelada se teria submetido a uma outra cirurgia, em que poderia ter sido ‘esquecido’ o corpo estranho não justifica a realização de nova perícia. Por sinal, mera declaração escrita de médico anestesista, dada em 15 de abril de 1996, no sentido de que, em 12 de agosto de 1995, em entrevista oral, a apelada afirmou que ‘havia sido operada em Brasília e em São Paulo’ (fl. 64) nada evidencia. A outra cirurgia referida, em São Paulo, pode ter sido anterior à de Brasília. Nada denota que essa outra cirurgia tenha abrangido a mesma parte do corpo da apelada, com possibilidade de ‘esquecimento’ do material estranho. Não fora suficiente, o prontuário médico de fl. 121 prova só constar no ‘perfil clínico pré-operatório: cesárea há dois anos’. Nenhuma referência a outra cirurgia entre a cesárea (em que deixada a compressa no organismo da autora) e a laparotomia (em que retirada a compressa)” (fls. 414/415).

Por fim, considerou, ainda, o acórdão recorrido que “novas requisições e expedição de ofícios restaram preclusas na medida em que os dois apelantes não agravaram da decisão de fl. 154, que rejeitou, fundamentadamente, os requerimentos que fizeram às fls. 150 e 151/153” (fl. 415).

No que concerne à legitimidade passiva do hospital, o Tribunal de origem reproduziu a sentença, que acolheu, porque o hospital forneceu a sala de cirurgia e também enfermeiras que integram o seu corpo administrativo, “prestando, no pós-operatório, toda a assistência à paciente” (fl. 416), além de destacar a responsabilidade do hospital pela fiscalização da ação dos profissionais que usam o espaço cirúrgico. Acrescentou o Tribunal local que a “médica, fazendo cirurgia nas dependências do Hospital, obrou no interesse econômico deste, que lucrou com a atividade desenvolvida. Além disso, a médica não operou sozinha. Toda cirurgia envolve equipe médica e auxiliar que, fornecida pelo Hospital, fixa a responsabilidade deste” (fls. 417/418). Invocou o acórdão recorrido, ainda, o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor e precedente desta Corte, concluindo que a atividade que desenvolve alcança “o fornecimento de pessoal, de medicamentos, de exames, de portaria, de segurança, de higiene e limpeza, de alimentação e

outros itens necessários à realização da sua atividade-fim, que é a assistência à saúde, de interesse público, como preconizado no art. 197 da Constituição Federal, e isso mediante remuneração” (fls. 419/420).

Para o acórdão recorrido, a sentença manteve-se nos limites do pedido, preservada a causa de pedir, observando-se os princípios **jura novit curia** e **da mihi factum dabo tibi ius**, não sendo, portanto **extra petita** a sentença. No mérito, afirmou que não dúvida “de que, quando da primeira cirurgia (parto cesáreo), realizada pela primeira ré, nas dependências do segundo réu, com utilização de serviços e equipamentos deste, foi esquecido corpo estranho no organismo da autora, resultando processo inflamatório e necessidade de sua extração. A prova documental, de natureza técnico-científica é incontroversa” (fl. 421). Reafirmou o Tribunal local que não há evidência “de que o esquecimento do corpo estranho no organismo da autora tenha resultado de uma segunda cirurgia, posterior à cesárea e anterior à laparotomia. Sequer existe prova dessa segunda cirurgia. Mera declaração escrita de médico anestesista, dada em 15 de abril de 1996, no sentido de que, em 12 de agosto de 1995, em entrevista oral, a apelada afirmou que ‘havia sido operada em Brasília e em São Paulo’ (fl. 64) nada comprova. A outra cirurgia referida, em São Paulo, pode ter sido anterior à cesárea de Brasília. Mais: nada denota que essa outra cirurgia tenha abrangido a mesma parte do corpo da apelada, com possibilidade de ‘esquecimento’ nela do material estranho. Não fora suficiente, o prontuário médico de fl. 121 prova só constar no ‘perfil clínico pré-operatório: cesárea há dois anos’. Nenhuma referência a outra cirurgia entre a cesárea (em que deixada a compressa no organismo da autora) e a laparotomia (em que retirada a compressa)” (fls. 423/424). Todavia, considerou o acórdão recorrido que os réus não podem ser responsabilizados pelas conseqüências da primeira laparotomia exploradora (fls. 18/verso e 115/122), “realizada por outro profissional, que, com o objetivo de retirar o corpo estranho, resultou em extração, também, de uma das trompas, risco de vida, transfusão de sangue, internação em UTI. Os danos resultantes desse outro procedimento médico, não imputável aos réus, podem ser reivindicados dos respectivos responsáveis” (fl. 424). Confinou o acórdão recorrido a responsabilidade ao esquecimento do corpo estranho no organismo da autora.

Os embargos de declaração do segundo réu foram rechaçados.

O especial é, tão-somente, do hospital.

A primeira alegação do hospital é sobre o cerceamento de defesa, alegando que pretendia provar com a oitiva de testemunhas, a juntada de novos documentos e a perícia por médico-cirurgião não ter responsabilidade sobre o evento, culpa exclusiva de terceiro, no caso, a própria médica que “lealmente assumiu total responsabilidade caso se provasse sua culpa” (fl. 457).

Como visto, o acórdão recorrido entendeu ser o hospital responsável tanto porque foi sua equipe auxiliar e seus equipamentos que foram utilizados durante a cirurgia, deixando claro, ainda, que haveria culpa **in eligendo** ou **in vigilando**, cabendo ao hospital fiscalizar os médicos que utilizam suas instalações. O Tribunal local invocou precedente de que Relator o Ministro Barros Monteiro no sentido de que caracterizada a responsabilidade solidária do hospital. Aquele julgado, o voto do ilustre Relator, de fato, acentuou que a circunstância de não ser o anestesista empregado do hospital não elimina a responsabilidade “visto que a mesma se deu com suporte em dois fundamentos: o vínculo de responsabilidade civil com o médico desidioso, que agiu no interesse econômico do recorrente; a responsabilidade pela equipe médica e auxiliar que não desempenhou de forma satisfatória as tarefas de seu cargo” (AgRg no Ag n. 154.167-DE, DJ 15.12.1997). Verifica-se que o fundamento relevante é não apenas o vínculo com o médico desidioso mas, também, o desempenho insatisfatório da equipe auxiliar.

Neste feito, o que se discute é a necessidade de prova pericial para que o hospital possa demonstrar que não houve responsabilidade da sua equipe auxiliar nem dos seus equipamentos, sendo ela, integralmente, da própria médica que realizou a cirurgia e esqueceu o corpo estranho no organismo da paciente. O hospital recorre para provar que houve culpa exclusiva de terceiro, no caso a cirurgiã, o que é excludente de responsabilidade, nos termos do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

É certo que há precedentes no sentido de que a avaliação da necessidade de dilação probatória deve ficar à prudente avaliação do magistrado, o qual pode considerar suficiente a prova já colhida e dispensar, assim, embora tenha antes deferido, a produção de outras provas. Todavia, em matéria de responsabilidade civil, quando a parte pretende provar que a culpa foi exclusiva de terceiro, não se pode aceitar a simples presunção de que a participação da equipe auxiliar do hospital seja responsável se o fato em si foi o esquecimento de corpo estranho durante a cirurgia e a própria cirurgiã afirma que os serviços do hospital foram adequados e satisfatórios. O que, sim, não me parece razoável, em tal circunstância, é afastar a oportunidade de o hospital produzir prova para sustentar a sua alegação de não ter sido responsável pelo evento danoso. Já decidiu esta Terceira Turma que “não é possível atropelar a instrução quando essencial à comprovação do alegado na contestação” (REsp n. 218.434-SP, da minha relatoria, DJ 28.02.2000). Em outro precedente, esta Turma decidiu, Relator o Ministro Castro Filho, na mesma direção, agasalhando a ementa os termos que se seguem:

“Processual Civil. Requerimento de provas por ambas as partes. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa.

Conquanto a avaliação da necessidade da produção de prova deva ficar, em princípio, ao prudente critério do juiz que aprecia os fatos, esta Corte entende ser possível apreciar o tema na via do especial, para afastar o cerceamento de defesa que decorre da falta de oportunidade para demonstração da veracidade dos fatos alegados em contestação, quando nítida a violação à regra de igualdade entre as partes e de garantia de defesa.

Primeiro recurso especial provido e prejudicado o segundo.” (REsp n. 303.546-MT, DJ 13.05.2002).

Finalmente, anote-se que houve o julgamento antecipado da lide.

Com essas razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para que seja aberta a oportunidade ao recorrente de provar a culpa exclusiva de terceiro, configurado, no caso, o cerceamento de defesa.

VOTO-VISTA

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A — HGO, com fundamento no art. 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido na ação de conhecimento em que se pretende a indenização de danos decorrentes de erro médico.

O acórdão recorrido está assim ementado:

“(…)

Mesmo depois de saneada a causa, designada audiência de instrução, deferida prova oral, pode o juiz, estudando o processo, verificar que o caso é de julgamento antecipado e proferi-lo. (...) Mostrando-se os documentos e laudos médicos juntados aos autos suficientes para a solução da demanda, adequado o julgamento antecipado, não havendo falar-se em cerceamento do direito de defesa. Inexistência de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Quando o médico faz a cirurgia nas dependências de estabelecimento hospitalar, opera também no interesse econômico deste, que lucra com a atividade desenvolvida, ainda que sob a ‘roupa’ de contrato de locação. Além disso, o médico não atua sozinho. Toda cirurgia envolve equipe médica e auxiliar, medicamentos, equipamentos, aparelhos, serviços que, fornecidos pelo hospital, fixam a responsabilidade deste. A relação de preposição de que cuida o art. 1.521, III, do Código Civil, é perfeitamente suscetível de interpretação **lato sensu**. Não exige relação de emprego. A satisfação do interesse econômico do preponente, na ação do preposto, como no caso,

é suficiente. Inafastável, nesse linha, a incidência da Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal. Presumida é a culpa do proponente. Possível a responsabilidade solidária. Inafastável a legitimidade passiva do hospital.

O hospital, ademais, conforme a definição do art. 3^a do Código de Defesa do Consumidor, é um fornecedor de serviços, equipamentos e medicamentos ao consumidor, mediante remuneração. A conta que se paga inclui esse fornecimento que, nos precisos termos do art. 14, **caput**, do Código de Defesa do Consumidor, impõe ao prestador o dever de responder, ‘independentemente da existência de culpa’, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, fornecimento de pessoal, material e equipamentos. Confirmação, por este outro fundamento, autônomo, da legitimidade passiva do hospital para a causa em que se pede indenização pelo erro médico.

Ao qualificar os fatos trazidos ao seu conhecimento pelas partes, o juiz não fica adstrito aos fundamentos legais por elas invocados. **Jura novit curia** e da **mihi factum dabo tibi ius**. Não era necessário que a autora asseverasse culpa **in vigilando** ou **in eligendo** do segundo réu, que invocasse o art. 1.521, III, do Código Civil ou o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Suficientes os fatos, cujo enquadramento jurídico cabe ao julgador. Inocorrência de afronta aos arts. 128 e 460 do CPC.

A prova documental, de natureza técnico-científica, é incontroversa quanto a que, quando da primeira cirurgia (parto cesáreo), realizada pela primeira ré (médica), nas dependências do segundo réu (hospital), com proveito econômico deste e utilização de serviços e equipamentos seus, foi esquecido um corpo estranho no organismo da autora, resultando processo inflamatório e necessidade de sua extração. Culpa caracterizada na modalidade de negligência ou imperícia. Responsabilidade solidária do hospital, por dois fundamentos autônomos (art. n. 1.521, III, do Código Civil, e art. 14, **caput**, do Código de Defesa do Consumidor).

Ofensa a direitos personalíssimos da autora, quais sejam a sua integridade física e psíquica, pois sofreu dores, cólicas, submeteu-se a diversos e penosos procedimentos médicos, inclusive a uma segunda cirurgia, para retirada de corpo estranho, tudo em consequência do erro médico havido.

Considerados a boa capacidade econômica do segundo réu, a capacidade média da primeira ré, a culpa da modalidade de negligência ou imperícia, as dores sofridas pela autora por quase dois anos, com necessidade de outra cirurgia, a necessidade de se inibir comportamentos faltosos como

o da espécie sem, todavia, se propiciar enriquecimento indevido, fixa-se a indenização por danos morais em valor igual a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Quanto à sucumbência, não houve, no caso, indicação do valor total pretendido pelos danos, atribuindo-se à causa, apenas para efeitos fiscais, quantia certa. Não cabe estimativa de decaimento da autora, inclusive redundando em que, ao invés de receber indenização pelos danos sofridos, pagaria valor maior a título de honorários, o que seria uma iniquidade, contrariando princípios elementares de Direito.

Apelos providos parcialmente, para reduzir a indenização ao total de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), incidindo correção monetária desde o julgamento em 2ª grau e juros de mora, na taxa legal de 0,5% ao mês, desde a data da citação. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o total atualizado da condenação, de acordo como art. 20, § 3º, do CPC.”

Interpostos embargos de declaração, foram estes rejeitados nos seguintes termos:

“Embargos de declaração. Alegação de omissão. Rejeição.

Inexistência da alegada omissão.

O juiz não está obrigado a responder, uma a uma, todas as alegações das partes, já tendo encontrado fundamento suficiente para alicerçar a decisão.

O escopo dos embargos declaratórios outro não é senão o de sanar, na decisão, obscuridade, contradição ou omissão. Erro na apreciação das alegações das partes, da subsunção dos fatos ao direito e à lei, enfim **error in judicando** desafia não embargos de declaração, mas recurso infringente.

Embargos de declaração rejeitados.”

Sustenta o recorrente a contrariedade aos seguintes dispositivos federais:

a) *art. 331, § 2º, do CPC* — houve cerceamento de defesa, tendo em vista que “o julgamento antecipado da causa impediu a produção das provas pretendidas e requeridas oportunamente pelo hospital (fl. 110), ora recorrente, principalmente para comprovar que os fatos, se ocorreram, foram por culpa exclusiva de terceiro (no caso, a médica, que lealmente assumiu total responsabilidade caso se provasse sua culpa), afastando, em consequência, a responsabilidade presumida **juris tantum** do hospital”;

b) *arts. 1.521 e 1.523, ambos do CC* — não está configurada a responsabilidade civil do recorrente, já que “somente nos casos de vínculo empregatício ou

de preposição há a responsabilidade objetiva do empregador ou do comitente” e, no caso, “não ficou provado qualquer vínculo trabalhista entre a médica e o hospital”. Não houve culpa concorrente, porquanto o recorrente “forneceu as instalações, os instrumentos necessários à cirurgia, prestou, adequadamente, os serviços a seu encargo, excelentes serviços, como alegou a própria médica litis-consorte”. Tampouco se verificou a culpa **in vigilando** ou **in eligendo**, sendo que “a médica era e é credenciada pelo seu plano de saúde e foi por ela livremente escolhida. O hospital foi apenas utilizado para a realização da cirurgia”;

c) *art. 14, § 3º, do CDC* — “se existiu o erro reclamado, a culpa deste nunca poderia ser imputada ao hospital, nem solidariamente. O erro seria de exclusiva responsabilidade de terceiro, no caso, a médica que realizou a cirurgia, como ela própria alega em suas declarações, isto se não comprovada a ocorrência do esquecimento do corpo estranho na realização de uma segunda cirurgia a que se submeteu a autora/recorrida”;

d) *art. 21 do CPC* — “o valor da causa, nos termos do art. 259, inciso II, do CPC, quando há cumulação de pedidos, é a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles”. Assim, tendo sido estimado em R\$ 150.000,00, está caracterizada a sucumbência recíproca, considerando que a condenação foi no valor de R\$ 40.000,00.

Alega, ainda, a existência de *divergência jurisprudencial*.

O eminente Ministro-Relator Carlos Alberto Menezes Direito conheceu do recurso especial e lhe deu provimento “para que seja aberta a oportunidade ao recorrente de provar a culpa exclusiva de terceiro, configurado, no caso, o cerceamento de defesa”. Consignou o eminente Ministro-Relator que “em matéria de responsabilidade civil, quando a parte pretende provar que a culpa foi exclusiva de terceiro, não se pode aceitar a simples presunção de que a participação da equipe auxiliar do hospital seja responsável se o fato em si foi o esquecimento de corpo estranho durante a cirurgia e a própria cirurgiã afirma que os serviços do hospital foram adequados e satisfatórios. O que, sim, não me parece razoável, em tal circunstância, é afastar a oportunidade do hospital de produzir prova para sustentar a sua alegação de não ter sido responsável pelo evento danoso”.

Repisados os fatos, decide-se.

I - Art. 331, § 2º, do CPC

O recorrente afirma que é indispensável a produção das seguintes provas:
a) “o depoimento pessoal da autora/recorrida, para comprovar, além de outros pontos, que a mesma era cliente da referida médica, cujos serviços utilizava através do seu plano de saúde e não do hospital; a quantas cirurgias se submeteu,

onde e quando”; b) “o depoimento da própria médica (...) para comprovar que a mesma é profissional autônoma, independente, não possui qualquer vínculo trabalhista com o hospital, tendo se utilizado apenas das suas instalações para realizar a questionada cirurgia; que não houve qualquer irregularidade nos serviços hospitalares, que foram os melhores possíveis, excelentes; afastando, com tal depoimento, a presunção **iuris tantum** de responsabilidade do hospital no ocorrido por culpa exclusiva de terceiro”; c) “o depoimento do médico anestesista, que afirmou que a autora/recorrida na anamnese a que fora submetida antes da cirurgia que retirou o corpo estranho informou que sofrera uma outra cirurgia após a cesariana, prova que afastaria a acusação contra a médica, pois, de acordo com a lógica, o corpo estranho deveria ter sido esquecido nessa segunda cirurgia”; d) “o depoimento de testemunhas, para comprovar que o hospital prestou, adequadamente, em nível de excelência, os serviços que lhe competiam, bem como as dificuldades financeiras do hospital (...)”; e) “exame pericial para comprovar a existência no ventre da autora/recorrida de várias cicatrizes, decorrentes de outras cirurgias a que foi submetida e por ela admitidas ao médico anestesista (...)” (fls. 458/459).

1. No que diz respeito ao cerceamento de defesa atinente à prova da incapacidade econômica do recorrente de arcar com o valor da condenação, verifica-se que tal questão não foi debatida pelo Tribunal **a quo**, pelo que se evidencia a ausência do prequestionamento viabilizador da via especial.

Incide, no caso, o óbice do enunciado da Súmula n. 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**”.

2. Com relação à prova testemunhal e pericial de que o esquecimento de material estranho no corpo da recorrida-paciente — e que configura o erro médico em questão — ocorreu em outra cirurgia, cumpre registrar que o acórdão recorrido assim se pronunciou:

“Simples suspeita dos apelantes de que a apelada se teria submetido a uma outra cirurgia, em que poderia ter sido ‘esquecido’ o corpo estranho, não justifica a realização de nova perícia. Por sinal, mera declaração escrita do médico anestesista, dada em 15 de abril de 1996, no sentido de que, em 12 de agosto de 1995, em entrevista oral, a apelada afirmou que ‘haveria sido operada em Brasília e em São Paulo’ (fl. 64) nada evidencia. A outra cirurgia referida, em São Paulo, pode ter sido anterior à de Brasília. Nada denota que essa outra cirurgia tenha abrangido a mesma parte do corpo da apelada, com possibilidade de ‘esquecimento’ do material estranho. Não fora suficiente, o prontuário médico de fl. 121 prova só constar no ‘perfil

clínico no pré-operatório: cesárea há dois anos'. Nenhuma referência a outra cirurgia entre a cesárea (em que deixada a compressa no organismo da autora) e a laparotomia (em que retirada a compressa)."

O acórdão recorrido considerou que a simples afirmativa de que a ora recorrida se submetera a outras cirurgias não evidencia que nestas é que ocorreu o dito erro médico. Assim, revela-se desnecessária a dilação probatória para a pretendida comprovação de tal assertiva (de que houve outras cirurgias), não configurando cerceamento de defesa a falta do depoimento pessoal do anestesista — máxime se consta dos autos a referida declaração escrita do mesmo, e da pretendida realização de perícia para "comprovar a existência no ventre da autora/recorrida de várias cicatrizes, decorrentes de outras cirurgias a que foi submetida e por ela admitidas ao médico anestesista".

O acórdão recorrido, outrossim, considerou devidamente comprovado que o erro foi cometido pela ré-médica e destacou, **verbis**:

"Na espécie, o feito se apresentava em condições de receber julgamento antecipado, porquanto desnecessárias outras provas requeridas. Os documentos e laudos médicos juntados mostram-se suficientes para a solução da demanda. (...) Testemunhas, ou depoimentos pessoais, por evidente, não poderiam desmerecer as referidas provas técnicas, realizadas nas épocas dos fatos, e os prontuários médicos. Novas perícias diretas sequer seriam viáveis em face do decurso do tempo. Além do que não se apontou qualquer falsidade ou erro nas provas técnicas apresentadas nos autos e prontuários médicos."

Este colendo Tribunal firmou o entendimento no sentido de que não existe ilegalidade nem cerceamento de defesa na hipótese em que o juiz, verificando suficientemente instruído o processo e desnecessária a dilação probatória, julga o mérito de forma antecipada, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Destacam-se os seguintes precedentes: REsp n. 35.316-SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 24.06.1996; REsp n. 57.432-RS, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 09.10.1995, este último assim ementado:

"Processual Civil. Saneador. Deferimento de provas. Julgamento antecipado da lide. Ocorrência de fato superveniente. Juntada de documentos.

(...)

II - Não caracterizado cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide se ou quando havendo questão de fato, já existir nos autos elementos probatórios bastantes para o pronunciamento do juízo decisório, sem necessidade de ser produzida prova em audiência. Precedentes do STJ.

III - Recurso conhecido e improvido."

Não é possível, nesta via especial, verificar se foram carreados aos autos elementos probatórios suficientes ao convencimento seguro do julgador, de forma a permitir o julgamento antecipado da lide, por demandar o reexame de prova vedado nos termos do enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

3. No tocante à prova da culpa exclusiva de terceiro — médica que realizou a cirurgia em questão — veja-se que o acórdão recorrido assim examinou a controvérsia:

“Ora, deixado corpo estanho (compressa) no organismo da paciente, inquestionável, nos termos do art. 159 do Código Civil, a culpa do médico, na modalidade de negligência e ou imperícia. Não releva, inclusive, se o procedimento cometido ou omitido, resultante na permanência do corpo estranho no organismo da autora, competia à própria cirurgia, primeira ré, ou a assistente seu, preposto do segundo réu ou não. A responsabilidade direta da cirurgia era da primeira ré. E a responsabilidade indireta, solidária, do segundo réu, decorre, como já fundamentado ao se repelir as preliminares, do art. 1.521, III, do Código Civil, e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.”

E em sede de embargos de declaração, o Tribunal **a quo** aclarou:

“A embargante tem responsabilidade própria perante a autora da ação, que não pode ser elidida por declaração da primeira ré. Esta não pode, por declaração, afastar a responsabilidade para com a autora, que decorre de lei.”

O acórdão recorrido considerou que há, na espécie, responsabilidade solidária do hospital e do médico perante o paciente, não importando para tanto de qual dos dois e em que medida foi a culpa pelo erro médico.

Diante de tal fundamento, que torna despidianda a realização das referidas provas, cumpre observar que a necessidade da pretendida dilação probatória está a depender do acerto da apontada tese em que se assentou o acórdão recorrido, o que se examina desde logo a título de contrariedade aos arts. 1.521 e 1.523, ambos do CC; e 14, § 3º, do CDC.

II - Arts. 1.521 e 1.523, ambos do CC

A questão cinge a verificar se o hospital responde pelos atos do médico que naquele realiza cirurgia, destacando-se a peculiaridade de inexistir vínculo empregatício ou de preposição entre ambos.

Cumpre, inicialmente, identificar a natureza da relação jurídica existente entre a recorrida-paciente, o recorrente-hospital e a médica que realizou a cirurgia.

O recorrente é fornecedor de serviços consubstanciados na assistência à saúde, mediante remuneração, envolvendo fornecimento de pessoal, equipamentos, medicamentos, entre outros, e, no que interessa para o caso concreto, realização de intervenções cirúrgicas.

Na espécie, está caracterizada uma relação jurídica de prestação de serviços entre o hospital, na qualidade de fornecedor, e o paciente, como destinatário final, estando submetida aos princípios e regras positivadas no Código de Defesa do Consumidor.

No que diz respeito à ré-médica, afirma o recorrente que é mero locador de espaço e de equipamentos, de forma que não seria responsável pelos atos daquela, profissional autônoma sem qualquer vínculo empregatício ou relação de preposição.

Ocorre que é inegável que a médica, ao realizar a cirurgia nas dependências do hospital, utilizando-se de seus equipamentos, recursos materiais e humanos, obrou no interesse econômico deste, que lucrou com tal atividade. Ressalte-se que é usual os ganhos do hospital com a internação e o pós-operatório em muito superarem os honorários auferidos pelo médico com a realização da cirurgia.

Assim, o hospital deve responder pelos danos decorrentes do erro médico ocorrido na cirurgia por força do risco-proveito assumido, não eximindo a sua responsabilidade ter havido prestação de serviço indireta por meio de médico autônomo.

Considere-se, ainda, que o conceito e a credibilidade de que goza o hospital e o seu quadro clínico constituem para o paciente, não raro, fator preponderante para a escolha do médico. Por outro lado, para considerável número de pacientes, o fato de o médico realizar cirurgias em determinado hospital evidencia que aquele profissional integra os quadros clínicos deste, sendo-lhes (aos pacientes) irrelevante, e inclusive desconhecida, a natureza da relação jurídica existente entre ambos: se de emprego, preposição ou locação.

Dessa forma, não há como considerar o hospital como simples locador de espaço e de equipamentos, fato este que não pode ser oposto aos paciente consumidor para efeito da exclusão da responsabilidade do hospital.

Oportuno registrar, ante os argumentos acima expostos, que, a demonstrar que a ausência de vínculo empregatício ou de preposição não constitui óbice absoluto à responsabilidade solidária e objetiva do hospital, está o art. 34 do CDC, ao dispor que “o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou *representantes autônomos*” (grifou-se).

Dessa forma, o recorrente, nos termos do art. 14 do CDC, “responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços”.

Em relação ao paciente-consumidor, a responsabilidade do hospital é objetiva e solidária juntamente com o médico. Busca-se, assim, em conformidade com escopo perseguido pelo legislador, ampliar as garantias e assegurar ao consumidor a efetiva reparação dos danos, independentemente da apuração do grau de culpa de cada um dos responsáveis solidários.

Por conseguinte, se revela desnecessária, no caso em exame, a prova da culpa exclusiva da médica, porquanto não afasta esta a responsabilidade do recorrente-hospital perante a recorrida.

No entanto, importa destacar que, na relação existente entre o médico e o hospital, a responsabilidade é subjetiva e divisível de acordo com o grau de culpa de cada qual, estando assegurado o exercício do direito de regresso.

Uma vez reconhecida a responsabilidade objetiva do hospital, não se prestam à solução da presente controvérsia os dispositivos tidos por violados (arts. 1.521 e 1.523, ambos do CC), tendo em vista que normatizam a responsabilidade civil subjetiva.

Não se vislumbra, em suma, a contrariedade aos arts. 1.521 e 1.523, ambos do CC.

III - Art. 14, § 3º, do CDC

Uma vez afirmada a responsabilidade objetiva do hospital e solidária com o médico, não pode este último, no presente caso, ser considerado terceiro para efeito da exclusão da responsabilidade do hospital nos termos do art. 14, § 3º, do CDC.

Dessa forma, inexistente a violação ao apontado dispositivo federal.

IV - Art. 21 do CPC

Com relação ao art. 21 do CPC, o acórdão recorrido afirmou, **verbis**:

“Quanto à sucumbência, não houve, propriamente, no caso, indicação do valor total pretendido pelos danos, atribuindo-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 150.000,00 (fl. 11). Não cabe, assim, incidência de honorários sobre decaimento estimado da autora que, inclusive, redundaria em que, ao invés de receber indenização pelos danos sofridos, pagaria valor maior a título de honorários, o que seria uma iniquidade, contrariando princípios elementares de direito.”

O valor indicado pela recorrida-autora como valor da causa não se presta à apuração da sucumbência das partes. Por outro lado, conforme reconhecido pelo acórdão recorrido, o pedido de indenização não foi formulado em valor determinado, sendo apenas estimativo. Dessa forma, não há que se falar em sucumbência

recíproca, devendo-se considerar, para efeito da fixação dos consectários da sucumbência, o **an debeatur**, e não o **quantum debeatur**.

O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste colendo Tribunal, destacando-se os seguintes precedentes:

“(…)

I - Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.

(…)” (REsp n. 351.602-PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 26.08.2002)

“(…)

4. Configurado o valor estimativo pelo acórdão recorrido, diante dos termos da inicial, que apresenta mera proposta de indenização justa, não há falar em vinculação do julgador, que pode arbitrar ao seu prudente juízo, indenização de menor valor.

5. A fixação dos honorários não está vinculada ao valor da causa, ainda mais quando o pedido inicial apresenta múltiplas verbas, algumas remetidas para a liquidação. Se vencida a parte na condenação, afasta-se a sucumbência recíproca.

(…)” (REsp n. 252.760-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 20.11.2000)

Não se violou, destarte, o *art. 21 do CPC*.

V - Divergência jurisprudencial

Ante os fundamentos acima expendidos, conheço do recurso especial pelo *dissídio*, mas *lhe nego provimento*.

Forte em tais razões, rogando vênias ao eminente Ministro-Relator Carlos Alberto Menezes Direito, *conheço* do recurso especial e *lhe nego provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Sr. Presidente, em setembro de 1993, Rebeca Mancini Pereira, ora recorrida, submeteu-se a uma cesariana, realizada pela médica Nely Fernandes Aguiar de Castro, no centro cirúrgico do Hospital Geral Ortopédico de Brasília — HGO.

Em maio de 1995, submeteu-se a uma ecografia pélvica transvaginal, bem como a uma tomografia computadorizada, oportunidade em que se registrou a presença de corpo estranho em seu ovário, que teve de ser extraído mediante intervenção cirúrgica (lapstoremia exploradora realizada em 12.08.1995), de que decorreram complicações que a levaram, inclusive, à Unidade de Terapia Intensiva do Hospital Santa Lúcia.

Inconformada com seus dissabores, a paciente propôs ação de reparação por danos morais contra a médica e o hospital. Realizada, sem êxito, audiência de conciliação, e juntados prontuários médicos aos autos, houve o julgamento antecipado da lide, reconhecendo a procedência da pretensão, sendo condenados os réus, solidariamente, a pagar indenização no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Foram interpostos, independentemente, recursos de apelação por ambos os réus. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios afastou a alegação de nulidade da sentença, seja porque não finalizada a audiência de conciliação, seja em virtude do cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, entendendo que os documentos e laudos médicos juntados aos autos mostravam-se suficientes à solução da demanda. Afirmou a legitimidade para a causa do segundo réu, em cujas dependências e com o auxílio de cuja equipe foi realizada a cesariana em que supostamente foi “esquecido” o tecido dentro do organismo da autora. Excluiu a responsabilidade dos réus, no entanto, das seqüelas provocadas pela imperícia do médico que realizou a cirurgia reparadora. Deu parcial provimento aos apelos, para reduzir a indenização para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

O recurso especial interposto pela médica foi inadmitido por decisão do desembargador-presidente do egrégio Tribunal **a quo**. O especial interposto pela instituição hospitalar, alegando violação aos arts. 21 e 331, § 2º, do Código de Processo Civil; 1.521 e 1.523 do Código Civil, 14, § 3º, da Lei n. 8.078/1990, bem como divergência jurisprudencial, foi, no entanto, admitido.

O ilustre Ministro-Relator, Carlos Alberto Menezes Direito, entendeu que, tendo o hospital a pretensão de provar que a culpa foi exclusiva de terceiro, não se pode aceitar a simples presunção de que a participação da equipe auxiliar

induza a responsabilidade, principalmente quando o fato foi o esquecimento de um corpo estranho durante a cirurgia e a própria cirurgiã afirmou que os serviços hospitalares foram adequados e satisfatórios. Deu provimento ao recurso, a fim de que seja aberta oportunidade ao recorrente de provar a culpa exclusiva de terceiro, configurado, no caso, o cerceamento de defesa.

Por sua vez, a ilustre Ministra Nancy Andrichi, lembrando ter o acórdão recorrido afirmado que “a simples afirmativa de que a recorrente se submetera a outras cirurgias não evidencia que nestas é que ocorreu o erro médico” e concluído existirem provas suficientes da culpa da cirurgiã, disse incidir o óbice da Súmula n. 7 deste Tribunal ao conhecimento do recurso pela alegada violação ao art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Reconheceu que, sendo o hospital um fornecedor de serviços de assistência à saúde mediante remuneração, escolhido pelo paciente, que é consumidor, deve responder pelos danos do erro médico ocorrido na cirurgia realizada em suas instalações por força do risco-proveito assumido, pouco importando tenha havido prestação indireta de serviço, por meio de médico autônomo. Daí a desnecessidade da prova da culpa exclusiva da médica, porquanto esta não afastaria a responsabilidade objetiva da instituição hospitalar perante a paciente.

Afastou, ainda, a alegada violação ao art. 21 do Código de Processo Civil, uma vez que não há sucumbência recíproca em indenização fixada em valor menor que o indicado na exordial de ação indenizatória por danos morais, eis que se trata de mera estimativa, que não vincula o julgador.

Em dúvida quanto à ocorrência ou não de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, pedi vista dos autos para melhor exame.

Para a análise sobre a ocorrência ou não de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, importa perquirir a utilidade das provas cuja oportunidade de realização fora denegada.

Reconheço que, em sua maioria, as provas requeridas pretendiam a demonstração da excelência dos serviços hospitalares prestados pela instituição, não sendo hábeis ao afastamento da responsabilidade solidária daquele que cede nome, prestígio, pessoal e equipamentos necessários à intervenção cirúrgica realizada por médico que comumente atua em suas instalações.

No entanto, havia também pleito de oportunidade para provar a realização de outras cirurgias na mesma região do organismo da autora, podendo o corpo estranho ter sido ali esquecido em outra ocasião, entre os anos de 1993 e 1995, afastando a responsabilidade de ambos os réus.

Tais provas afastariam o próprio nexu causal entre a intervenção cirúrgica realizada nas instalações do recorrente e os danos causados à recorrida, excluindo mesmo a responsabilidade objetiva aqui reconhecida ao hospital.

Sendo assim, rogando vênia à Ministra Nancy Andriighi, dou provimento ao recurso, a fim de que seja oportunizado ao recorrente provar a culpa exclusiva de terceiro quanto ao corpo estranho deixado no ovário da recorrida.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Rebeca Mancini Pereira propôs *ação ordinária* contra Nely F. Aguiar de Castro e contra o Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A, para vê-los condenados a indenizar-lhe danos morais e materiais (fls. 2/11, 1ª vol.).

O MM. Juiz de Direito Dr. José de Aquino Perpétuo julgou procedente o pedido “para condenar Nely F. Aguiar de Castro e Hospital Geral Ortopédico de Brasília, já qualificados, a pagarem à suplicante, Rebeca Mancini Pereira, também qualificada, o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), com o acréscimo, a contar da citação, data em que incidiram em **mora solvendi**, dos juros de 1% (um por cento) ao mês, mais correção monetária, tendo como fator os índices do INPC” (fl. 218, 1ª vol.).

O Tribunal **a quo**, Relator o Desembargador Mario Machado, reformou a sentença, “reduzindo a indenização total a ser paga à autora pelas rés, solidariamente, para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)” — fl. 428, 3ª vol.

Lê-se no acórdão:

“Na espécie, o feito se apresentava em condições de receber julgamento antecipado, porquanto desnecessárias outras provas requeridas. Os documentos e laudos médicos juntados aos autos mostram-se suficientes para a solução da demanda.

A folha de internação de fl. 13 atesta a intervenção cirúrgica (parto cesáreo) realizada em 27.09.1993 pela primeira ré nas dependências do segundo réu. O laudo de ecografia feita em 29.05.1995 no Hospital Santa Lúcia (fl. 16) registra ‘imagem complexa no flanco e fossa ilíaca esquerda, medindo em torno de 13,6 x 12,8 cm. A critério clínico, fazer melhor avaliação com tomografia computadorizada. Ecograficamente, uma das possibilidades a serem consideradas é a de corpo estranho’. O exame específico procedido em 05.06.1995 confirmou a presença do corpo estranho: ‘volumosa massa heterogênea, bem delimitada, com halo hipercaptante, medindo cerca de

15,0 x 13,0 x 9,0 cm em seus maiores diâmetros, apresentando bolhas gasosas no seu interior, localizada em massa ílica e flanco esquerdo. O aspecto radiológico CID 1871.0/0' (fl. 17). Esse corpo estranho, retratado à fl. 19, foi retirado mediante intervenção cirúrgica. O laudo do exame do material remetido, procedido pelo Centro Integrado de Anatomia Patológica de Brasília Ltda, atesta: 'O material enviado consiste de fragmento irregular de tecido, de coloração branco-acinzentada e consistência elástica, medindo 12,5 x 11 x 1 cm, com áreas de aderência. Nota-se, ainda, em uma das extremidades segmento de trompa, medindo 9 x 2 cm, revestida por serosa espessada' (fl. 20)" — fls. 412/414, 3ª vol.

"Testemunhas, ou depoimentos pessoais, por evidente, não poderiam desmerecer as referidas provas técnicas, realizadas nas épocas dos fatos, e os prontuários médicos. Novas perícias diretas sequer seriam viáveis em face do decurso do tempo. Além do que não se apontou qualquer falsidade ou erro nas provas técnicas apresentadas nos autos e prontuários médicos" (fl. 414, 3ª vol.).

"O art. 1.521, III, do Código Civil, invocado pelo MM. Juiz como fundamento, também, da responsabilidade do segundo réu, hospital, comporta a interpretação extensiva que lhe foi outorgada. Não importa que a primeira ré, médica, que operou a autora, não seja empregada do segundo réu, hospital. Evidente que a médica, fazendo a cirurgia nas dependências do hospital, obrou no interesse econômico deste, que lucrou com a atividade desenvolvida. Além disso, a médica não operou sozinha. Toda cirurgia envolve equipe médica e auxiliar que, fornecida pelo hospital, fixa a responsabilidade deste" (fls. 417/418, 3ª vol.).

"Outro fundamento autônomo faz certa a legitimidade passiva do hospital, segundo réu. É que ele, irrecusavelmente e conforme a definição do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, é um fornecedor de serviços, equipamentos e medicamentos ao consumidor, mediante remuneração. A conta que se paga inclui esse fornecimento que, nos precisos termos do art. 14, **caput**, do Código de Defesa do Consumidor, impõe ao prestador o dever de responder, 'independentemente da existência de culpa', pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, fornecimento de pessoal, material e equipamentos" (fl. 419, 3ª vol.).

Decidindo o recurso especial interposto pelo Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A, o Relator, Ministro Menezes Direito, votou no sentido de anular a sentença, por cerceamento de defesa, "para que seja aberta a oportunidade ao recorrente de provar a culpa exclusiva de terceiro".

Em voto-vista, dele divergiu a Ministra Nancy Andrighi, ao fundamento de que “não é possível, nesta via especial, verificar se foram carregados aos autos elementos probatórios suficientes ao convencimento seguro do julgador, de forma a permitir o julgamento antecipado da lide, por demandar o reexame de prova vedado nos termos do enunciado da Súmula n. 7 do STJ”.

O Ministro Castro Filho, também em voto-vista, acompanhou o Relator.

O julgamento antecipado da lide não está à discrição do magistrado singular. Ao contrário, pode ser examinado tanto no âmbito da apelação quanto no do recurso especial. Por esse prisma, seguiria a conclusão do voto do Relator. Só não o faço porque me parece que a responsabilidade solidária do hospital, em casos dessa natureza, pressupõe a prova do nexos causal entre o ato de preposto seu e o resultado danoso, a cargo do autor da ação. A simples utilização de dependências e equipamentos do hospital não caracteriza esse nexos, nem mesmo a participação de empregados seus, *v.g.*, atendentes ou auxiliares de enfermagem, que, no ato cirúrgico, têm atuação secundária. A inversão do ônus da prova contra o fornecedor do serviço supõe que haja um nexos causal entre a respectiva prestação e o dano alegado. O esquecimento de um corpo estranho no útero da paciente da cirurgia só pode ser imputado ao médico.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar provimento para excluir da condenação o Hospital Geral e Ortopédico de Brasília S/A, condenando Rebeca Mancini Pereira a pagar-lhe honorários de advogado à base de 5% sobre o valor da causa.

RECURSO ESPECIAL N. 489.369-PR (2003/0002740-9)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrentes: Luiz Carlos Scherer e cônjuge

Advogados: Marcelo Leal de Lima Oliveira e outros e Rodrigo da Rocha Rosa e outros

Recorrida: Esso Brasileira de Petróleo Ltda

Advogados: Ildefonso J. Ceschin, José Luiz Ataíde e outros e Décio Flávio Gonçalves Torres Freire, Gustavo Andèrè Cruz e outros

Sustentação oral: Marcelo Leal, pelo recorrente, José Luís Ataíde, pelo recorrido

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Custas e honorários advocatícios. Litisconsórcio passivo. Princípio da proporcionalidade. Arts. 896 do CC/1916, e 23 do CPC.

I - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 23 do Código de Processo Civil, vem entendendo ser inaplicável, em honorários advocatícios, o princípio da solidariedade, salvo se expressamente consignado na sentença exequenda, que restou irrecorrida.

II - Caso não haja menção expressa no título executivo quanto à solidariedade das partes que sucumbiram no mesmo pólo da demanda, vige o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 896 do Código Civil/1916 (atual art. 265 do Código Civil atual).

III - Assim, inaplicável o princípio da solidariedade na condenação em custas e honorários advocatícios, pois o art. 23 do Código de Processo Civil é taxativo: “Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários *em proporção*”.

Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sr^a. Ministra Nancy Andrighi, 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 Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 1^a de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 28.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de recurso especial interposto por Luiz Carlos Scherer e cônjuge com esteio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, inconformados com acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,

que negou provimento à sua apelação, mantendo, **in totum**, sentença do Juiz de Direito da 7ª Vara Cível de Curitiba, que assim concluiu:

“Diante do exposto, julgo improcedentes os presentes embargos, condenando, de conseqüência, a parte-embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, com fundamento no art. 20, § 4º, fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).” (Fl. 42).

Ao apreciar a apelação, o Colegiado paranaense acordou no sentido da manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos, **verbis**:

“Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença de fls. 37/42 que em autos de embargos à execução de sentença, julgou-os improcedentes, condenando, de conseqüência, a parte-embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).”

(...)

“De fato, nos embargos declaratórios opostos às fls. 48/50 se pretendia aclarar o tema solidariedade em consonância com o enunciado do art. 23, do Código de Processo Civil e a decisão de fl. 51, em síntese incensurável, esclareceu que ‘a matéria questionada nos embargos, sobre a solidariedade, foi objeto de apreciação na decisão de fls. 1.198/1.214 nos Autos em apenso n. 587/1989. Toda a matéria essencial ao deslinde da questão fora apreciada’.

E o que disse a sentença sobre o tema solidariedade?

O seguinte, segundo os autos recadeiam:

‘Fiel ao princípio da sucumbência, condeno Comercial de Combustíveis Fronteira Ltda, Mário Luiz Abreu Scherer e Luiz Carlos Scherer e sua mulher Magdalena Fernandes Scherer ao pagamento das despesas processuais, inclusive honorários do Sr. Perito Judicial, bem como em honorários de advogado, que fixo em 15% sobre os valores das ações (Autos n. 706/1989 e 587/1989)’ (fl. 69, 3º parágrafo).

Essa decisão, o que é incontroverso, fez coisa julgada notadamente quanto à solidariedade, o que constitui truísmo, se define como a obrigação de cada devedor, individualmente ou conjuntamente com outros devedores satisfazer a obrigação que se lhes exige.

Em tal conjuntura, tem o credor o direito de ‘exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum’ (art. 904 do Código Civil).

E é óbvio que a decisão sobre os encargos da sucumbência não condicionou ou impôs entre os devedores vínculo no sentido de que todos e não individualmente, haveriam de honrar e cumprir a obrigação imposta pela sobredita decisão! (fls. 94/96) (grifos originais).

Foram opostos embargos declaratórios pelos ora recorrentes, asseverando que “Bem ao revés do anotado pela decisão recorrida (fl. 42) a sentença não estabeleceu a solidariedade, na extensão anunciada pela execução. Antes, limitou-a claramente à vinculação do imóvel dado em hipoteca”. (Fl. 57). Ao final, pugnaram pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, limitada à condenação nos limites da responsabilidade de cada qual.

Não obstante, os embargos restaram rejeitados, conforme se verifica do acórdão de fls. 119/122. Ainda não satisfeitos, os recorrentes opuseram novos embargos, reprisando a tese alusiva aos limites da responsabilidade de cada um dos executados, pugnando, mais uma vez, pela aplicação do princípio da proporcionalidade na condenação em honorários.

Também esses foram rejeitados.

No arrazoado do especial, Luiz Carlos Scherer e cônjuge reiteram que a responsabilidade que lhes incumbia estava circunscrita à vinculação do imóvel dado em hipoteca. Por isso, alegaram contrariedade aos arts. 23, 165, 458, II; 467, 468, 473, 515 e 535, II, do Código de Processo Civil, além do art. 896 do Código Civil.

Ao final, apontam dissenso jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 237/247.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Primeiramente, afastado a negativa de afronta ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois o Colegiado paranaense exauriu seu mister, ao rechaçar as teses suscitadas pelos ora recorrentes. O que houve não foi ausência de prestação jurisdicional traduzida em omissão, contradição ou obscuridade. Em verdade, a irresignação fomentada, no ponto, traduz mero inconformismo com o resultado da lide na Corte **a quo**.

Com relação à afirmada ofensa ao art. 23 do Código de Processo Civil, cumpre lembrar a fundamentação tecida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Desembargador Troiano Netto, que ao admitir o especial, assim se pronunciou:

“Efetivamente, decidiu com acerto o aresto vergastado ao dispor que não se pode, em sede de execução, modificar o decidido pela sentença exequenda. *Entretanto, na linha de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, somente nos casos em que a solidariedade dos vencidos esteja expressamente estipulada na sentença é que estes deixam de responder pelas custas e honorários em proporção, nos termos do art. 23 da Lei Adjetiva Civil. Não vejo, na parte transcrita da sentença exequenda, citação expressa acerca da solidariedade dos vencidos.*

(...)

Sendo assim, a meu ver, é aconselhável que a Corte Superior reveja a aplicação que o acórdão hostilizado atribuiu ao art. 23 do Código de Processo Civil, na hipótese examinada.” (Fls. 251/252)

Perfilhando a linha de raciocínio tecida pela decisão de admissão do recurso especial, é de se aplicar o enunciado da Súmula n. 83-STJ, a fim de que seja provido, neste particular, o presente recurso, pois a maciça jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem seguido caminho contrário ao escolhido pelo acórdão **a quo**.

Ademais, esta Corte Superior, ao interpretar o Código de Processo Civil, preferiu vê-lo de modo sistêmico, ocasião em que o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira foi preciso ao lecionar sobre o tema, quando, no julgamento do Recurso Especial n. 129.045-MG, de sua relatoria (DJ 06.04.1998), disse:

“Segundo ressalva parte da doutrina, são duas as hipóteses nas quais a condenação honorária e de despesas deveria ser solidária: nos casos de litisconsórcio necessário, por ser impossível a demanda individual, e naqueles em que há obrigação solidária ou indivisível entre os litisconsortes quanto ao objeto da demanda (**Sérgio Shione Fadel**, “Código de Processo Civil Comentado”, Vol. I, 4ª ed., Ed. Forense, pp. 106 e 107; **Hélio Tornaghi**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. I, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 173 e 174).

Esse entendimento, no entanto, não obstante a respeitável observação dos doutrinadores, não foi acolhido pelo ordenamento vigente. O Código de Processo Civil só prevê expressamente responsabilidade solidária pelo pagamento da condenação em honorários e despesas aos litisconsortes que se coligarem para lesar a parte contrária, nos termos do § 1º do art. 18. No mais, rege-se a matéria pelo princípio da proporcionalidade e não pelo da solidariedade, conforme dispões o art. 23: concorrendo diversos autores ou diversos réus, distribui-se entre os vencidos as despesas e honorários arbitrados

na sentença, na proporção do interesse de cada um na causa, ou do direito nela decidido. A propósito, confira-se o texto legal:

‘Art. 23. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários *em proporção*’. (Grifei).

Assim, **in casu**, uma vez que a presunção legal é contra a solidariedade, nos termos do art. 896 do Código Civil, e inexistindo regra específica a respeito, não há como se imputar tal gravame.”

No mesmo sentido:

“Processo Civil. Despesas e honorários de advogado. Litisconsórcio.

O Código de Processo Civil não adotou o princípio da solidariedade pelas despesas, mas, sim, o da proporcionalidade; a menos que a solidariedade seja estipulada expressamente na sentença, os vencidos respondem pelas custas e honorários em proporção. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 260.882-PR, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 13.08.2001)

Pode-se sintetizar, assim, que o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 23 do Código de Processo Civil, vem entendendo ser inaplicável o princípio da solidariedade, salvo se expressamente consignado na sentença exequenda. Caso não haja menção expressa no título executivo quanto à solidariedade das partes que sucumbiram no mesmo pólo da demanda, vige o princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 896 do Código Civil/1916 (atual art. 265 do Código Civil de 2002), que assim dispõe “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

Em conclusão, tenho, no caso, por inaplicável o princípio da solidariedade na condenação em custas e honorários advocatícios, pois o art. 23 do Código de Processo Civil é taxativo “Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários *em proporção*.”

Naquilo que não diz respeito à responsabilidade por honorários, não há como conhecer do recurso, ou por força de prevenção, como o assinalou o Tribunal de origem, ou por envolver matéria de prova.

Ante todo o exposto, conheço do recurso apenas no que concerne à responsabilidade por honorários e dou-lhe provimento, para limitar a execução alusiva às custas processuais e honorários advocatícios ao princípio da proporcionalidade, conforme assinalado.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi Recurso especial interposto por Luiz Carlos Scherer e outra fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: embargos do devedor opostos pelos recorrentes à execução fundada em sentença transitada em julgado, decorrente de ação de rescisão de contrato de arrendamento mercantil e comodato relacionado com a construção e exploração de posto de combustível, propostas, tanto a ação principal quanto a execução, pela recorrida, Esso Brasileira de Petróleo Ltda, contra os recorrentes e outros.

Sentença: pedido dos embargos do devedor julgado improcedente.

Acórdão: apelação dos recorrentes não provida, com a seguinte ementa:

“Apelação cível. Execução. Título judicial. Embargos. Excesso de execução. Inexistência. Questões explícita e devidamente apreciadas pelo juízo da execução. Recurso desprovido.

Os autos não demonstram qualquer excesso na execução que se promove contra os apelantes, não encontrando eco suas pretensões aduzidas no recurso, cumprindo, isto sim, satisfazer o que indubitavelmente lhe impôs a Justiça.” (Fl. 94)

Rejeitados os embargos de declaração interpostos pelos recorrentes, eles interpuseram novos embargos de declaração, de igual forma rejeitados.

Recurso especial: os recorrentes alegam:

I - quanto à rejeição dos embargos de declaração, ofensa aos arts. 165, 458, II; 515 e 535, II, do CPC;

II - quanto à coisa julgada, ofensa aos arts. 467, 468 e 473 do CPC, pois se ampliou, em sede de execução, a condenação dos recorrentes, uma vez que, na sentença transitada em julgado, a responsabilidade dos recorrentes estava “limitada ao valor do bem dado em garantia hipotecária, inclusive em relação ao valor estipulado a título de honorários advocatícios e custas processuais” (fl. 192);

III - ofensa ao art. 23 do CPC e divergência jurisprudencial, porque não houve “condenação solidária das partes [na sentença transitada em julgado] no que diz respeito aos honorários de advogado e custas processuais” (fl. 195 — nota inexistente no original).

O ilustre Ministro-Relator Ministro Castro Filho conheceu em parte do recurso especial e, nessa, deu-lhe provimento para limitar a execução alusiva às custas processuais e honorários advocatícios ao princípio da proporcionalidade.

Reprisados os fatos, decido.

I - Da rejeição dos embargos de declaração

Os recorrentes, em ambos os embargos de declaração que interpuseram perante o TJPR, pretenderam, tão-somente, a modificação da conclusão do acórdão recorrido no que se refere à extensão da obrigação deles ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, impõe-se registrar que simples pretensão de modificação do entendimento adotado pelo órgão julgador não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

II - Da coisa julgada

Conforme se percebe da leitura da parte dispositiva da sentença transitada em julgado (infratranscrita), a limitação da responsabilidade dos recorrentes ao valor do imóvel dado em garantia hipotecária ocorreu, tão-somente, em relação à dívida principal, motivo pelo qual houve coisa julgada quanto ao ponto.

Outrossim, assinale-se que a condenação dos recorrentes ao pagamento da dívida principal decorreu de inadimplemento de obrigações contratuais, nas quais já havia a previsão de limitação da responsabilidade dos recorrentes, e a condenação ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios teve fonte diversa, ou seja, decorreu da sucumbência no processo.

III - Da proporcionalidade no valor da condenação das despesas processuais e honorários advocatícios

O ponto central do presente recurso especial consistem em aferir se deve ser observado o princípio da proporcionalidade insculpido no art. 23 do CPC em relação à condenação dos recorrentes-devedores ao pagamento dos ônus sucumbenciais ocorrida na sentença transitada em julgado, a qual amparou a propositura da presente execução.

A parte dispositiva da sentença transitada em julgado teve o seguinte teor:

“Ex positis, hei por bem em julgar improcedentes os pedidos constantes dos Autos n. 587/1989 e procedentes os pedidos feitos nos Autos n. 706/1989, para o fim de decretar a rescisão dos contratos firmados entre Comercial de Combustíveis Ltda e Esso Brasileira de Petróleo Ltda, reconhecendo a culpa daquela (...) no inadimplemento contratual, com a consequente condenação de Comercial de Combustíveis Ltda e Esso Brasileira de Petróleo Ltda, Mário Luiz Abreu Scherer e Luiz Carlos Scherer e sua mulher,

Magdalena Fernandes Scherer ao pagamento do financiamento, acrescido de correção monetária, multa contratual e juros de mora, multa, bem como na multa convencional constante do contrato de promessa de compra e venda mercantil, também com correção monetária e juros de mora até final pagamento.

Atento ao fato de que a responsabilidade de Luiz Carlos Scherer e sua mulher, Magdalena Fernandes Scherer limita-se à vinculação do imóvel dado em hipoteca, verbas a serem apuradas em liquidação de sentença.

Fiel ao princípio da sucumbência, condeno Comercial de Combustíveis Ltda e Esso Brasileira de Petróleo Ltda, Mário Luiz Abreu Scherer e Luiz Carlos Scherer e sua mulher, Magdalena Fernandes Scherer ao pagamento das despesas processuais, inclusive honorários do Sr. Perito Judicial, bem como em honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre os valores das ações” (fls. 1.213/1.214 do apenso 7 — grifado).

Em suma, impõe decidir se a limitação da condenação dos recorrentes, constante no segundo parágrafo supratranscrito, referente à condenação principal (primeiro parágrafo), acarreta a aplicação do princípio da proporcionalidade no tocante à obrigação dos recorrentes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (terceiro parágrafo).

A mencionada limitação existente na sentença afasta a aplicação do regime jurídico da solidariedade passiva no tocante à obrigação dos recorrentes ao pagamento da dívida principal, pois tal regime jurídico pressupõe a regra de que cada coobrigado pode ser compelido a satisfazer totalmente a prestação.

O regime jurídico da solidariedade passiva, inaplicável sobre a obrigação dos recorrentes ao pagamento da dívida principal, mostra-se, de igual forma, inaplicável sobre a obrigação ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, pois esta obrigação é acessória em relação àquela, e inexistiu disposição expressa na sentença quanto ao ponto.

Portanto, correta a aplicação do princípio da proporcionalidade, insculpido no art. 23 do CPC, determinada pelo ilustre Relator Ministro Castro Filho.

Forte em tais razões, acompanho o ilustre Ministro-Relator, para conhecer parcialmente e, nessa parte, dar provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 509.300-SC (2003/0002339-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Paulo César Trindade D'ávila

Advogados: Miguel Ângelo Barros da Silva e Gustavo do Vale Rocha e outros e Renato Oliveira Ramos

Recorrida: Paula Gesta Marcolla

Advogados: Milton Coelho e outro

EMENTA

Civil. Separação consensual. Partilha. Bens sonegados. Sobrepartilha. Causa de pedir. Prescrição.

O nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição da sua natureza jurídica, que tem a sua definição com base no pedido e na causa de pedir, aspectos decisivos para a definição da natureza da ação proposta. Precedentes.

O prazo prescricional da ação de sonegação de bens em partilha de separação consensual, é regulada pelo art. 177 do Código Civil. Precedentes.

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 do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 28 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Paulo César Trindade D'ávila interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de ação anulatória de acordo de separação, alterou de ofício o nome da ação e afastou a preliminar de prescrição.

Para o agravante, a causa de pedir da ação principal é o vício de consentimento no acordo homologado por sentença. A mazela resultaria de dolo e simulação. Sua declaração somente poderia ser perseguida por ação anulatória (já prescrita), jamais em processo de sobrepartilha. Assim, não poderia o magistrado alterar o pedido, a fim de adequar juridicamente os fatos ao pedido formulado na ação principal.

A prova do vício de consentimento seria condição **sine qua non** para a procedência da ação por ela proposta, por isso que o nome da ação não poderia ter sido modificado. Alegou que a prescrição é quadrienal (CC, art. 178, § 6º, V), não-vintenária (CC, art. 177).

O efeito suspensivo pretendido foi negado, ao fundamento de que a prescrição é vintenária, e de que é justificável a alteração determinada pelo juiz. Tal alteração não interfere na necessidade de a agravada comprovar o erro ou o dolo na declaração de inexistência de outros bens a serem partilhados na separação amigável (fls. 92/93).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao agravo de instrumento, em acórdão assim ementado:

“Processual Civil e Civil. Pedido e causa de pedir. Interpretação. Separação consensual. Partilha. Bens sonogados. Sobrepartilha. Prescrição.

I - O pedido e a causa de pedir, enfim, aquilo que a parte pretende obter com a ação, devem ser inferidos a partir de inteligência lógica e sistêmica da petição inicial. O juiz não deve ficar algemado a indiferentes ou mesmo equivocados vocábulos esparsos e dissociados do resultado pretendido, evidenciado pela contextura fática e jurídica colocada sob sua apreciação, ou menos ainda ao ranço imanentista do **nomen juris** com o qual o autor rotulou a ação.

II - A pretensão à sobrepartilha de bens não arrolados na partilha homologada em ‘ação de separação consensual’ prescreve no prazo vintenário do art. 177 do Código Civil.

III - Recurso improvido.” (Fl. 107)

Houve oposição de embargos de declaração (fls. 112/119). Foram, entretanto, rejeitados (fls. 134/137).

Veio o recurso especial (alíneas **a** e **c**) queixando-se de ofensa aos arts. 2º, 128, 264 e 460 do CPC, 178, § 9º, V, **b**, do Código Civil Beviláqua. Aponta dissídio jurisprudencial.

O recorrente afirma, em suma, que o juiz, ao alterar o nome da ação principal, acabou por alterar a causa de pedir, o que é vedado pelo Código de Processo Civil.

Sustenta que em ação anulatória de partilha fundada em vício de consentimento, o prazo prescricional é de quatro anos, e não de vinte anos como decidiu o Tribunal **a quo**.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, traz precedentes no sentido de que a prescrição da ação anulatória de partilha de bens decorrentes da separação judicial é quadrienal.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 206/211).

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Benedito Izidro da Silva, opinou pelo não-conhecimento do recurso (fls. 340/341).

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O Tribunal **a quo** entendeu que não se trata de ação de nulidade de partilha, mas sim de sobrepartilha, já que determinados bens foram sonegados à partilha, hipótese em que a prescrição é vintenária.

A petição inicial (fls. 18/26) afirma que a pretensão não era de nulidade da partilha, mas de que bens sonegados, dolosamente, na partilha fossem corretamente divididos, porque foram adquiridos na constância do casamento, sem o conhecimento da recorrida.

O voto condutor do acórdão recorrido disse: “Na espécie, de uma leitura algo intenta da inicial da ‘ação anulatória’ extraio pretender a agravada obter metade das cotas sociais das empresas ‘Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda’ e ‘Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda’, que, à época da separação, pertenciam ao casal, pretensão fundada não nos alegados dolo e simulação na sonegação de bens, mas sim na sonegação em si.” (Fl. 109).

Não houve alteração da causa de pedir. A ora recorrida, claramente, reclamou da sonegação dos bens, por conseguinte, o juiz não decidiu fora dos limites em que foi proposta a lide, bem como a adequação da ação decorreu da análise do pedido e da causa pedir.

Com efeito, o STJ, em vários precedentes já proclamou que o nome atribuído à ação é irrelevante para a aferição da sua natureza jurídica. Esta se define com base no pedido e na causa de pedir, aspectos decisivos para a definição da natureza da ação proposta e para a prestação jurídica. Nesse sentido: REsp n. 436.813/Gonçalves; REsp n. 481.761/Direito; REsp n. 100.766/Sálvio.

De outra parte, o recorrente alega prescrição da ação de anulação de partilha.

A hipótese dos autos é de ação de sonegação de bens na partilha, cuja prescrição é fixada pelo art. 177 do Código Civil Beviláqua, e não pelo art. 178, § 9^a, I. Diz o art. 177:

“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.”

O STJ, em casos análogos já decidiu que a prescrição em tal hipótese é regulada pelo referido dispositivo legal, a exemplo, cito: REsp n. 26.650/Athos Carneiro, e REsp n. 330.953/Scartezzini.

O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado analiticamente (art. 255 do RISTJ). É que o tema abordado no acórdão recorrido (sobrepartilha de bens sonegados) não guarda semelhança com os paradigmas oferecidos pelo recorrente (prescrição da ação de anulação de partilha).

Não conheço do recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: O recorrente interpôs agravo de instrumento nos autos de ação anulatória de acordo de separação por vício de consentimento, cumulada com sobrepartilha.

O juiz rechaçou a alegação preliminar de prescrição ao fundamento de que “segundo a peça vestibular, o patrimônio foi amealhado pelos litigantes, na constância do seu consórcio civil, celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens. Logo, objetivou-se sua omissão na partilha, configurando-se sonegação. Dest’arte (**sic**), se fosse o caso de argumentar com o instituto da prescrição, deveria sê-lo com a vintenária, amparada pelo dispositivo 177 do diploma civil codificado” (fl. 87).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina desproveu o agravo. Esclareceu o acórdão que a recorrida ajuizou ação que denominou anulatória de acordo de separação por vício de consentimento, cumulada com sobrepartilha, alegando

que o agravante sonegou da partilha as cotas sociais de uma empresa da qual era e é proprietário. Identificou dolo e simulação. Com esse cenário admitido, considerou o Tribunal local que o “juiz não deve ficar algemado a indiferentes ou mesmo equivocados vocábulos esparsos e dissociados do resultado pretendido, evidenciado pela contextura fáctica e jurídica colocada sob sua apreciação, ou menos ainda ao ranço imanentista do **nomen juris** com o qual o outro rotulou a ação” (fl. 109). Para o acórdão, “de uma leitura atenta da inicial da ‘ação anulatória’ extraio pretender a agravada obter metade das cotas sociais das empresas ‘Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda’ e ‘Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda’, que, à época da separação, pertenciam ao casal, pretensão fundada não nos alegados dolo e simulação na sonegação de bens, mas sim na sonegação em si, afinal, o que ela reclama não decorre dos alegados dolo e simulação; decorre, isso sim, da sonegação” (fl.109), afirmando que não há alteração da causa de pedir.

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

O eminente Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, não conheceu do especial na trilha aberta pelo parecer do Subprocurador-Geral da República.

Pedi vista para melhor examinar os termos em que deduzida a inicial.

Sem dúvida, a recorrida denominou sua ação de anulatória de partilha por vício de consentimento e expressamente indicou que “alguns fatos que ocorreram no processo, (...), não espelham a verdade, vindo a emergir fatos caracterizados com dolo e simulação (...)” (fl. 19). Afirma a autora que na separação consensual o Ministério Público requereu que viesse ao processo a partilha de bens imóveis do casal, “haja vista que tal partilha não constava da inicial” (fl. 19). Em resposta ao despacho do juiz que deferiu o pedido, “o procurador dos Requerentes, (...), na época do fato, veio aos autos informando que ‘os cônjuges não possuem bens imóveis’ — grifo nosso —, sendo dada a continuidade necessária para o feito” (fl. 19), transitando em julgado a sentença de divórcio em 17.06.1992. Ocorreu, continua a narrativa da inicial, que no decorrer do ano de 1999, “a requerente veio a tomar conhecimento de que fora, drasticamente, lesada pelo requerido, bem como por seu procurador na época(...)” (fl. 20). De fato, verificou a autora da ação que o ex-marido, na constância do casamento, adquiriu uma empresa, sendo que um dos sócios era exatamente o procurador que declarou não haver bens imóveis, além de outra empresa, também do ramo imobiliário, com patrimônio em imóveis de acordo com os registros existentes nos cartórios competentes. Afirma que houve dolo, invocando os arts. 92 e 94 do Código Civil 1916, “para induzir a requerente a sair de uma sociedade matrimonial sem o seu quinhão de direito, ou seja, 50% (...) dos bens adquiridos na constância do casamento” (fl. 23).

Na verdade, a figura do dolo está no contexto da inicial para reclamar a sobrepartilha de patrimônio existente à época da ruptura do vínculo conjugal, deixando claro que, efetivamente, “devido à omissão dos bens imóveis, na ação de separação, a requerente foi extremamente prejudicada, sendo que o requerido desfruta de um padrão de vida extremamente confortável — periódicos inclusos —, enquanto que a requerente vive em situação humilde, e muitas vezes dependendo da ajuda de familiares, não desfrutando do que lhe caberia de direito” (fl. 23). E conclui pedindo que “seja apresentado novo plano de partilha de bens, atribuindo a requerente 50% (...) dos bens, incluindo todos os bens do casal, inclusive os bens e valores que foram objeto das ações citadas” (fl. 26).

Ora, sem a menor dúvida, a causa de pedir e o pedido estão vinculados à omissão de patrimônio existente na época da dissolução, o que configura pedido de sobrepartilha, pouco relevando o nome mencionado na abertura da petição inicial. O que se verifica, afinal, é que não há vício na partilha e sim no comportamento do recorrente que não levou bens que já pertenciam ao casal, reclamando, assim, sobrepartilha.

Esta Corte, como mostrou o Relator, tem inúmeros precedentes na direção do acórdão: REsp n. 403.142-SP da minha relatoria, DJ 07.06.2004; REsp n. 31.187-RJ, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 15.05.1995; REsp n. 169.404-RJ, da minha relatoria, DJ 24.05.1999; REsp n. 100.766-SP Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16.08.1999; REsp n. 392.599-CE, Relator Ministro Fernandes Gonçalves, DJ 10.05.2004.

Com essas razões, acompanho o voto do Relator e também não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 590.512-MG (2003/0170643-1)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
 Recorrente: Supermercado Bahamas Ltda
 Advogados: Décio Flávio Gonçalves Torres Freire e outros
 Recorrido: Carlos Alberto de Almeida Braga
 Advogados: Arlindo Ambrosio Filho e outro

EMENTA

Dano moral. Recusa da empregada do supermercado em aceitar o cartão de cliente especial. Aborrecimento. Ausência de atitude que justifique a condenação.

1. O simples aborrecimento causado pela funcionária do caixa que recusou o cartão de cliente especial fornecido pelo estabelecimento, nas circunstâncias dos autos, não tem força para justificar a condenação por dano moral.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Supermercado Bahamas Ltda interpõe recurso especial, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

“Recurso de apelo. Ação de indenização. Danos morais. Ato ilícito demonstrado. Fato impeditivo. Prova. Ônus do réu. Inteligência art. 333, II, CPC. **Quantum** indenizatório.

Restando incontroversa a existência do fato constitutivo do direito do autor e alegando o réu, em sua contestação, fato impeditivo, a regra inverte-se, incumbindo a este último o ônus da prova de tal fato.

Presentes os elementos ensejadores do dever de indenizar, consistentes no dano suportado pela vítima, na conduta culposa do agente e no nexo causal entre os dois primeiros, deve ser julgada procedente a pretensão ressarcitória.

Na valoração da verba indenizatória a título de danos morais, deve-se levar em conta a dupla finalidade da reparação, buscando um efeito repressivo e pedagógico e propiciar à vítima uma satisfação, sem que isto represente um enriquecimento sem causa.” (Fl. 112)

Aponta o recorrente dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados, também, desta Corte no sentido de que “o simples transtorno ocorrido em estabelecimento comercial, *que não configure abalo ao crédito do autor, e sim mero aborrecimento cotidiano, não é suficiente para gerar o dano moral*” (fl. 129)

Alega que, “caso observada a responsabilidade da recorrente frente ao alegado evento danoso, o que se cogita meramente para se argumentar, tem-se que manifesto o exagero da fixação do **quantum** indenizatório” (fl. 131) e que “o valor da indenização por dano moral não pode escapar do controle do Superior tribunal de Justiça” (fl. 131).

A propósito do princípio da eventualidade, aduz violação do art. 159 do Código Civil de 1916, afirmando que houve culpa concorrente do recorrido e que tal questão, “nas hipóteses de culpa recíproca, já vem sendo adotada pelos tribunais pátrios, onde se determina a redução, pela metade, da condenação” (fl. 135).

Sem contra-razões (fls. 152/153), o recurso especial (fls. 127 a 137) não foi admitido (fls. 154/155), tendo seguimento por força de agravo de instrumento provido (fl. 98/apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrido ajuizou ação de indenização por danos morais alegando que lhe foi oferecido, pelo réu, cartão de cliente especial; que ao efetuar compras no estabelecimento do réu, o referido cartão não foi aceito, sem qualquer explicação; que pediu na mesma ocasião, que fosse aceito cheque pré-datado para 13.02.2001, também recusado, provocando situação humilhante, porquanto não dispunha de outro meio para pagar as compras, sendo obrigado a devolvê-las; que por meio do Procon obteve a informação de que houve equívoco do réu.

A sentença julgou improcedente o pedido. Afirmou o juiz que a “atitude afoita do autor em não esperar a efetivação da regularização de seu cadastro é ato seu com risco próprio, que não pode ser imputada à conduta zelosa da empresa-ré” (fl. 91).

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais proveu a apelação para condenar o supermercado-réu no pagamento de indenização em valor equivalente a 20 salários mínimos. Considerou o acórdão que não existe nos autos nenhuma prova de que o autor tenha sido advertido de que somente poderia utilizar o crédito após a regularização do cadastro, sendo certo que, em 09.02.2001, o

autor entregou o documento faltante. Considerou, ainda, que o autor estava “de posse do cartão ‘cliente especial’, sem qualquer ressalva para sua utilização, tendo ele cumprido todas as exigências que lhe foram impostas, não se justificando, portanto, a conduta do supermercado-recorrido” (fl. 119). Justificou o dano moral entendendo que “na hipótese dos autos, a existência do dano moral é patente, pois decorre ele do injusto constrangimento experimentado pelo lesado, devendo ser compreendido em seu conteúdo, que é a dor, o espanto, a emoção, a injúria física ou moral sofrida” (fl. 121). Na mesma toada, afirmou não haver como negar “a ocorrência de constrangimento e vergonha advindos do fato de estar o apelante diante de seus filhos e estranhos, e, ao fazer compra de gêneros alimentícios, ver-se impedido de levar a cabo sua pretensão, passando por mau pagador, sendo submetido à extrema humilhação” (fl. 121).

Estou acolhendo o especial pelo dissídio. O fato objetivo é a recusa do estabelecimento em aceitar cartão de cliente especial emitido pelo estabelecimento-réu no dia anterior às compras. Ora, venhamos e convenhamos que o simples transtorno causado pelo fato, o aborrecimento diante da recusa da aceitação do cartão, tendo sido efetuado o pagamento das mercadorias com o cartão de crédito da mãe do autor, não é capaz de gerar dano moral. O fato de ter havido a recusa diante da mulher e dos filhos e na fila de clientes é insuficiente, pela simples razão de que a recusa do cartão emitido pela loja não conduz, nem no imaginário, à consequência de ser o portador pessoa inadimplente que não cumpre suas obrigações. Não há nos autos nenhuma circunstância que demonstre ter a empregada imposto humilhação, vexame ao autor. O acórdão ficou impressionado com a ausência da prova de que teria sido o autor avisado da necessidade de aguardar a regularização do cadastro para a compra com o cartão. Mas reconheceu que o autor entregou documento faltante na véspera da compra.

O desentendimento dentro da loja, sem que haja alguma forma de comportamento ofensivo por parte dos empregados, não acarreta dano moral.

Não vislumbrando, tal e qual o Magistrado de 1º grau, nenhum ato capaz de justificar o dano moral, eu conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 594.486-MG (2003/0176901-2)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: MRV — Serviços de Engenharia Ltda

Advogados: Fabiana Corrêa Sant'anna e outros

Recorrida: Hercília Maria Americano das Dores

Advogada: Maria Etelvina Câmara Santos

EMENTA

Rescisão contratual. Promessa de compra e venda de imóvel. Devolução de importâncias pagas. Direito de retenção. Súmula n. 7-STJ. Juros de mora. Data da citação. Art. 406 do Código Civil de 2002. Aplicabilidade.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está hoje pacificada no sentido de que, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda, inclusive por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização da promitente-vendedora com as despesas decorrentes do próprio negócio.

II - Havendo a Corte de origem fixado o percentual a ser retido tendo por suporte o acervo fático-probatório da causa, sua alteração esbarra no óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

III - Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil.

Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Hercília Maria Americano das Dores propôs “ação de desconstituição de contrato e restituição de numerário” em relação a MRV — Serviços de Engenharia Ltda, alegando, em síntese, que celebrou com a ré um contrato de promessa de compra e venda de um imóvel, porém, pagas 32 das 72 parcelas avençadas, não teve mais condições de continuar a pagá-las.

Diante de tal situação, procurou a ré com o objetivo de rescindir o contrato, oportunidade em que foi informada que receberia valor considerado ínfimo em relação ao montante pago, e ainda parcelado em 12 (doze) vezes.

Relata a autora que, em face da intransigência da ré, procedeu à sua notificação extrajudicial e, sem outra alternativa, propôs a ação com objetivo de ver-se restituída das importâncias pagas durante a relação contratual.

O MM. juiz singular julgou procedente o pedido, vindo a decisão a ser confirmada pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, por acórdão assim ementado:

“Promessa de compra e venda de imóvel. Restituição de prestações pagas. Comprador inadimplente. Codecon. Direito de retenção. Juros de mora. Correção monetária.

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, ocorrendo inadimplência involuntária do promitente-comprador, pode o mesmo pleitear a rescisão do contrato com a restituição da quantia paga, devidamente atualizada, desde cada reembolso e acrescida de juros, a partir da citação, autorizada a retenção, na espécie, de dez por cento (10%) do valor pago, em razão do descumprimento do contrato.”

Inconformada, a ré interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando violação ao art. 405, cumulado com o 398 do Código Civil em vigor, e 1.062 do Código Civil de 1916, além de divergência jurisprudencial em relação aos juros.

O recurso foi admitido, na origem, apenas no tocante à aplicação do dispositivo do “novo” Código Civil ao caso, haja vista uma possível ofensa ao princípio da irretroatividade das leis.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Trata-se, na origem, de ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição das parcelas pagas, tendo

por objeto promessa de compra e venda de um apartamento, na qual a recorrida demonstrou que a recorrente estava impondo condições excessivamente desvantajosas para proceder à devolução das parcelas pagas durante a vigência da relação contratual. Em face disso, propôs a presente ação e o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, confirmando a sentença, determinou a devolução das quantias pagas, acrescidas de juros de mora a contar da data da citação, calculados segundo a regra do art. 406 do novo Código Civil, assegurando-se à recorrente a retenção de 10% (dez por cento) do valor pago, a título de indenização pelo desfazimento do contrato.

Em seu arrazoado, a recorrente alega que o percentual fixado pelo Tribunal de origem, a título de indenização, é insuficiente para fazer frente às perdas e danos sofridos e colide com julgados deste Tribunal em casos análogos, afirmando ser adequado para o caso o percentual, no mínimo, de 20% (vinte por cento). Sustenta mais, não serem devidos juros de mora e, mesmo que fossem, somente poderiam ser cobrados a partir da citação em vindouro processo de execução e, ainda assim, deveriam ser calculados segundo a regra do art. 1.062 do Código Civil de 1916, vigente à época da contratação, e não segundo o art. 406 do Código atual, como determina o acórdão recorrido.

No caso ora em análise, ao contrário do que afirma o recorrente, não há dissídio jurisprudencial a autorizar a revisão da controvérsia por este Sodalício.

Conforme esta Corte tem reiteradamente afirmado, o valor a ser retido pela construtora deve ser mensurado de acordo com a situação fática verificada no caso concreto, não havendo percentual pré-definido que possa, de maneira uniforme e genérica, ser aplicado a todos os casos de rescisão de contratos de promessa de compra e venda de imóvel. Desse modo, a redefinição do valor a ser retido torna imprescindível a incursão no acervo fático-probatório da causa, expediente que esbarra no óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

Acerca do tema, confirmam-se, entre inúmeros outros, o Ag n. 451.134-MG, de minha relatoria, DJ 07.11.2003, e o Ag n. 553.067-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.02.2004, REsp n. 545.708-MG, e Ag n. 589.349-RJ, Relatora de ambos Ministra Nancy Andrighi, publicados respectivamente no DJ 28.11.2003 e 06.08.2004, este último assim ementado:

“Civil e Processual Civil. Agravo de instrumento. Promessa de compra e venda de imóvel. Inadimplência do promitente-vendedor. Rescisão contratual. Retenção de parcelas pagas e denúncia da lide. Interpretação de cláusula contratual. Reexame de prova. Impossibilidade.

São vedados a interpretação de cláusula contratual e o reexame do acervo fático-probatório do processo em sede de recurso especial.

Na restituição das prestações pagas, é devida correção monetária desde o desembolso. Precedentes.

Vencido o autor em um dos três pedidos formulados, há sucumbência recíproca. Precedentes.

Agravo conhecido em parte para dar parcial provimento ao recurso especial.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.”

É de se ressaltar não ter havido, no presente caso, ocupação do imóvel. Nesses casos, são inúmeros os julgados que têm por adequado o percentual de 10% a ser retido pela construtora, são exemplo: REsp n. 331.330-RJ, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 28.06.2002, REsp n. 292.942-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.04.2001, e AgRg no REsp n. 244.625-SP, de minha relatoria, DJ 25.02.2002, cuja ementa tem a seguinte redação:

“Civil. Promessa de compra e venda. Rescisão. Devolução de parcelas pagas. Proporcionalidade. CC, art. 924.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está hoje pacificada no sentido de que, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda, inclusive por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização da promitente-vendedora com as despesas decorrentes do próprio negócio, tendo sido estipulado, para a maioria dos casos, o quantitativo de 10% (dez por cento) das prestações pagas como sendo o percentual adequado para esse fim.

II - É tranqüilo, também, o entendimento no sentido de que, se o contrato estipula quantia maior, cabe ao juiz, no uso do permissivo do art. 924 do Código Civil, fazer a necessária adequação.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

Também não procede a irresignação quanto à data de início de incidência dos juros moratórios, porquanto corretamente definida como sendo a da data da citação efetuada nos autos do processo de conhecimento. Nesse sentido:

“Rescisão de contrato de compra e venda, com indenização. Descumprimento do prazo para entrega do imóvel. Juros moratórios. Contagem do prazo. Precedentes da Corte.

1. Tratando-se de responsabilidade contratual, clara no caso, os juros moratórios são contados da citação.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (REsp n. 576.173-MS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.08.2004)

“Contrato de prestação de serviços. Desistência. Devolução do sinal pago. Correção monetária. Juros de mora. Honorários advocatícios. Retenção parcial pretendida pelo fornecedor.

Em se tratando de devolução de quantia determinada, a correção monetária deve ser plena, ou seja, contada desde quando ocorrido o desembolso.

Nas hipóteses de responsabilidade contratual, os juros de mora contam-se a partir da citação.

Encargos sucumbenciais atribuídos à ré por força do disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC.

Dissídio interpretativo não caracterizado quanto à pretendida restituição apenas parcial do **quantum** pago pela autora.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido apenas para que os juros moratórios fluam a contar da citação.” (REsp n. 327.378-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 04.02.2002)

Resta à análise a regra a ser aplicada no caso dos juros moratórios, no que concerne ao percentual. Quanto ao tema, o acórdão combatido assim dispôs:

“Por outro lado, entendo que os juros de mora são devidos a partir da citação feita nesta ação de conhecimento e não em eventual ação de execução e, como não houve nenhuma estipulação a respeito de seu percentual, devem ser fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, conforme dispõe o art. 406 do novo Código Civil.”

A recorrente, por seu turno assevera:

“Noutro giro, na eventualidade de ser mantida a condenação ao pagamento de juros, estes deverão obedecer à regra aplicável à data da citação, qual seja, o art. 1.062 do Código Civil de 1916, não se podendo pretender, como quer o acórdão recorrido, que se aplique a nova regra do art. 406 do Código Civil, de forma retroativa.”

Tenho que a irresignação merece ser acolhida, em parte.

Como os juros de mora são regulados por normas de direito material, a regra geral é que as decisões judiciais a seu respeito devem se orientar pela lei vigente à data em que passaram a ser exigíveis, ou seja, à época de seus respectivos vencimentos. Logo, tendo a citação da recorrente se dado na vigência do Código Civil revogado, em princípio, os juros devem sujeitar-se à regra do art. 1.062 do referido diploma. Todavia, com o advento do novo Código Civil, aquele

dispositivo de lei deixou de existir, passando a matéria a ser disciplinada pelo art. 406 da novel codificação.

Diante disso, e também, principalmente, do fato de os juros moratórios renovarem-se mês a mês, já que prestação de trato sucessivo, tenho que, no caso concreto, devem ser regulados, até 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002, pelo art. 1.062 do Código de 1916, e, a partir de então, pelo art. 406 do atual Código Civil. Qualquer outra solução que se pretendesse dar ao caso acarretaria a aplicação ultra-ativa do Código Civil revogado, ou então a retroatividade dos comandos do novo Código, o que seria inadmissível.

É de se ter presente que a taxa de juros moratórios, à luz do antigo e do novo diploma civil, quando não convencionada, é a legal. Se é a legal, é a da lei em vigor à época de sua incidência.

Este também é o entendimento esposado, à unanimidade, pela egrégia Primeira Turma deste Sodalício, como demonstram os julgados cujas ementas seguem abaixo transcritas:

“Processual Civil. Tarifa de energia elétrica. Portarias ns. 38 e 45, de 1986. DNAEE. Ilegalidade. Inclusão dos expurgos inflacionários. Índice de fevereiro de 1991. 21,87%. Juros de mora. **Dies a quo**. Citação. Novo Código Civil. Art. 406.

I - Encontra-se pacificado no âmbito desta Corte que a correção monetária para os valores a serem compensados inclui os expurgos inflacionários, tendo como indexador, relativamente ao período de fevereiro de 1991, o IPC, no percentual de 21,87%.

II - Os juros de mora devem ser fixados na base de 6% ao ano, contados a partir da citação, até o advento do novo Código Civil quando serão calculados nos termos do art. 406 do diploma substantivo.

III - Agravo regimental improvido.” (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp n. 556.068-PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 16.08.2004)

“Embargos de declaração da empresa-autora: ocorrência de omissão. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Correção monetária e juros de mora.

1. Não constando, na decisão embargada, esclarecimentos acerca da correção monetária e dos juros de mora, há que se ter como procedentes os aclaratórios para tal finalidade.

2. Devem ser incluídos na condenação os reflexos da ausência parcial de correção monetária nas diferenças pertinentes aos juros, dividendos e

bonificações, proporcionalmente reduzidos em função da aplicação a menor da atualização monetária, bem como que os juros de mora devem ser calculados em 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 (novo Código Civil) e, a partir daí, calculados nos termos do art. 406 do novo diploma civil.

3. (...);” (EDcl no REsp n. 528.547-RJ, Relator Ministro José Delgado, DJ 1ª.03.2004)

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para determinar que os juros de mora sejam regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil.

É o voto.

EMENTA

Direito Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão. Devolução das parcelas pagas. Percentual retido. Precedentes. Despesas da empresa promitente-vendedora. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Juros de mora. Termo **a quo**. Citação no processo de conhecimento. Precedentes. Citação quando em vigor o Código Civil de 1916. Aplicação até a sua revogação. Após, incidência do art. 406 do novo Código Civil. Obrigação sucessiva.

I - Esta Corte tem decidido que, a fim de evitar enriquecimento injusto de uma das partes, deve a promitente-vendedora reter 10% do valor total das parcelas pagas, monetariamente corrigido, para pagamento de encargos por ela suportados.

II - A retenção de tal percentual visa ressarcir a promitente-vendedora pelas despesas administrativas, cuja revisão do montante está vinculada à análise do suporte fático-probatório dos autos. Aplicável a Súmula n. 7-STJ.

III - Em caso de responsabilização por ilícito contratual, a jurisprudência desta Corte fixou na citação da ação de conhecimento o termo inicial para a cobrança dos juros moratórios.

IV - O pagamento de juros moratórios é obrigação de trato sucessivo, incidindo a taxa prevista na lei vigente à época de seu vencimento.

V - Diante disso, referente aos juros de mora, aplicável o antigo Código Civil até sua revogação, quando passará a incidir o art. 406 do Código Civil atual.

VI - Recurso especial parcialmente provido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Hercília Maria Americano das Dores ajuizou ação contra MRV — Serviços de Engenharia Ltda para rescindir contrato de promessa de compra e venda de imóvel e obter a restituição de parte do valor já pago. Na ocasião, sustentou ter satisfeito 32 das 72 parcelas, quando deixou de ter condições financeiras para prosseguir com a avença, procurou a empresa para a rescisão contratual e recebeu proposta de devolução considerada abusiva, pois extremamente desvantajosa à consumidora. Procedeu, então, à notificação extrajudicial da empresa construtora.

Julgada parcialmente procedente a ação, da sentença apelou a ré. A Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais julgou o recurso por acórdão que traz a seguinte ementa (fl. 91):

“Ementa: promessa de compra e venda. Rescisão. Restituição de prestações pagas. Comprador inadimplente. Codecon. Direito de retenção. Juros de mora. Correção monetária.

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, ocorrendo a inadimplência involuntária do promitente-comprador, pode o mesmo pleitear a rescisão do contrato com a restituição da quantia paga, devidamente atualizada, desde cada reembolso e acrescida de juros, a partir da citação, autorizada a retenção, na espécie, de dez por cento (10%) do valor pago, em razão do descumprimento do contrato.”

Irresignada, interpôs a empresa-ré recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por alegada violação aos arts. 398 e 405 do Código Civil atual, 159 e 1.062 do Código Civil de 1916, e 53 do Código de Defesa do Consumidor, além de dissídio jurisprudencial quanto aos juros de mora. No recurso, sustenta: a) divergir o acórdão do entendimento desta Corte que possibilita a retenção de 20% do valor pago; b) serem devidos os juros de mora apenas após a citação no processo de execução; c) na eventualidade da condenação ao pagamento dos juros, entende que “estes deverão obedecer à regra aplicável à data da citação, qual seja, o art. 1.062 do Código Civil de 1916, não se podendo pretender [...] que se aplique a nova regra do art. 406 do Código Civil de 2003, de forma retroativa” (fl. 115).

O Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso para dar-lhe parcial provimento, a fim de “determinar que os juros de mora sejam regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil”. Fundamentou seu entendimento nos seguintes precedentes oriundos da Primeira Turma deste Tribunal:

“Processual Civil. Tarifa de energia elétrica. Portarias ns. 38 e 45, de 1986. DNAEE. Ilegalidade. Inclusão dos expurgos inflacionários. Índice de fevereiro de 1991. 21,87%. Juros de mora. **Dies a quo**. Citação. Novo Código Civil. Art. 406.

Omissis.

II - Os juros de mora devem ser fixados na base de 6% ao ano, contados a partir da citação, até o advento do novo Código Civil quando serão calculados nos termos do art. 406 do diploma substantivo.

III - Agravo regimental improvido” (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp n. 556.068-PR; Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 16.08.2004, p. 138).

“Embargos de declaração da empresa-autora: ocorrência de omissão. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Correção monetária e juros de mora.

1. Não constando, na decisão embargada, esclarecimentos acerca da correção monetária e dos juros de mora, há que se ter como procedentes os aclaratórios para tal finalidade.

2. Devem ser incluídos na condenação os reflexos da ausência parcial de correção monetária nas diferenças pertinentes aos juros, dividendos e bonificações, proporcionalmente reduzidos em função da aplicação a menor da atualização monetária, bem como que os juros de mora devem ser calculados em 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 (novo Código Civil) e, a partir daí, calculados nos termos do art. 406 do novo diploma civil.

Omissis.

7. Embargos da empresa-autora acolhidos e da Eletrobrás rejeitados” (EDcl no REsp n. 528.547-RJ, Relator Ministro José Delgado, DJ 1ª.03.2004, p. 137).

Manteve, nos demais pontos, o acórdão recorrido.

Decido.

Quanto ao percentual de retenção do valor pago pela promitente-compradora, a jurisprudência desta Corte tem-se orientado no sentido de determinar a retenção, em média, de 10% do valor pago, especialmente na circunstância de não ter o imóvel sido ocupado, como é o caso dos autos. É o que ilustram os seguintes julgados:

“Civil. Promessa de compra e venda. Contrato firmado anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor. Devolução de parcelas pagas. Art. 924 do Código Civil. Precedentes da Corte.

I - Celebrado o contrato antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, válida é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas de um contrato de promessa de compra e venda.

II - Todavia, tal direito não é absoluto, havendo que conformar-se às particularidades de cada caso concreto. Retenção corretamente fixada pela instância **a quo** em 10% das parcelas pagas e, portanto, mantida.

III - Recurso especial conhecido, mas improvido” (REsp n. 89.598-RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 22.05.2000).

“I - Mesmo se o contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção estabelecer, para a hipótese de inadimplemento do promitente-comprador, a perda total das quantias pagas, e ainda que tenha sido celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, deve o juiz, autorizado pelo disposto no art. 924 do Código Civil, reduzi-la a patamar justo, com a finalidade de evitar enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

II - No caso concreto, a retenção apenas do sinal, parcela insignificante em relação ao valor contratado e pago, não é suficiente para esse efeito, ficando estipulado que será de 10% dos valores adimplidos pelos recorridos, a título de indenização pelo descumprimento do contrato, a que deram causa” (REsp n. 186.009-SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 29.11.1999).

“Civil e Processual Civil. Devolução de parcelas pagas. Pedido de devolução integral. Redução proporcional. Julgamento **ultra petita**. Inocorrência. Arts. 924, CC, 128 e 460, CPC. Recurso desacolhido.

I - A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que pode o juiz reduzir proporcionalmente a perda das quantias pagas pelo promissário-adquirente nos casos de resolução de contrato de compra e venda celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, fixando-a em patamar justo, com base no art. 924 do Código Civil, que se traduz na aplicação do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

II - Constando expressamente do pedido a devolução integral das parcelas pagas, a acolhida parcial da pretensão para reduzir a pena estipulada em 100% (cem por cento) para 10% (dez por cento) não significa julgamento **ultra petita**.

III - A correção monetária não se constitui em *plus*, mas em mera reposição do valor real da moeda, podendo incluir-se na condenação, independentemente de pedido expresso neste sentido” (REsp n. 284.157-SP, DJ 02.04.2001, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ainda nesse sentido: AgRg no REsp n. 244.625-SP, Relator Ministro Castro Filho, DJ 25.02.2002, p. 376, e REsp n. 184.148-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 1^a.02.1999.

A retenção de tal percentual visa ressarcir a promitente-vendedora pelas despesas administrativas suportadas, cuja revisão é tarefa reservada às instâncias ordinárias, pois vinculada à análise do suporte fático-probatório trazido aos autos. Aplicável ao caso, assim, a Súmula n. 7-STJ. Corroboram tal entendimento os precedentes:

“Comercial. Promessa de compra e venda de imóvel. Perda do valor das prestações. (Cláusula abusiva). Inteligência dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor.

I - Na exegese dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor são abusivas as cláusulas que, em contrato de natureza adesiva, estabeleçam, rescindindo este, tenha o promissário que perder as prestações pagas, sem que do negócio tenha auferido qualquer vantagem.

II - Inviável na via do especial discutir dedução de quantias a título de despesas arcadas pelo promitente quando repelidas nas instâncias ordinárias por envolver reexame de provas (Súmula n. 7).

III - Recurso conhecido e improvido” (REsp n. 63.028-DF, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 27.05.1996, p. 17.867).

“Promessa de compra e venda de imóvel. Pacto celebrado na vigência do Codecon. Cláusula abusiva. Ação proposta pelo comprador.

I - O comprador inadimplente pode pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos.

II - Na exegese dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor são abusivas as cláusulas que, em contrato de natureza adesiva, estabeleçam, rescindido este, tenha o promissário que perder as prestações pagas, sem que do negócio tenha auferido qualquer vantagem.

III - Inviável discussão em torno de dedução de quantias pagas a título de despesas arcadas pela vendedora, por incidência da Súmula n. 7-STJ.

IV - Recurso não conhecido.” (REsp n. 115.671-RS, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 02.10.2000, p. 161).

Igualmente não procede a insurreição quanto ao termo **a quo** para a incidência dos juros moratórios. A jurisprudência desta Corte fixou, em caso de

responsabilização por ilícito contratual, como é o caso dos autos, a citação da ação de conhecimento o termo inicial para a cobrança dos juros moratórios. Nesse sentido, os julgamentos proferidos no REsp n. 99.928-MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, publicado no DJ 29.06.1998, p. 160; REsp n. 136.599-SP relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ 15.12.1997, p. 66.424; REsp n. 181.151-SP, Relator Ministro Barros Monteiro, publicado no DJ 14.12.1998, p. 252.

Quanto à lei incidente no caso para disciplinar os juros moratórios, deve-se ressaltar que seu pagamento é obrigação de trato sucessivo, que se renova a cada mês, uma vez mantida a situação de inadimplência. No caso dos autos, em razão de não ter havido previsão no contrato acerca da taxa aplicável, incidirá aquela prevista na lei vigente à época de seu vencimento.

A citação nos autos, termo inicial para a incidência dos juros moratórios, ocorreu no ano de 2000, quando em vigência o antigo Código Civil. Neste ínterim, aquele diploma foi revogado pela Lei n. 10.406/2002, Código Civil atual, cujo art. 406 assim preceitua:

“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação de lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

Perfeitamente aplicável ao caso, assim, o referido dispositivo. Dessa forma, evita-se a aplicação ulterior de lei revogada ou retroativa daquela ainda não vigente. É o que informa o seguinte precedente:

“Recurso especial. Previdenciário. Revisão de benefício. Pensão por morte. Prescrição quinquenal. Súmula n. 85-STJ. Lei mais benéfica. Incidência. Benefícios em manutenção. Possibilidade.

Omissis.

2. No sistema de Direito Positivo brasileiro, o princípio **tempus regit actum** se subordina ao do efeito imediato da lei nova, salvo quanto ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (Constituição da República, art. 5º, inciso XXXVI, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º).

3. A lei nova, vedada a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, tem efeito imediato e geral, alcançando as relações jurídicas que lhes são anteriores, não, nos seus efeitos já realizados, mas, sim, nos efeitos que, por força da natureza continuada da própria relação, seguem se produzindo, a partir da sua vigência.

Omissis.

7. Recurso especial conhecido, mas improvido” (REsp n. 327.764-AL, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2002, p. 465).

Ante o exposto, acompanho o voto do ilustre Ministro-Relator para dar parcial provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 605.641-RS (2003/0201195-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrentes: Marcos Jawetz e cônjuge

Advogados: Isaac Alster e outro

Recorrida: Carin Elizabeth Horst

Advogados: Daniela Pinto Miranda e outro

EMENTA

Ação de indenização. Ação cautelar de arresto. Dano moral. Impenhorabilidade do bem arrestado. Lei n. 8.009/1990.

1. O ato praticado pelo oficial de justiça em decorrência de decisão judicial não é causa suficiente para a imposição de indenização por danos morais.

2. Sendo o bem arrestado protegido pela Lei n. 8.009/1990, não pode ser afastada a impenhorabilidade por circunstância não incluída nas exceções legais.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente o Dr. Isaac Alster, pelos recorrentes.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Marcos Jawetz e cônjuge interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais direta contra os transmitentes originários. Possibilidade. Ainda que em sucessivas transações. Dano moral. Ocorrência. Culpa aquiliana ou extracontratual. Possibilidade de acionamento direto dos anteriores proprietários. Art. 159 do Código Civil brasileiro, art. 333, I, do CPC.

Culpa aquiliana. Danos materiais. Requisitos. Ônus da prova.

Admitindo a possibilidade de responsabilização direta dos proprietários primórdios, em sucessivas transações, é ônus da autora comprovar da concretização do dano, não bastando o receio, ainda que fundado, de dano iminente. Necessária também a prova do dolo ou culpa. Ausente a prova quanto a estes requisitos, improcede a indenizatória pelos danos materiais com fulcro na culpa aquiliana.

Danos morais. Possível a responsabilização quanto aos danos morais, eis que além de resultar de culpa extracontratual, a prova tão-só da ocorrência do fato ou do evento é capaz de gerar a dor e o sofrimento indenizável.

Rejeitadas as preliminares, apelação parcialmente provida. Sucumbência redimensionada” (fl. 235).

Opostos dois embargos de declaração (fls. 252/253 e 256 a 259), ambos foram rejeitados (fls. 262 a 265 e 267 a 273).

Arguem os recorrentes ofensa dos arts. 159 do Código Civil de 1916, e 1º e 3º da Lei n. 8.009/1990, haja vista que o acórdão recorrido, “mesmo reconhecendo o imóvel como residência dos recorrentes, determinou a inscrição da hipoteca judicial” (fl. 286), além de “ampliar as exceções à impenhorabilidade” (fl. 286).

Alegam não ser cabível a indenização por dano moral, haja vista que não restou comprovado o dolo ou a culpa dos requeridos, elemento indispensável para viabilizar a responsabilização com base na culpa aquiliana.

Sustentam que, “embora o acórdão não tenha afirmado explicitamente, ele ampliou as exceções previstas no art. 3º e não distinguiu o ilícito civil do penal, contrariamente o que a lei fez” (fl. 287).

Apontam dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgado desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 296 a 300), o recurso especial (fls. 280 a 288) foi admitido (fls. 309/310).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A recorrida ajuizou ação ordinária de indenização alegando que comprou o imóvel em que reside com financiamento pela Caixa Econômica Federal; que antes de ser propriedade dos vendedores pertenceu aos réus, os quais também o são em numerosas ações trabalhistas, ademais de outras ações como devedores; que recebeu a visita de um oficial de justiça em março de 1988 para penhorar o imóvel; que em outra ação trabalhista ingressou com embargos de terceiro, sem êxito, sendo a venda considerada em fraude de execução; que diante do risco de perder seu único bem é que recorre ao Poder Judiciário. Ajuizou, também, uma cautelar de arresto, em apenso.

A sentença julgou procedentes as demandas para condenar os réus ao pagamento de R\$ 16.500,00, pagos inicialmente para aquisição do imóvel financiado, com correção monetária de 25.06.1997 e juros moratórios de março de 1998, bem como à quitação do financiamento assumido pela autora junto à Caixa Econômica Federal, no prazo de trinta dias. Impôs, ainda, a condenação por dano moral no equivalente a 120 salários mínimos vigentes em março de 1998, com juros de mora e correção monetária desta data pela natureza ilícita do ato.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proveu, em parte, a apelação dos réus, para afastar a indenização por danos materiais. Para o Tribunal local, não comprovou a autora a existência de um dano material já concretizado. Manteve a condenação por dano moral e afastou a incidência da Lei n. 8.009/1990 sobre o imóvel dos réus em decorrência da cautelar de arresto.

Os embargos de declaração interpostos pela autora não foram recebidos.

O primeiro ataque do especial é no flanco do dano moral, sustentando os recorrentes que o próprio acórdão recorrido reconheceu que o dolo e a culpa não foram demonstrados, não tendo havido o imperativo nexa causal. O acórdão recorrido considerou os atos específicos de ser a autora procurada por inúmeros oficiais de justiça que buscaram efetivar a penhora em seu único bem imóvel. Identificou que a ameaça trazida pelos oficiais de justiça, não um nem dois, mas inúmeros, sem dúvida acarretou abalo psíquico. Ora, sob todas as luzes não há como identificar causa suficiente para a imposição de indenização por dano moral no fato de ter o oficial de justiça, em decorrência de ordem judicial, procurado cumprir seu mister.

Quanto ao segundo ponto, o da configuração do imóvel arrestado como bem de família, argumenta que teria havido violação dos arts. 1^ª e 3^ª da Lei n. 8.009/1990, bem como divergência jurisprudencial.

No que concerne ao dissídio, embora tenha o especial entendido que a própria ementa dispensa a demonstração analítica, o fato é que a situação concreta não é a mesma, porque o paradigma não trata do fundamento acolhido pelo acórdão recorrido, assim o de que “por ser residencial e único o imóvel, também o é o da apelada. Assim, deve o julgador fazer o cotejamento entre as duas situações distinguindo-as. Impossível acolher a alegação de impenhorabilidade quando esta será véu de exoneração de responsabilidade lídima e necessária” (fl. 248).

Resta examinar a questão pela letra **a**. A autora-recorrida ingressou com cautelar de arresto, que o juiz entendeu procedente, porque atendidos os pressupostos do art. 813 do Código de Processo Civil. Para a sentença, “no caso não ocorre a incidência da Lei n. 8.009/1990 ou qualquer outra garantia de utilização do bem arrestado como residência familiar” (fl. 167), remetendo o tema para a decisão liminar, que considerou que também o imóvel da ré é residencial e o “desapossamento iminente deve ser cotejado com o desapossamento decorrente do arresto deferido, cedendo este ao direito superior do adquirente de boa-fé, já que buscam os réus proteção legal para sua própria torpeza, sem promoverem a garantia da reparação pretendida” (fl. 167).

Creio que têm razão também aqui os recorrentes. Julgada procedente a ação principal, o arresto se resolve em penhora (art. 818 do Código de Processo Civil). Recaindo sobre bem de família, como no caso, porque os réus residem no imóvel e isso não é desmentido pelo acórdão recorrido, que, tão-somente, entendeu que entre o bem de família da autora e o dos réus, este deve ceder, aplica-se a proteção legal.

Mas a interpretação oferecida pelo acórdão recorrido, na minha compreensão, agride os arts. 1^ª e 3^ª da Lei n. 8.009/1990. De fato, das situações previstas no art. 3^ª nenhuma está presente. Não pode a jurisprudência criar uma situação jurídica que a lei não estabelece para amparar o bem de família, no caso, o cotejo entre o imóvel residencial da ré e o dos recorrentes. Ambos são protegidos, configurados como bens de família, não sendo possível substituir um pelo outro. Por outro lado, o fundamento de que a alegação de impenhorabilidade “será o véu da exoneração de responsabilidade lídima e necessária” (fl. 257) não se encontra na lei especial de regência. Como já decidiu esta Corte, as “exceções à impenhorabilidade são as expressamente previstas em lei” (REsp n. 205.040-SP, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 13.09.1999).

Eu conheço do especial e lhe dou provimento para afastar a indenização por dano moral e reconhecer a impenhorabilidade do bem arrestado. Custas e honorários de 10% sobre o valor da causa pela parte vencida.

RECURSO ESPECIAL N. 651.261-RJ (2004/0078077-9)

Relator: Ministro Castro Filho

Relator p/ o acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Indústrias Verolme Ishibras S/A

Advogados: Francisco Cláudio de Almeida Santos e Daniela Bessone e outros

Recorrida: Petróleo Brasileiro S/A — Petrobras

Advogados: Cândido Ferreira da Cunha Lobo e outros

Sustentação oral: Cláudio Santos, pelo recorrente, Lenoir Ramos, pelo recorrido

EMENTA

Comercial. Contrato. Assunção de eventuais dívidas. Adiantamentos garantidos por notas promissórias. Demonstrativos unilaterais. Sem força executiva.

1. Contrato pelo qual a dona da obra se compromete a pagar eventuais indenizações potencialmente devidas pela empreiteira que, em contrapartida emite notas promissórias para garantir os pagamentos. Tal contrato não é confissão de dívida, porque trata de débitos ainda inexistentes.

2. Se o contrato prevê que a cada adiantamento de numerário corresponde nota promissória, não se pode considerar título executivo simples demonstrativo elaborado unilateralmente pela suposta credora, desacompanhado da respectiva cártula.

3. Recurso parcialmente procedente, para reduzir-se a execução ao somatório das notas promissórias.

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 Sr^a. Ministra Nancy Andrighi, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, prevalecendo o voto médio do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, vencida na extensão a Sr^a. Ministra Nancy Andrighi. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 29 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 1º.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Na origem, Indústrias Verolme Ishibras S/A opôs embargos à execução proposta pela Petróleo Brasileiro S/A — Petrobras, alegando nulidade dos títulos, porquanto os instrumentos de confissão de dívida celebrados entre as partes não passariam de mera simulação de contratos de abertura de crédito, os quais estariam vinculados a outras relações contratuais, objeto de várias demandas que lhe seriam conexas, tramitando estas perante as varas cíveis da Comarca do Rio de Janeiro.

No juízo singular, foi afastada a existência de conexão entre as ações, à consideração de que “não há que se falar em conexão entre as ações referidas pela executada e a presente execução, uma vez que na execução não há decisão de mérito a ser proferida, já que o juízo da execução não julga, mas realiza”.

Foi também considerada desnecessária a prova pericial requerida, à consideração de que, “para se constatar a excessividade dos encargos cobrados pela embargante, desnecessária a prova pericial contábil requerida, sendo suficiente a simples leitura dos documentos acostados à inicial da execução”.

No mérito, assinalou o magistrado **a quo** que os documentos que instruíram a execução são válidos, bem assim os encargos cobrados.

Inconformada, a embargante recorreu da sentença, e a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, negou provimento ao recurso, por acórdão assim ementado:

“Ação de execução. Embargos do devedor. Rejeição. Inconformismo da embargante. Improvimento do recurso.

Estando a ação de execução embasada com instrumentos de confissão de dívida e notas promissórias, que estão revestidas de executividade, sendo absolutamente desnecessária a produção de prova pericial, para exame da excessividade dos encargos, bastando o simples exame das cláusulas contratuais relativas ao tema, impõe-se a confirmação da decisão, que rejeitou os embargos.”

Seguiu-se, então, a interposição de recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando a recorrente violação aos arts. 583 e 586 do Código de Processo Civil, além de divergência com o Enunciado n. 233 da Súmula desta Corte, uma vez que, “embora impropriamente denominados ‘instrumentos de confissão de dívida’, tais documentos constituem autênticos e verdadeiros contratos de abertura de crédito, os quais, na forma do Enunciado n. 233 da Súmula desse egrégio Superior Tribunal de Justiça, não se qualificam como títulos executivos extrajudiciais”, por regularem possível dívida futura.

Conforme argumentou, sabedora de que os contratos de abertura de crédito não se qualificam como títulos executivos, a ora recorrida cuidou de lhe impor a cláusula 5.1., em cujos termos foi por ela reconhecida a executoriedade dos instrumentos.

Trata-se, à toda evidência, salientou, de disposição nula de pleno direito, por afrontar norma de ordem pública, contida no art. 585 do estatuto processual civil, haja vista que o elenco de títulos executivos é exaustivo, não sendo facultado às partes transmutar em título executivo documento que não atenda aos requisitos legais indispensáveis.

Quanto às notas promissórias, emitidas em conexão com os contratos de abertura de crédito, ponderou, perdem a autonomia e executoriedade, visto que contaminadas pelos instrumentos aos quais estão indissociavelmente vinculadas.

Por fim, a Corte estadual ainda teria negado vigência ao art. 265, IV, **a**, do citado diploma processual, dada a relação de prejudicialidade entre as duas causas em curso perante a 7ª Vara Cível, de um lado, e a ação de execução e os embargos à execução, de outro. “É que naquelas duas ações discute-se quem é devedor de quem no que se refere aos gastos extraordinários com a construção da Plataforma P-19, ao passo que na execução de que ora se cuida a recorrida está a exigir determinadas importâncias integralmente destinadas pela recorrente à construção da mesma plataforma P-19.” Portanto, ponderou, “se nas ações em curso perante o MM. Juízo da 7ª Vara Cível a recorrente for considerada credora da recorrida, e não sua devedora, no tocante à execução do contrato de

construção da plataforma P-19, não haverá crédito algum a ser executado.” A esse respeito, teria o acórdão recorrido se limitado a falar que “aquelas ações não visam à anulação dos títulos em cobrança, o que afasta a alegação de conexão”. Como não se tratava de conexão — diz —, mas de relação de prejudicialidade, o aresto hostilizado acabou por vulnerar o dispositivo legal em comento.

Inadmitido o recurso, na origem, ascenderam os autos a esta Corte, por força do provimento que dei ao agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): Trata-se de recurso especial interposto em autos de embargos à execução, em que se alegou a nulidade dos títulos exequëndos, bem como a existência de conexão e prejudicialidade do processo executório com outras demandas em curso.

De início, não prospera o inconformismo quanto à suposta existência de relação de conexão e prejudicialidade externa entre as duas causas em curso perante a 7ª Vara Cível, de um lado, e a ação de execução e os respectivos embargos, de outro; a uma, por ter assentado o aresto hostilizado que referidas ações de rito ordinário foram propostas “em face de terceiros”; a duas, porque, em consonância com o art. 585, § 1º, VI, do Código de Processo Civil, a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover a execução, mormente na hipótese em análise, por ter a câmara julgadora destacado que “aquelas ações não visam a anulação dos títulos em cobrança”, o que afasta a alegação de possível prejudicialidade. A propósito, reportando-se ao aludido dispositivo, observou o ilustre Ministro Luiz Fux, “que a finalidade da regra é não impedir a execução calcada em título de dívida líquida e certa pelo simples fato da propositura da ação de cognição, cujo escopo temerário pode ser o de obstar o processo satisfativo desmoralizando a força executória do título executivo”. (REsp n. 517.891-PB, DJ 29.09.2003).

Por outro lado, contrariamente ao que entendeu o acórdão hostilizado, alega a recorrente que os contratos apresentados com a inicial da execução não eram títulos executivos, pois se tratava de “contratos de abertura de crédito” e não de “confissão de dívida”; eram créditos ilíquidos e as notas promissórias a eles vinculadas não tinham autonomia cambial, tendo sido violados, por conseguinte, os arts. 583 e 586 do Código de Processo Civil, bem como dissentido o Tribunal **a quo** do Enunciado n. 233 da Súmula desta Corte.

Na hipótese em análise, tenho que a solução da controvérsia não importa em mero reexame de provas ou em simples interpretação de cláusulas contratuais,

estando relacionada, ao contrário, à qualificação jurídica dos fatos narrados, cujo controle de legalidade está afeto à competência desta Corte Superior, em âmbito de recurso especial.

A esse respeito, ao comentar o Enunciado n. 5 da Súmula deste Tribunal, em sua obra intitulada “Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno”, Rio de Janeiro, 2001, Forense, p. 24, o eminente Ministro **Athos Carneiro** elucida:

“(…), a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é **quaestio juris** que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário/especial. Em processo de que fomos Relator, discutiu-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constituía ‘reversão’ de doação, ou doação condicional, ou doação **mortis causa**, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade é que determinou qual a lei incidente e, pois, condicionou o julgado de mérito.”

O referido julgado a que se reportou S. Ex^a. é o REsp n. 444-RJ, DJ 15.10.1990, e, na oportunidade, após observar em seu voto que, “no caso presente, as conseqüências jurídicas da escritura, nominada como de ‘renúncia à doação’, em absoluto dependem do simples exame de provas, mas vinculam-se e decorrem da própria qualificação jurídica atribuível ao aludido ato de manifestação de vontade”, destacou o culto Relator que “O Supremo Tribunal Federal, no ERE n. 77.359 (RTJ, 74/144), apreciou caso em que o Tribunal local entendera que a hipótese, então em julgamento, não era de ‘mandato’; a colenda Segunda Turma do STF, todavia, deu provimento ao apelo extremo por ofensa ao art. 1.288 do CC, julgando que os documentos realmente constituíam ‘mandato’, e válido. Os embargos não foram conhecidos pelo Plenário do Pretório excelso, sob o argumento de que a decisão da Turma não procedera à mera reavaliação da prova, mas sim dera ‘nova qualificação jurídica ao ato controverso.’ A ementa ficou assim redigida:

‘Mandato. Questão de direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente de um mandato, negado pela instância local, e atribuiu-lhe os efeitos da lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de direito, e não de fato.’

Também no âmbito deste Sodalício, podemós destacar, por todos, o seguinte precedente:

‘Civil. Recurso especial. Contrato de locação. Redistribuidora de combustíveis e posto revendedor. (...) Violação aos arts. 165, 458, inciso II, e 535, todos do CPC. Não-incidência do Código de Defesa do Consumidor, na espécie. Ausência de consumidor final, no âmbito da relação jurídica

contratual impugnada. Aplicação do disposto na Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/1991). Legalidade das cláusulas relativas ao aluguel e à exclusividade de revenda de produtos reconhecida. Erro substancial inexistente. Prática, ademais, que não implica em afronta ao princípio da livre concorrência.

(...)

A nulificação do aresto **a quo**, ante sua suposta falta de fundamentação adequada ou da existência de vício de contradição não há de ser declarada, haja vista ter o Tribunal de origem apreciado a controvérsia observando os lindes da **questio** de direito que lhe foi apresentada, julgando-a de maneira completa e satisfatória.

O posto revendedor de combustível recorrido não se enquadra no conceito de consumidor final (art. 2º, **caput**, do CDC), haja vista estar o contrato que celebrou com recorrente vinculado à sua atividade lucrativa, motivo porque inaplicável, enfim, nas relações que mantém entre si, o disposto do Código de Defesa do Consumidor. A incidir, **in casu**, as normas da Lei do Inquilinato, reconhecida a relação jurídica advinda de um contrato de locação firmado entre Shell do Brasil e Auto Posto Kakareco V.

Uma vez transmudada, por este colendo Pretório, a qualificação jurídica dos fatos, o seu apreciar, sob o novo enfoque, torna-se indispensável. Não há que se confundir a inadmissibilidade do recurso especial, para fins de reexame de fatos e provas, o que vedado pela Súmula n. 7-STJ, com o seu exame quando conclui este Superior Tribunal, que se equivocou a Corte ordinária na aplicação do direito. (O destaque não é do original)

(...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.” (REsp n. 475.220-GO, DJ 15.09.2003, Relator Ministro Paulo Medina).

Com efeito, a exata qualificação jurídica dos fatos é de fundamental importância para a determinação da norma jurídica aplicável, ou seja, para a subsunção do fato à norma, e o erro nessa operação de enquadramento é questão de direito, não sujeita aos óbices dos Enunciados ns. 5 e 7 da Súmula desta Corte.

No presente caso, afirma-se que a correta qualificação dos contratos denominados de “confissão de dívida” como “contratos de abertura de crédito”, por abrigar lançamentos a débito e crédito relativos aos fornecimentos de numerário por parte da recorrida à ora recorrente, retira-lhes os requisitos fundamentais à sua executividade, quais sejam, certeza e liquidez, restando fulminadas, inclusive, às cambiais deles decorrentes, por não se caracterizarem como títulos **pro solvendo**, mas cártulas sem autonomia, emitidas, apenas, em garantia dos contratos de abertura de crédito.

De fato, depreende-se da própria literalidade da cláusula primeira dos referidos instrumentos creditórios que a “A *devedora* reconhece e confessa seu débito em favor da *credora* até o montante de’ R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), no primeiro documento, e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), no segundo, ‘a contar das efetivas liberações dos recursos’ em favor da *devedora* (fls. 6 e 9 dos Autos em apenso n. 1).

Deste modo, os valores **suso** mencionados representam um limite de crédito colocado à disposição da executada, dentro do qual ela poderia solicitar à exeqüente que liberasse recursos financeiros para fazer face aos compromissos explicitados nas denominadas confissões de dívida.

O que se pode inferir dos termos da avença é que a executada confessava um débito relativamente a recursos que ainda não haviam sido liberados e sobre um montante que ainda não se encontrava definido, traduzindo, em verdade, uma abertura de crédito até determinados limites.

O uso da preposição “até”, bem como da expressão “a contar das efetivas liberações dos recursos”, expressam, de forma incontestada, que, na data da assinatura do contrato, a ora recorrente nada devia à recorrida, não se justificando, portanto, pudessem tais instrumentos ser qualificados como confissão de dívida. Cuida-se, na verdade, de um contrato de abertura de crédito em conta-corrente, conclusão que se reforça com a redação da cláusula segunda, ao dispor que “o débito confessado (item 1.1 deste instrumento), será atualizado, a partir das datas em que ocorrerem as efetivas liberações de recursos em favor da *devedora*”.

Nesse toar, a cláusula quinta, em que a ora recorrente reconhece “que o presente instrumento de confissão de dívida caracteriza título executivo extrajudicial”, perde qualquer validade, tal a antinomia apresentada, pois se trata — não há como questionar — de contrato de abertura de crédito, independentemente do rótulo que se lhe tenha colado.

Em consonância com o art. 583 c.c. com o 586 do Código de Processo Civil, toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial, que deve ser líquido, certo e exigível, requisitos que não se encontram presentes na espécie, uma vez que, da leitura das cláusulas dos contratos em exame, depreende-se serem eles de abertura de crédito em conta-corrente, não se podendo olvidar que as cambiais foram emitidas em sua garantia, logo, restando igualmente comprometidas, ante a sua manifesta falta de autonomia, porquanto oriundas da mesma relação jurídica.

Resta evidenciada, pois, a violação à legislação federal citada, na medida em que os documentos apresentados com a inicial não são títulos executivos

extrajudiciais, tampouco líquidos e certos, impondo-se reconhecer, por conseguinte, que, ao confirmar a sentença de improcedência dos embargos do devedor, o douto Tribunal de origem afrontou os dispositivos legais mencionados, bem como divergiu, frontalmente, do Enunciado n. 233 da Súmula desta Corte, e, ainda, dos precedentes jurisprudenciais colacionados, para efeito de comprovação do dissídio jurisprudencial.

Forte em tais razões, conheço do recurso e lhe dou provimento, para, reformando a decisão atacada, julgar procedentes os embargos à execução, invertidos os ônus da sucumbência.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente): Srs. Ministros, ouvi atentamente as doughtas sustentações orais aqui produzidas e, agora, o brilhante voto do eminente Ministro-Relator; anteriormente, já havia lido memorial que me chegou às mãos, acompanhado das principais peças do processo e, de fato, duas questões são alegadas neste recurso especial, sendo que a primeira diz respeito à prejudicialidade de ações ordinárias anulatórias com relação aos embargos à execução, objeto do acórdão recorrido. Estou inteiramente de acordo com o eminente Ministro-Relator, porque não há, no caso, como divisar essa prejudicialidade. A propositura de ação ordinária não tem o condão, por si só, de inibir uma ação de execução. Em casos excepcionalíssimos, quando se garante essa ação anulatória com bens, tal como acontece na execução em que há penhora, ainda se admite uma discussão, à semelhança do que ocorre nas hipóteses de execuções fiscais em que são propostas ações anulatórias acompanhadas de prévio depósito da quantia discutida, mas disso não se trata aqui e, aliás, o próprio advogado-recorrente não insistiu nessa questão, que é de menor relevância no caso concreto.

A questão fundamental está exatamente na alegada ofensa aos arts. 583 e 586 do Código de Processo Civil e dissenso com a Súmula n. 233, ou seja, toda a discussão consiste em saber se, no caso, os documentos que acompanham a peça exordial da execução podem ser considerados títulos executórios. Um desses documentos está intitulado “Instrumento Particular de Confissão de Dívida” e os outros são notas promissórias, que estariam vinculadas a esses instrumentos de confissão de dívida. A discussão posta está em saber se podemos reconhecer, realmente, esses documentos como confissão de dívida ou se se trata de um contrato de abertura de crédito.

Foi salientado — e, realmente, a essa conclusão também cheguei, tanto quanto o eminente Relator — que a própria parte exequente procurou se escudar nas notas promissórias por tudo levar a crer não estar muito convicta de aquilo que se denominou instrumento de confissão de dívida, tal qual deveria ser juridicamente qualificado. A meu sentir, o que está posto é, realmente, uma questão de direito, que diz respeito à qualificação jurídica desses documentos que instruem a execução. São eles confissão de dívida ou contrato de abertura de crédito? Ficou muito bem demonstrado que, quando se trata de qualificação jurídica de fatos, qualificação jurídica de contratos, essas questões são de direito e não de fato, mesmo porque esse tema é incontroverso.

O acórdão enfrentou esse tema de maneira clara, sustentando que “os valores estão expressos nos respectivos títulos, e os encargos que recaíram sobre o principal estão previstos explicitamente nos instrumentos que reconheceram a liquidez da dívida”. E diz, explicitamente, que “não se trata, de forma alguma, de contratos de abertura de crédito e, sim, de instrumentos claros de confissão de dívida”. Essa foi a qualificação jurídica dada a esses instrumentos que instruem a inicial pelo acórdão recorrido. Mas, se nos ativermos aos seus termos, poderemos endossar o que diz o acórdão? Estou com o eminente Ministro-Relator que, de forma alguma poderemos conceber que esses títulos sejam líquidos, certos e exigíveis.

A cláusula primeira, no seu inciso I, diz, no tocante ao primeiro instrumento: “a devedora reconhece e confessa seu débito em favor da credora até o montante de quinze milhões de reais, a contar das efetivas liberações de recursos em favor da devedora para fazer face ao pagamento dos direitos rescisórios dos empregados ativos da VI que venham a ser demitidos”. Ora, como é possível enxergar liquidez num título em que diz que o débito pode ser até o montante de tanto? Se se fala em débito até um determinado montante é porque, então, ainda não se pode quantificar qual é esse montante e, se assim não se pode fazer, não há se entender que o **quantum debeatur** esteja explicitado, fixado, dimensionado.

E diz mais:

“... a contar das efetivas liberações dos recursos.”

E foi bem salientado. Trata-se de recursos liberados por intermédio de várias etapas; então, não há como se observar, em tal documento, a liquidez relativamente ao débito.

Com relação ao outro instrumento particular, apenas o valor é diverso, R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), mas a questão posta é de mesma natureza.

Podemos verificar, na própria petição de execução, que a exequente afirma:

“Consoante os instrumentos particulares de confissão de dívida, datados de 27 de agosto de 1997, a executada reconheceu e confessou débitos de até R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), respectivamente, em favor da exequente.”

Posteriormente, no segundo parágrafo, diz:

“Como se depreende da cláusula primeira dos referidos instrumentos creditórios, os valores supramencionados representam o limite de crédito colocado à disposição da executada, dentro do qual ela poderia solicitar à exequente que liberasse recursos financeiros para fazer face aos compromissos explicitados nas respectivas confissões de dívida.”

Ora, como é possível que se trate de confissão de dívida? Realmente, lendo e relendo tais textos, não consigo divisar, de forma alguma, a existência de liquidez.

Penso, tanto quanto o demonstrado pelo ilustre Ministro-Relator, que, no caso, não é possível qualificar-se como confissão de dívida os instrumentos que acompanham a peça exordial da execução. Trata-se, na verdade, de contrato de abertura de crédito, contrato esse que é vinculado às notas promissórias. No caso, até as próprias notas promissórias ensejam essa dúvida, uma vez que contêm adendos estabelecendo até quando estariam corrigidos os valores.

No contexto assinalado, tenho a convicção de que, no caso concreto, a qualificação jurídica dos instrumentos que instruem a execução foi erroneamente dada pelo acórdão recorrido, que, ao assim proceder, ofendeu os arts. 583 e 586 do Código de Processo Civil e dissentiu da Súmula n. 233 desta Corte.

Nesse sentido, por assim entender, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento nos termos assinalados por S. Ex^a.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Petrobras move execução por título extrajudicial contra Indústrias Verolme Ishibrás. A execução é aparelhada em documentos intitulados “Instrumentos Particulares de Confissão de Dívida”, nos quais a executada confessou débitos de “até” quinze milhões de reais, em um dos contratos, e de “até” dois milhões de reais, no outro ajuste. O conteúdo desses dois documentos é extremamente semelhante e pode ser resumido assim:

1. a confitente reconhece dívidas de até 15 e 2 milhões de reais, respectivamente;

2. as dívidas reconhecidas teriam origem em eventuais pagamentos de “direitos rescisórios de empregados ativos da IVI, que venham a ser demitidos”;

3. as dívidas serão atualizadas e acrescidas de juros, a partir das datas em que ocorrem as liberações de recursos;

4. o pagamento deveria ocorrer até 31.12.1997;

5. em caso de mora, incidiriam em multa de 10%, juros anuais, de 12% e honorários de sucumbência;

6. a *confissão* é reconhecida como título executivo;

7. a confitente entrega notas promissórias, “no montante correspondente àquela liberação, até” os limites da confissão;

8. a confitente declara que o reconhecimento não traduz novação de qualquer obrigação entre ela e a Petrobras.

A execução finca-se, ainda, em oito notas promissórias, emitidas ao longo dos anos 1997 e 1998.

A executada, ora recorrente opôs embargos, negando o **status** de confissão de dívida aos papéis que instruem a execução. Para a embargante, neles está contido um contrato de abertura de crédito. Ela vale-se de argumento preciso: não faz sentido a confissão de dívida ainda não existente, subordinada a condições; tampouco é de admitir-se confissão incerta e limitada.

O v. acórdão recorrido rejeitou os embargos. Para tanto, registrou que a execução foi instruída, não apenas com as declarações de dívida, mas com notas promissórias que preenchem todos os requisitos extrínsecos necessários à sua caracterização como títulos de crédito executivos.

No julgamento do recurso especial, o eminente Ministro-Relator afasta a preliminar de conexão e continência. No mérito, após demonstrar a possibilidade de — em recurso especial — discutir-se a natureza jurídica de determinado contrato, desenvolve linha de argumentação que resumo assim:

a) quando disse que confessava dívida *até*, a embargante (ora recorrente) explicitou valores que estabeleceu como limites para dívidas que eventualmente poderia assumir;

b) em rigor, a denominada confissão nada mais foi do que uma declaração lançada pela confitente de que aceitava créditos futuros que a Petrobras lhe abria;

c) a declaração de que as duas confissões têm força executiva carece de valor jurídico;

d) as notas promissórias foram emitidas em garantia do contrato de abertura de crédito e por isso carecem de liquidez e — em conseqüência — de força executiva;

e) se assim ocorre, o acórdão recorrido contraria a Súmula n. 233, a dizer que: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta-corrente, não é título executivo”.

Pedi vista porque fiquei perplexo com algumas situações paradoxais. Com efeito:

a) se o documento questionado é uma confissão de dívida (como assegura a Petrobras), não faz sentido o uso da preposição *até*. Quem confessa uma dívida atribui a alguém um crédito certo e concreto. Dizer que deve *até* determinada quantia é afirmar coisa alguma;

b) não bastasse tal incongruência, a *confissão* refere-se a débito futuro e condicionado à futura e incerta demissão de funcionários;

c) de outro lado, se a declaração refere-se a uma abertura de crédito, por que a emissão das notas promissórias?

O exame dos autos revelou-me que o papel questionado:

a) não é uma abertura de crédito, porque encerra apenas declarações unilaterais;

b) tampouco constitui confissão de dívida, porque o objeto da confissão era, na época, inexistente.

Para mim, o documento poderia classificar-se como meio-contrato. Nele estão contidas as obrigações assumidas pela ora recorrente, em contrato epistolar no qual a Petrobras se comprometeu a assumir eventuais dívidas da Verolme Ishibras, para com empregados que vierem a ser demitidos.

A linguagem cifrada em que o documento se expressa deixa entrever a aceitação de oferta feita pela Petrobras à IVI, de um contrato de assunção de dívidas futuras e condicionadas. O texto cifrado pode ser traduzido assim:

a) se houver necessidade de a IVI dispensar empregados, a Petrobras assumirá (fará face ao) o pagamento dos respectivos *direitos rescisórios*;

b) quando a Petrobras fizer face a alguma indenização, a IVI se reconhecerá devedora da quantia paga pela Petrobras, corrigida pela TR, mais 1% ao mês (cl. 3.1);

c) tal débito será pago até o dia 31.12.1997 (cl. 3.1.1);

d) a cada efetiva liberação de recurso (vale dizer: a cada pagamento feito pela Petrobras), a IVI emitirá nota promissória no valor respectivo, com vencimento em 31.12.1997 (cl. 6.1). Embora, na linguagem cifrada, se diga que as

notas seriam emitidas *em garantia*, a estrutura do contrato leva à conclusão de que elas traduzem efetiva promessa de pagamento, referente a dívida pré-existente;

e) as relações resultantes do acerto nada têm com qualquer outro negócio existente entre as partes.

Para instruir a execução, a Petrobras apresentou os dois contratos que acabo de comentar e mais nove notas promissórias.

O eminente Ministro-Relator assevera que esses títulos subordinam-se a um contrato de abertura de crédito e, por isso, carecem de força executiva, nos termos da Súmula n. 233.

Peço licença para discordar.

Tenho para mim que a chave do enigma está na cláusula 6.1, onde a ora recorrente comprometeu-se a “no momento de cada uma das efetivas liberações de recursos”, emitir nota promissória, no montante de cada liberação.

A partir dessa cláusula, percebe-se que, em 29.08.1997, houve um pagamento, a que correspondeu a emissão de nota promissória. Outro pagamento aconteceu no dia 10 de setembro de 1997, outros sete ocorreram, até 30 de julho de 1998, quando foi emitida a última nota promissória.

Percebe-se daí o engano da tese de que os títulos de crédito foram emitidos em garantia do contrato. Com efeito, isso não poderia ter ocorrido, porque — exceto a primeira — todas as promissórias foram emitidas posteriormente à assinatura da “confissão”. Enquanto esta ocorreu em 29.08.1997, a emissão dos títulos deu-se ao longo dos onze meses subsequentes.

Não há, portanto, qualquer subordinação das notas promissórias ao contrato de assunção de dívida. Os títulos vinculam-se, em verdade, a “efetivas liberações de recursos” previstas na cláusula 1.1 das supostas confissões de dívida. A emissão de todos eles observou a disciplina aceita pela IVI, na cláusula 6.1.

A se falar em garantia, as cártulas que instruem a execução garantem o pagamento de indenização devida à Petrobras, pelo pagamento que ela efetuou, de dívida trabalhista efetivamente contraída pela IVI.

Observe, porém, que o valor da execução (R\$ 15.771.323,72) ultrapassa a soma das notas promissórias que instrumentam o pedido: R\$ 12.116.376,08. A diferença assenta-se em demonstrativo unilateral, elaborado pela exequente.

Em relação a tal valor, os embargos são procedentes. A inépcia de semelhante demonstrativo, como título executivo é manifesta. No que se refere a tal

excesso, os embargos devem ser recebidos, para reduzir-se a execução ao valor de R\$ 12.116.376,08.

No mais, não vejo ofensa aos arts. 583 e 586 do Código de Processo Civil. Tampouco enxergo incompatibilidade entre o acórdão recorrido e a Súmula n. 233.

Acompanho o Relator na afirmação de que não há a conexão nem a contidência apontadas pela recorrente.

Peço vênia, entretanto, para divergir quanto ao mérito e dar provimento parcial ao recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A empresa-recorrente ajuizou embargos à execução alegando que os títulos apresentados são um autêntico contrato de abertura de crédito; que os instrumentos foram firmados ao tempo em que a executada empreitava para a exeqüente e sua subsidiária internacional “três grandes empreendimentos *off-shore* denominados P-19, P-31 e P-34” (fl. 6); que diante de drásticas alterações exigidas pela contratante, verificou-se, desde logo, a insuficiência dos recursos; que em razão disso a exeqüente instituiu um “Sistema de Conta-Corrente Bancária”, transformando-se em gestora, controladora e dominadora integral dos empreendimentos, comandando o caixa das obras, “*e assim decidindo solitariamente o quanto pagar, quando pagar e a quem pagar*, pois ela exeqüente é quem aprovava tudo e, especial, quem assinava junto com a executada as chamadas ‘Ordens de Pagamento Bancário’ (OPBs) correspondentes ao ‘*cheque*’ nas contas-correntes comuns” (fl. 7); que a exeqüente ingressou com ações ordinárias para se ver ressarcida do que pagou além do preço contratado, sendo que também a executada ingressou em juízo; que a executada passou a necessitar de recursos para fazer face às demissões de enorme número de trabalhadores causadas pelo avanço físico do empreendimento; que a exeqüente, considerando o que antes indicado, passou a fazer empréstimos à executada sob a forma típica de verdadeiros contratos de abertura de crédito “*a que sorrateiramente denominou ‘Instrumentos Particulares de Confissão de Dívida’*” (fl. 13); que não poderia haver confissão de dívida se na data da assinatura dos instrumentos, isto é, 27.08.1997, não havia dívida alguma; que a “dívida, na verdade, passou a ser contraída e se constituir, não a partir da assinatura dos ‘instrumentos’, mas *somente a partir do primeiro saque de ‘valor primário’ ou de ‘dinheiro novo’*, mediante missão de uma correspondente nota promissória como depósito do respectivo crédito em conta-corrente, e assim, sucessivamente *até um determinado valor-limite*, limites estes que *inclusive não foi (sic) atingidos* ou

alcançados que qualquer dos empréstimos. Note-se que a primeira nota promissória no valor de R\$ 4.039.581,37 somente foi emitida em 29 de agosto de 1997 — 2 (dois) dias depois, e o respectivo crédito depositado posteriormente em conta-corrente e, a partir daí, utilizado parceladamente. Tudo, portanto, como num autêntico contrato de abertura de crédito, ou no mínimo, num mútuo ou empréstimo pessoal sob a forma de regime do primeiro. Tudo isso, ressaltasse, ocorreu, por via de depósitos em conta vinculada, sem que a tomadora ‘devedora’ exercesse qualquer domínio ou autonomia sobre os valores antecipadamente confessados ou confessados num limite de montante pré-fixado” (fls. 15/16); que os referidos instrumentos são na verdade contratos de abertura de crédito ou, “e se por absurdo assim não forem admitidos, haverão de ser considerados apenas meras ‘promessas de confissão de dívidas’, jamais confissão de dívidas, e tais promessas de confissão inexistem no universo e no ordenamento jurídico conhecido. São a estes ‘instrumentos’ e às notas promissórias a eles vinculadas que a exequente pretende dar força executiva como título extrajudicial, assim como certeza e liquidez aos seus respectivos valores” (fls. 16/17); que houve simulação na medida em que se trata na verdade de um empréstimo ou mútuo e não de confissão de dívida; que “pelo quanto vem narrado e demonstrado nestes embargos, não há como extrair liquidez e certeza aos títulos para os quais se pretende invocar força executiva, tampouco para os valores neles contemplados” (fl. 18); que, ademais, os valores são ilíquidos, porque estão sendo discutidos em ação judicial pré-existente; que como assentado na jurisprudência, as notas promissórias vinculadas a contratos de abertura de crédito perdem autonomia.

A sentença rejeitou os embargos. Primeiro, afastou a existência de conexão, “uma vez que inexistente conexão entre ação de conhecimento e ação de execução” (fl. 231); segundo, entendeu desnecessária a prova pericial diante da finalidade apontada na inicial; terceiro, no mérito, entendeu a Juíza que “a execução proposta veio instruída com documentos — Instrumento Particular de Confissão de Dívida e Notas Promissórias — cujas quantias representativas foram reconhecidas pela embargante, que momento algum negou que as tenha recebido, limitando-se a discutir a validade do nominado ‘Instrumento Particular de Confissão de Dívida’”.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento à apelação. Para o acórdão, a execução foi instruída com “instrumentos particulares de confissão de dívida e notas promissórias, com os respectivos valores” (fls. 275/276), o que revela a existência de título executivo extrajudicial. Por outro lado, o Tribunal entendeu que a matéria discutida nas ações ordinárias propostas pela apelante diante de terceiros “não é, a toda evidência prejudicial a presente ação de execução”

(fl. 276); não havendo portanto, “qualquer prejudicialidade” (fl. 276). Demais disso, o Tribunal local afirmar não existir cerceamento de defesa e que “os valores estão expressos nos respectivos títulos, e os encargos, que recaíram sobre o principal, estão previstos, explicitamente, nos instrumentos, que reconheceram a liquidez da dívida” (fl. 276); para o acórdão, não se trata “de forma alguma, de contrato de abertura de crédito, e sim instrumentos claros de confissão de dívida”. Finalmente, asseverou o acórdão que para examinar a alegação de excesso na cobrança dos encargos é “desnecessária qualquer prova pericial, como foi ressaltado na sentença, sendo *dever* do juiz indeferir a realização de diligências ou o deferimento de provas, absolutamente, inúteis, como estabelece o art. 130 do Código de Processo Civil” (fls. 276/277).

O eminente Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento para julgar procedentes os embargos à execução, invertidos os ônus da sucumbência. No que interessa, ou seja, a qualificação jurídica dos instrumentos denominados de confissão de dívida, o eminente Relator entendeu, que, de fato, o “que se pode inferir dos termos da avença é que a executada confessava um débito relativamente a recursos que ainda não haviam sido liberados e sobre um montante que ainda não se encontrava definido, traduzindo, em verdade, uma abertura de crédito até determinados limites”. Para o ilustre Relator, o “uso da preposição ‘até’, bem como da expressão ‘a contar das efetivas liberação dos recursos’, expressam de forma incontestada, que, na data da assinatura do contrato, a ora recorrente nada devia à recorrida, não se justificando, portanto, pudessem tais instrumentos ser qualificados como confissão de dívida. Cuida-se, na verdade, de um contrato de abertura de crédito em conta-corrente, conclusão que se reforça com a redação da cláusula segunda, ao dispor que ‘o débito confessado (item 1.1 deste instrumento), será atualizado, a partir das datas em que ocorrerem as efetivas liberações de recursos em favor da devedora’”. Por fim, o Relator assevera que as notas promissórias foram emitidas em garantia dos instrumentos, “logo, restando, igualmente comprometidas, ante a sua manifesta falta de autonomia, porquanto oriundas da mesma relação jurídica”.

Em voto-vogal, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro acompanhou o voto do Relator.

Divergiu o Ministro Gomes de Barros ao entender “que a chave do enigma está na cláusula 6.1, onde a recorrente se comprometeu a ‘no momento de cada uma das efetivas liberações de recursos’, emitir nota promissória num montante de cada liberação”. Prossegue o Ministro Gomes de Barros entendendo que diversos pagamentos foram efetuados correspondendo a cada um deles a emissão de notas promissórias. Com isso, assevera o Ministro Gomes de Barros, percebe-se

“engano da tese de que os títulos foram emitidos em garantia do contrato. Com efeito, isto não poderia ter ocorrido porque — exceto a primeira — todas as promissórias foram emitidas posteriormente à assinatura da ‘confissão’. Enquanto esta ocorreu em 28.08.1979, a emissão dos títulos deu-se ao longo dos 11 meses subseqüentes”. Segundo o Ministro Gomes de Barros, assim: “qualquer subordinação das notas promissórias contra do assunção de dívidas. Os títulos vinculam, em verdade, a ‘efetivas liberações de recursos’ previstas na cláusula 1.1 das supostas confissões de dívidas. A emissão de todos eles observou a disciplina aceita pela IVI, na cláusula 6.1”. O Ministro Gomes de Barros considerou que o valor da execução ultrapassa a soma das promissórias que instruem o pedido, daí que em relação a tal valor os embargos são procedentes. Quanto ao mais, acompanhou o Relator. Em conclusão, divergiu quanto ao mérito para dar provimento parcial ao recurso.

Pedi vista para melhor examinar a questão relativa aos títulos em execução, considerando a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Gomes de Barros.

De fato, os contratos denominados de confissão de dívida não guardam congruência com os termos postos. Estão bem mais alinhados com o mútuo, a começar por sua origem, isto é, o empréstimo de valores para que a empresa-recorrente pudesse arcar com as despesas originadas das demissões decorrentes do avanço do empreendimento, como revela a executada. Seria, portanto, em tese, um contrato de abertura de crédito. Daí que se impunha melhor refletir sobre o tema.

A leitura da inicial da execução mostra que a exeqüente pretende receber os valores liberados e que foram objeto de cambiais, emitidas pela devedora, reconhecendo a dívida contraída.

A jurisprudência da Corte assentou que o contrato de abertura de crédito e a nota promissória a ele vinculada não constituem títulos hábeis para execução (Súmulas ns. 233 e 258). Essa orientação considerou especificamente a circunstância de não haver por parte do devedor nenhuma participação quanto aos valores cobrados, considerando que a emissão da nota promissória se dá por ocasião da assinatura do contrato sendo o débito mediante cálculo unilateral da instituição financeira. Com isso, de fato, não há revestir o contrato e a nota promissória vinculada das características necessárias ao título executivo.

Ocorre que nos contratos objeto deste feito, a natureza da operação é completamente diferente. O que os contratos estipulam, como advertiu o eminente Ministro Gomes de Barros, é que a garantia será prestada no momento de cada uma das liberações dos recursos, limitado, portanto, o valor da cambial àquele correspondente ao montante da liberação. A cláusula 6.1, expressamente, faz

essa vinculação, o que reflete a realidade dos autos, porquanto a execução que a recorrida pretende alcançar oito notas promissórias emitidas ao longo dos anos de 1997 e 1998. O que consta dos autos são notas promissórias emitidas em datas diferentes, assim, 29.08.1997, 10.09.1997, 17.09.1997, 21.10.1997, 24.11.1997, com vencimento para 31.12.1997 (fls. 13 a 17), 12.01.1998, com vencimento para 31.03.1998 (fl. 18), 31.03.1998, com vencimento para 31.05.1998 (fl. 19), 29.07.1998, com vencimento para 30.09.1998 (fl. 20), e 30.07.1998, com vencimento para 30.09.1998 (fl. 21). Vê-se que, de acordo com a documentação existente, as notas promissórias foram emitidas em datas diferentes e com vencimentos diferentes, o que é consentâneo com a regra contratual de correspondência entre a emissão e o desembolso.

Essa configuração, na minha compreensão, com todo respeito ao voto do eminente Ministro Castro Filho, afasta qualquer similitude entre a nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito em conta-corrente e as notas promissórias emitidas em função deste contrato. Aqui, o que se pretendeu ajustar foi o compromisso de a recorrida socorrer a recorrente com o pagamento de despesas oriundas das demissões de empregados, assumida a dívida no momento de cada liberação de recursos por meio de cambiais autônomas que refletem, apenas, aqueles valores reconhecidos pela própria devedora. Há, portanto, um contrato geral de obrigação da exequente de emprestar à executada importância necessária para pagamento de despesas trabalhistas, com a emissão dos títulos de crédito vinculados a cada desembolso, em valor determinado. Por isso, como assinalou o eminente Ministro Gomes de Barros, não há “qualquer subordinação das notas promissórias ao contrato de assunção de dívida. Os títulos vinculam-se, em verdade, a ‘efetivas liberações de recursos’ previstas na cláusula 1.1 das supostas confissões de dívida. A disciplina de todos eles observou a disciplina aceita pela IVI, na cláusula 6.1”. Nisso está a distinção nítida com o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, o que repele a contaminação das notas promissórias, passando ao largo da Súmula n. 258.

O fato de a nota promissória ser vinculada à garantia de mútuo não acarreta a perda de sua executoriedade, situação, portanto, diversa daquela a que se refere o precedente indicado no especial que está ligado a contrato de abertura de crédito em conta-corrente (EDcl no REsp n. 536.776-SP, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ 13.09.2004).

Por outro lado, os títulos valem pelo valor de face, devendo a execução a tanto se limitar, como bem indicou o Ministro Gomes de Barros.

No que concerne à conexão e à prejudicialidade, não as visualizo. As ações mencionadas, posto que ajuizadas também contra a Petrobras, cuidam

de indenização, seja a título de lucro, seja a título de custo de administração do negócio, seja a título de depreciação, seja a título de despesas pendentes com terceiros, seja a título de dano à imagem, seja a título de alugueres pelo uso das instalações, seja pela quebra desmotivada do contrato (fls. 73, 117 e 159), passando ao largo, portanto, da presente execução.

Destarte, com as razões acima deduzidas, eu acompanho o voto divergente do eminente Ministro Gomes de Barros, conhecendo do especial, em parte, e, nessa parte, dando-lhe provimento para reduzir o valor da execução.

VOTO-VISTA

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Indústria Verolme Ishibras S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Ação: embargos do devedor opostos pela recorrente à execução de título executivo extrajudicial ajuizada por Petróleo Brasileiro S/A — Petrobras, ora recorrida.

A recorrente participou de empreitada, fiscalizada pela Petrobras, para construção e adaptação de plataformas submarinas de petróleo. A Petrobras, ora recorrida, teria imposto alterações nas especificações técnicas iniciais dos projetos da empreitada, o que redundou na insuficiência dos recursos previstos originalmente.

Para solucionar o problema, a recorrida celebrou com a recorrente contrato intitulado confissão de dívida para aportar os recursos financeiros necessários ao pagamento de direitos rescisórios de empregados da recorrente.

No referido instrumento, a recorrente admite débito até o montante de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e, ainda, ficou estabelecido que seriam emitidas, em garantia, notas promissórias “no momento de cada uma das efetivas liberações dos recursos” em favor da recorrente.

Posteriormente, a recorrida ajuizou ação de execução em desfavor da recorrente, apresentando o mencionado contrato de confissão de dívida e as vinculadas notas promissórias. O débito executado corresponde aos valores expressos nas notas promissórias somados com os encargos moratórios previstos no pacto.

Nos embargos à execução opostos pela recorrente, alegou-se, em síntese, que o contrato que embasou a demanda executória foi denominado confissão de dívida quando, na verdade, se tratava de contrato de abertura de crédito, que não é considerado título hábil para sustentar ação de execução. Em consequência, a recorrente também defendeu a descaracterização das notas promissórias vinculadas ao referido pacto.

Sentença: rejeitou os embargos.

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação interposto pela recorrente, nos termos da ementa que se segue:

“Ação de execução. Embargos do devedor. Rejeição. Inconformismo do embargante. Improvimento do recurso.

Estando a ação de execução embasada com instrumentos de confissão de dívida e notas promissórias, que estão revestidas de executividade, sendo, absolutamente, desnecessária a produção de prova pericial, para exame da excessividade dos encargos, bastando o simples exame das cláusulas contratuais relativas ao tema, impõe-se a confirmação da decisão que rejeitou os embargos” (fl. 274).

Recurso especial: alegou a recorrente, em síntese:

a) violação aos arts. 583 e 586 do CPC e divergência com a Súmula n. 233 deste Tribunal, sustentando que o contrato efetivamente celebrado entre as partes deve ser qualificado como abertura de crédito e não confissão de dívida, pois, não havia débito anterior confessado, mas previsão para dívida futura, correspondente a créditos que a recorrida disponibilizaria à recorrente;

b) ofensa ao art. 265, IV, a, do CPC, defendendo a existência de relação de prejudicialidade entre a ação de execução ajuizada pela recorrida e os embargos opostos pela recorrente, de um lado, e, de outro, duas demandas em curso na 7ª Vara Cível da Comarca de São Paulo que estariam discutindo “quem é devedor de quem no que se refere aos gastos extraordinários com a construção da plataforma”.

O eminente Ministro-Relator Castro Filho conheceu e deu provimento ao recurso especial para julgar procedentes os embargos do devedor. Entendeu que, “independentemente do rótulo”, o contrato celebrado entre as partes se qualifica como abertura de crédito e, portanto, não se consubstancia em título hábil para embasar a ação de execução. Também considerou que as notas promissórias emitidas em garantia da avença estavam “igualmente comprometidas”. Por fim, quanto à alegada prejudicialidade, não a reconheceu, ao fundamento de que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover a execução”.

O eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro acompanhou o voto do eminente Ministro-Relator.

Já o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, que pediu vista, concordou com o posicionamento do eminente Ministro-Relator no que se refere à

inexistência de relação de prejudicialidade, entretanto, divergiu no mérito, por entender que o pacto celebrado entre as partes deveria ser classificado como meio-contrato.

Sustentou que não há subordinação entre as notas promissórias e o contrato, considerando que os títulos de crédito foram emitidos em data posterior e no momento das efetivas liberações dos recursos. Ainda, acrescentou esclarecendo que “as cártulas que instruem a execução garantem o pagamento de indenização devida a Petrobras, pelo pagamento que ela efetuou, de dívida trabalhista efetivamente contraída pela recorrente”. Com isso, deu parcial provimento ao recurso para reduzir o valor da execução que, no seu entender, deve corresponder à soma das quantias representadas pelas notas promissórias.

Pedi vista o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que acompanhou o posicionamento adotado pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, ressaltando que “há um contrato geral de obrigação da exequente de emprestar à executada importância necessária para pagamento de despesas trabalhistas, com a emissão dos títulos de crédito vinculados a cada desembolso, em valor determinado”.

Repisados os fatos, decido.

a) Da alegada relação de prejudicialidade — art. 265, IV, a, do CPC

O Tribunal de origem apresentou os seguintes fundamentos para deixar de reconhecer a invocada relação de prejudicialidade entre duas ações de conhecimento (fls. 29/75 e 120/160), que tramitam perante a 7ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, e a ação de execução ajuizada pela recorrida e os conseqüentes embargos do devedor da recorrente:

“(…) a matéria que está sendo objeto de discussão nas ações ordinárias, propostas pela apelante em face de terceiros, não é, a toda evidência, prejudicial à presente ação de execução. Não há, pois, entre ambas qualquer prejudicialidade. Como foi ressaltado na douta sentença apelada, da lavra da excelente juíza Ledir Dias Araújo, aquelas ações não visam à anulação dos títulos em cobrança, o que afasta a alegação de conexão” (fl. 276).

De fato, verifica-se que, com as referidas ações de conhecimento, a recorrente pretendeu receber indenizações relativas à empreitada a título de lucro, ressarcimento de custo de administração do negócio e depreciação de suas instalações. Assim, a discussão trazida nas ações de conhecimento mencionadas pela recorrente não se relaciona com a execução proposta pela recorrida, nem com os embargos do devedor em exame, não havendo, portanto, que se falar em relação de prejudicialidade.

b) *Do contrato celebrado entre as partes e das notas promissórias — arts. 583 e 586 do CPC*

O débito executado pela recorrida corresponde aos valores expressos nas notas promissórias, previstas na cláusula 6.1 do contrato celebrado entre as partes, intitulado confissão de dívida, somados com os encargos moratórios convencionados no pacto.

O cerne da discussão é saber se as referidas notas promissórias constituem título executivo capaz de embasar a execução.

O fundamento utilizado pela recorrente para negar esta qualidade aos mencionados títulos de crédito está fulcrado nas Súmulas ns. 233 e 258-STJ. Sustenta-se no recurso especial que as partes celebraram contrato de abertura de crédito, muito embora o instrumento tenha sido denominado confissão de dívida, e que as notas promissórias teriam sido dadas em garantia à avença.

Com isso, concluiu a recorrente que as notas promissórias por estarem vinculadas ao pacto firmado com a recorrida não configurariam título executivo extrajudicial. Daí a relevância em discutir a qualificação do contrato, pois poderá influenciar na solução da controvérsia.

Verifica-se, portanto, que a questão trazida no recurso especial não se refere à mera interpretação de cláusula contratual, mas sim à adequada qualificação do contrato e das notas promissórias, o que afasta o óbice da Súmula n. 5-STJ. Precedentes neste sentido: Recursos Especiais ns. 44.456 e 31.429, ambos da relatoria do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, com acórdãos publicados no DJ, respectivamente, em 16.04.1994 e 08.08.1994.

O acórdão recorrido caracterizou a avença como confissão de dívida e concluiu pela existência de título hábil para o processo de execução.

No contrato de confissão de dívida, o devedor reconhece a existência de débito pré-existente, ou seja, no ato da celebração do instrumento particular o empréstimo já foi efetuado pelo credor e a dívida já está formada.

Na hipótese, conforme reconhecido tanto pela sentença quanto pelo acórdão, a Petrobras, ora recorrida, comprometeu-se a disponibilizar crédito para o pagamento de direitos rescisórios de empregados da recorrente e ficou estabelecido na avença que seriam emitidas notas promissórias no momento de cada liberação dos recursos, **in verbis**:

“Consta da cláusula primeira do instrumento particular de confissão de dívida que a devedora reconhece e confessa seu débito em favor da credora

até o montante de R\$ 15.000.000,00, a contar das efetivas liberações dos recursos em favor da devedora (...) Na cláusula sexta, estabeleceram a título de garantia que a devedora emitiria e entregaria, no momento de cada uma das efetivas liberações de recursos, nota promissória no montante correspondente àquela liberação, até o limite de R\$ 15.000.000,00” (fl. 236).

Releva atentar que o contrato foi firmado em 27.08.1997 e que, em momento distinto do pacto, foi realizada a primeira liberação de crédito e só então foi emitida a primeira nota promissória (29.08.1997).

Depreende-se, assim, que no ato da celebração do contrato a recorrida ainda não tinha liberado valor algum à recorrente e, em consequência, não havia dívida a ser reconhecida, portanto, inviável qualificar a avença como confissão de dívida, como concluiu o acórdão recorrido.

Resta, então, definir qual foi o tipo de contrato efetivamente celebrado entre as partes para que seja esclarecida a controvérsia em torno da caracterização das notas promissórias como título executivo.

Pontes de Miranda, em sua obra “Tratado de Direito Privado”, assim leciona: “sempre que alguém se vincula a pôr à disposição de outrem soma de dinheiro por determinado tempo, ou por tempo indeterminado, há contrato de abertura de crédito”.

Observados os limites e a forma contratada, conclui-se que a Petrobras e a recorrente celebraram contrato de abertura de crédito, pois, de fato, a primeira comprometeu-se a disponibilizar recursos à segunda até o montante de R\$ 15.000.000,00.

Entretanto, no processo em exame, o fato de qualificar a avença como abertura de crédito não interfere na executividade das notas promissórias.

Verifica-se que a emissão dos títulos de crédito estava vinculada à liberação de recursos, ou seja, toda vez em que a Petrobras liberava recursos para que a recorrente efetuasse o pagamento dos direitos rescisórios de seus empregados era emitida uma nota promissória correspondente.

O valor constante nas nove notas promissórias corresponde aos recursos efetivamente liberados pela recorrida e recebidos pela recorrente.

Assim, não é possível concluir, como pretende a recorrente, que as notas promissórias garantiram o contrato de abertura de crédito, pois não foram emitidas emitida no momento da celebração do negócio e nem no valor do crédito disponibilizado. Inaplicável, portanto, a Súmula n. 258-STJ.

Não estando vinculadas a contrato de abertura de crédito, mas à efetiva liberação de recursos, as notas promissórias emitidas pela recorrente constituem título executivo hábil para embasar a ação de execução proposta pela recorrida.

Por fim, necessário discutir a possibilidade de incluir no valor da execução os encargos moratórios convencionados no contrato, questão que ainda não foi tratada neste julgamento.

Enquanto os eminentes Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro concluíram que nem o contrato nem as notas promissórias eram títulos executivos hábeis a embasar a execução, os eminentes Ministros Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito entenderam que as notas promissórias são exequíveis, mas, que o valor da execução deve ser limitado àqueles constantes nos referidos títulos de crédito.

Depreende-se da petição inicial que a pretensão da recorrida é exigir o pagamento dos valores expressos nas notas promissórias somados aos encargos convencionados no instrumento particular.

A qualificação da avença como abertura de crédito não impede a incidência dos encargos moratórios pactuados pelas partes, pois estes são decorrência natural do inadimplemento.

Na falta de estipulação pelas partes, devem ser cobrados os encargos legais decorrentes da mora. Contudo, na hipótese dos autos, houve prévia pactuação e esta deve prevalecer para preservar a vontade manifestada pelas partes.

A cláusula 6.2 do contrato assim estabelece:

“Em caso de utilização do título de crédito, objeto de garantia, ficarão garantidos em favor da credora a cobrança de atualização monetária (item 2.1) e juros de mora de 12% a.a. (doze por cento ao ano) contados dos pertinentes vencimentos e honorários advocatícios sobre o valor total das prestações em atraso (principal acrescido da atualização e juros de mora), conforme disposto em 4.1.1.”

Dessa forma, não vislumbro possibilidade de excluir do valor da execução os encargos moratórios convencionados no instrumento particular.

Forte em tais razões, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, lhe dou provimento apenas para reconhecer que o contrato firmado entre as partes foi abertura de crédito, mantendo, entretanto, a conclusão do acórdão recorrido quanto ao valor a ser executado.

RECURSO ESPECIAL N. 686.325-MG (2004/0092042-6)

Relator: Ministro Castro Filho

Recorrente: Cristiane Soares Abrantes de Barros

Advogados: Francisco de Assis V. Barros e outros

Recorrida: Unimed Seguradora S/A

Advogados: Gustavo Guimarães Linhares e outros

EMENTA

Recurso especial. Ausência de regularidade formal. Súmula n. 284-STF. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Reapreciação probatória. Inadmissibilidade. Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial não comprovada.

I - Incabível o recurso especial pelo fundamento da alínea **a** do permissivo constitucional, se a recorrente não demonstrou de que forma teriam sido violados os dispositivos de lei federal, não bastando reportar-se às razões expendidas na apelação (Súmula n. 284 do STF).

II - Não há que se falar em omissão ou ausência de fundamentação, não constando do acórdão embargado os defeitos contidos no art. 535 do Código de Processo Civil, quando a decisão embargada mantém tese diferente da pretendida pela recorrente.

III - A exclusão de doença preexistente da cobertura securitária depende da prova da má-fé do segurado, ao não informar à seguradora sobre tal circunstância, no momento da contratação.

IV - Inadmissível, no âmbito do recurso especial, a reapreciação do acervo probatório que lastreou o acórdão vergastado, à luz do Enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

V - Só se conhece do recurso especial pela alínea **c**, se o dissídio jurisprudencial estiver comprovado nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1^a e 2^a, do Regimento Interno desta Corte, com a descrição da similitude fática e os pontos divergentes das decisões.

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, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos

Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Barros, pelo recorrente.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Filho, Relator

DJ 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuida-se de recurso especial interposto por Cristiane Soares Abrantes de Barros, em relação à Unimed Seguradora S/A, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado, **verbis**:

“Seguro de renda por incapacidade. Negativa do benefício. Vício do contrato. Doença preexistente. Insinceridade no questionário que precede à contratação.

O contrato de seguro de renda por incapacidade temporária é precedido de questionário sobre a saúde do candidato, preenchido antes de celebrado o contrato.

Negando o candidato ter se submetido a exames especializados, como teste ergométrico, cateterismo, tomografia computadorizada ou outros, e constatada a insinceridade na resposta negativa sobre tais exames, importa em vício, que contamina de nulidade o contrato firmado.”

Na origem, afirmou a recorrente que, em 26.08.1998, firmou com a recorrida um contrato de seguro de renda por incapacidade temporária; dois meses depois, passou por crise de ‘espondilite’, ficando afastada de suas atividades profissionais, recusando a ré a pagar-lhe a indenização.

Irresignada com o acórdão que lhe foi desfavorável, mesmo após a oposição de dois embargos de declaração, a autora sustenta violação aos arts. 131, 458, 535 e 538 do Código de Processo Civil; 116, 953 c.c. o art. 960, 1.432 e 1.458 do Código Civil de 1916, e 6º, inciso VIII; 47 e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Assevera não ser a doença que a incapacitou a mesma constatada pela perícia médica como preexistente à celebração do contrato, e que o Tribunal estadual não apreciou devidamente as provas acostadas.

Admitidos na origem, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho (Relator): De início, é de se salientar, no que pertine à violação à lei federal, que as razões do recurso especial devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais a parte-recorrente busca a reforma do julgado.

Na hipótese, entretanto, a deficiência na fundamentação e na especificação das razões da recorrente quanto aos artigos do estatuto civil e do código consumerista não permite a exata compreensão da **quaestio juris** posta à discussão, não bastando chamar a atenção desta Corte às razões já expendidas e às provas dos autos.

Com efeito, apesar de ter apontado, em suas razões recursais, dispositivos legais supostamente violados pelo acórdão guerreado, a recorrente não demonstrou, clara e precisamente, em que consistiu a alegada negativa de vigência à lei, ou mesmo qual a sua correta aplicação. Diante disso, o conhecimento do recurso especial encontra óbice no Verbete Sumular de n. 284 do excelso Supremo Tribunal Federal, que, por analogia, se aplica, também, a este Sodalício, ao dispor que: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Rejeita-se, igualmente, a alegação de nulidade do acórdão recorrido diante da inexistência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, por haver o Tribunal **a quo** enfrentado, fundamentadamente, todas as questões postas à sua análise, não existindo qualquer mácula a ser corrigida.

A propósito, vale a seguinte transcrição:

“Ficou provado, de maneira satisfatória, que a apelante já era portadora de fibromialgia desde antes do contrato em discussão, caracterizadas as dores que vinha sentindo e, ao preencher o questionário que antecede ao contrato, omitiu informação sobre o seu verdadeiro estado de saúde, ao responder negativamente à pergunta se ‘foi submetido a exames especializados, como teste ergométrico, cateterismo, tomografia computadorizada ou outros’, conforme resposta à indagação n. 7 do questionário, fl. 41, juntado aos autos pela própria apelante.

(...)

Os fundamentos da apelante, no seu recurso, foram examinados com o costumeiro interesse, com todo respeito à posição pela mesma assumida, mas não abalam a convicção que emana da sentença, destacando que não ocorreu desapareço aos conceitos do Código de Defesa do Consumidor, não

se constando lesão ou ameaça disto ao direito, que possa amparar o pedido da apelante.

Quanto ao mérito, toda a documentação foi examinada, e a conclusão que emerge dos autos é a que foi enunciada na sentença recorrida, aceitando-se como base o vício de manifestação da apelante no ensejo da contratação do seguro.

A fundamentação do recurso examina com profundidade a questão, mas cai por terra diante da negativa da apelante ao contratar o seguro, de que já se submetera a exames para constatação de doença preexistente, pois, em menos de dois meses do contrato a apelante já estava procurando cobertura da apelada para amparar a sua pretensão, quando foi afastada das atividades laborais, em decorrência da doença.

(...)

Com efeito, não obstante seja cediço que ao leigo não pode ser imputada responsabilidade pelo desconhecimento de doença que o acomete quando da celebração de contrato de seguro, entendo que a hipótese dos autos não guarda consonância com a situação supranarrada.

É que, ainda que não estivesse a apelante ciente de que era portadora de espondilite anquilosante, até porque a moléstia só foi definitivamente detectada em outubro/1998, tendo sido o acordo com a ré celebrado em agosto/1998, dúvida não se tem de que forneceu informação falsa de seu histórico de saúde ao afirmar, no cartão de proposta do seguro, que não havia sido submetida anteriormente a tomografia computadorizada (fl. 34).

Entretanto, compulsando-se os autos é possível verificar que a recorrente havia realizado o aludido exame em maio/1998, em data anterior, portanto, àquela em que procedera a contratação da cobertura securitária.

Com efeito, assevera o *expert* do juízo, em seu laudo de fls. 100/104, que 'consta tomografia computadorizada da articulação sacroilíaca, em 22.05.1998, conclusiva a erosão, fundamentado diagnóstico de sacroileite unilateral direita'.

Ademais, também a testemunha Vanja Diniz Rabelo Caires, em seu depoimento de fl. 144/145, apontou que já na primeira consulta à suplicante, em 09.07.1998, 'a autora já apresentou à depoente os seguintes exames: um hemograma com anemia leve e uma tomografia de sacroilíacas que mostrava uma erosão com esclerose do lado ilíaco.'"

A questão em debate não é nova nesta Corte. Inúmeros precedentes assinalam que, aceitando a seguradora a proposta de adesão do segurado sem a

exigência de exames prévios, assume o risco do negócio, não podendo, por esta razão, ocorrendo sinistro, recusar-se a indenizar, salvo se comprovar a má-fé do segurado.

Nesta linha, destacam-se os seguintes julgados: REsp n. 244.841-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04.09.2000, REsp n. 229.078-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 07.02.2000; AgRg no Ag n. 396.472-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 19.11.2001; REsp n. 637.295-CE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 16.11.2004, e REsp n. 263.564-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17.05.2004.

O caso em análise, entretanto, contém uma peculiaridade. O Colegiado de origem concluiu pela má-fé da segurada. Segundo as provas analisadas, a recorrente, ao firmar o contrato com a seguradora, omitiu fato do qual tinha pleno conhecimento. Assim, é irrelevante que a seguradora não tenha exigido exames prévios.

Nessas condições, verifica-se que, exaustivamente, o Tribunal estadual apreciou as provas dos autos, concluindo pela exclusão do benefício em vista da comprovada insinceridade da autora, ao contratar com a recorrida.

Destarte, a pretensão da recorrente, neste caso, encontra óbice à luz do Enunciado n. 7 da sua Súmula desta egrégia Corte.

Por fim, não há falar também em dissídio jurisprudencial, seja porque a recorrente deixou de observar os ditames estabelecidos nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 2º, do RISTJ, seja porque os arestos colacionados como paradigmas não apresentam a mesma situação fática retratada na questão sob análise.

Pelo exposto, feita a costumeira ressalva quanto à terminologia, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 741.729-MA (2005/0060248-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Banco Bandeirantes S/A

Advogados: Benedito Ribeiro da Silva e outros

Recorrido: Hilton Mendonça Correa Filho

Advogado: Hilton Mendonça Corrêa Filho (em causa própria)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Devolução indevida de cheque. Ação proposta em desfavor do banco pelo beneficiário da cártula. Legitimidade ativa. Separação entre condições da ação e mérito. Dissídio jurisprudencial não configurado.

O art. 3º do CPC não diz quanto ao direito material alegado; apenas exige que a ação seja proposta por aquele que alega ser titular do direito violado.

O recorrido, como credor, afirmou ter sofrido danos morais em virtude de prejuízo próprio e diferenciado daquele que geralmente se reconhece ao titular da conta, em face da devolução indevida do cheque. Assim, a alegação de prejuízo específico dá ensejo ao reconhecimento de um interesse processual igualmente particular.

As questões relativas à existência de evento danoso e de nexos de causalidade, portanto, não podem ser resolvidas no contexto das condições da ação, pois dizem respeito ao mérito desta.

Não se conhece de dissídio jurisprudencial se ausente a demonstração de similitude fática entre acórdão recorrido e paradigma.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Srª. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Presidente e Relatora

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto por Banco Bandeirantes S/A, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, movida por Hilton Mendonça Correa Filho em desfavor do ora recorrente.

Segundo consta da inicial, o banco-recorrente teria, indevidamente, retido cheque emitido em favor do ora recorrido, supostamente por não constar o desbloqueio do talonário pelo emitente da ordem de pagamento.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o recorrente ao pagamento de quarenta salários mínimos a título de compensação por danos morais, correspondentes, à época da prolação da sentença, a R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais).

Embargos de declaração: acolhidos, para ajustar a distribuição das verbas sucumbenciais.

Acórdão: deu parcial provimento ao apelo do ora recorrido e negou provimento ao apelo do ora recorrente, com a seguinte ementa:

“Apelação cível. Ação de indenização. Danos morais.

I - Existe interesse processual ao beneficiário de cheque nominal que foi devolvido e depois retido indevidamente pela instituição financeira.

II - Agindo a instituição financeira de forma omissa, ao devolver cheque em desconformidade com as normas do Banco Central é parte passiva legítima para integrar a lide processual.

III - Toda e qualquer indenização por danos morais deve ser fixada por limites dotados de razoabilidade, pois se a um tempo se presta a proporcionar o justo ressarcimento da lesão provocada, a outro não pode representar o enriquecimento sem causa da vítima.

IV - A incidência de correção e juros dos valores pertinentes ao dano moral devem ocorrer a partir do evento danoso.

V - Primeiro apelo parcialmente provido e segundo apelo improvido” (fl. 174).

O acórdão majorou o valor devido a título compensatório pelos danos morais para R\$ 19.200,00 (dezenove mil e duzentos reais).

Embargos de declaração: foram interpostos tanto pelo recorrente quanto pelo recorrido. Os primeiros foram parcialmente acolhidos para afastar suposta omissão do acórdão, rejeitando alegação de ilegitimidade ativa do recorrido; os segundos, interpostos por este, foram acolhidos para readequar a verba de sucumbência, para condenar o banco em litigância de má-fé e determinar a incidência de multa diária para a obrigação de fazer cominada, relativa à entrega da cártula ao recorrido.

Recurso especial: alega o recorrente violação ao art. 3º do CPC, porque evidente a falta de interesse de agir e a ilegitimidade ativa do recorrido, que não era o emitente do cheque devolvido e que, portanto, não foi prejudicado pela conduta do banco. Traz, ainda, dissídio jurisprudencial, em relação ao **quantum** compensatório, que reputa excessivo.

Houve, ainda, interposição de recurso especial adesivo, com o objetivo de ver majorado ainda mais o valor compensatório pelos danos morais, que contudo restou inadmitido na origem, em decisão que transitou em julgado.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia à análise da existência de legitimidade ativa **ad causam** para a propositura de ação de compensação por danos morais, por parte de beneficiário de cheque irregularmente devolvido pelo banco-sacado, ao argumento de que tal falha na prestação de serviços causou abalo psíquico relevante.

A inicial narra que o recorrido recebeu de terceiro cheque nominal no valor de R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais), cujo sacado era o Banco Bandeirantes, ora recorrente. Ao apresentá-lo para compensação na agência da Caixa Econômica Federal da qual era correntista, o recorrido foi surpreendido pela devolução da cártula, sob a alínea 29, que significa “cheque bloqueado por falta de confirmação do recebimento do talonário pelo correntista”.

O recorrido, então, enviou carta ao banco pedindo informações sobre o acontecido, anexando nesse pedido a cártula devolvida, sendo surpreendido pela retenção do cheque pelo recorrente, o que motivou o pedido cumulado de obrigação de fazer, relativo à entrega do título de crédito, com a fixação de multa diária pelo descumprimento, para que fosse possível saldar compromisso assumido com a emitente, que já havia providenciado o pagamento da dívida original em troca da devolução do cheque emitido.

O acórdão assim tratou da questão:

“A legitimação do autor se dá quando ele for o possível titular do direito pretendido, como no caso em espécie, pois o título devolvido era nominal ao autor da ação, o que lhe legitima para ingressar com a referida ação visando à reparação tanto pelos danos como para que seja cumprida a obrigação de fazer” (fls. 195/196).

O único fundamento da irresignação do ora recorrente é uma suposta violação ao art. 3º do CPC. Verifica-se, contudo, que o recorrente impugna a formação

da relação jurídica de direito processual, ao invés de atacar a relação jurídica de direito material que consubstanciou o reconhecimento, pelo TJMA, do direito do recorrido à compensação pelos danos morais.

O art. 3º do CPC não diz quanto ao direito material alegado, ou seja, quanto ao julgamento de procedência ou improcedência do pedido. Apenas exige que a demanda seja proposta por aquele que alega ser titular do direito violado.

Na presente hipótese, o recorrido alegou ter sofrido danos morais pela ocorrência de falha na prestação de serviços bancários, cometida pelo ora recorrente. A causa de pedir do direito que foi reconhecido pela decisão recorrida é autônoma, não se confundindo com a hipótese na qual o titular da conta tem seu cheque indevidamente devolvido; houve, no curso da demanda, alegação de prejuízo próprio, o que leva ao reconhecimento de um interesse processual também distinto.

Se tal prejuízo seria passível de compensação por danos morais, é análise que não se subsume ao alcance do art. 3º do CPC. Com efeito, questões relativas à existência de evento danoso e denexo de causalidade não podem ser resolvidas no contexto das condições da ação, porque estas não passam de uma ligação entre a relação jurídica de direito material — ao qual pertencem esses tópicos — e a relação jurídica de direito processual.

Portanto, na ausência de confusão entre essas relações jurídicas, não há como acolher a pretensão do recorrente, que se encontra mal dirigida, porquanto não ataca as circunstâncias fáticas e jurídicas que embasaram o reconhecimento, por parte do TJMA, da existência de violação a um direito material do recorrido.

A alegação de violação ao art. 3º do CPC assume, assim, características de uma tentativa de impugnação indireta ao reconhecimento da presença dos elementos configuradores do dano moral. A caracterização da conduta do banco como fato lesivo ou, ainda, a simples ocorrência de mero aborrecimento que não configuraria danos morais são questões que devem ser argüidas na análise do mérito da demanda, por meio de alegações relativas a ofensas a dispositivos de lei material, ainda em 1º e 2º grau de jurisdição.

Nesta sede, muitos destes aspectos, em função do óbice da Súmula n. 7-STJ, estão ao abrigo de análise na via do recurso especial, como ocorre, por exemplo, com a configuração da prática de ilícito por parte do banco — que foi, aliás, demonstrada pela prova acerca do erro na prestação de serviços, pois deveria o recorrente, segundo entendeu o acórdão, ter conferido a assinatura do cheque, que era verdadeira, antes de devolvê-lo em face da suposta pendência do bloqueio do talonário.

Vencida a questão relativa à alegada violação ao art. 3º do CPC, sustenta ainda o recorrente a existência de dissídio jurisprudencial, porquanto excessivo o valor compensatório fixado.

De início, nota-se da petição de interposição do recurso especial que este foi arrimado exclusivamente na alínea **a** do permissivo constitucional. Segundo entendimento defendido por inúmeros acórdãos do STJ, o erro na indicação da alínea que embasa o recurso especial já é circunstância suficiente para o seu não-conhecimento (REsp n. 744.683-SP; Quarta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, 13.06.2005; AgRg no Ag n. 647.294-MG; Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 06.06.2005).

Mas, ainda que não se comungue desse entendimento, a alegada divergência jurisprudencial não prospera, porque desatendido o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RISTJ.

Com efeito, transcreveu o recorrente duas ementas de julgados, sem demonstrar a similitude fática entre paradigmas e decisão recorrida, por meio do confronto analítico entre eles.

Forte em tais razões, *não conheço* do recurso especial.

Jurisprudência da Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 245.183-SP (2000/0003409-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Leila Hase Biazzin

Advogada: Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista

Recorrido: Banco do Estado de São Paulo S/A — Banespa

Advogados: Luís Antônio Martins Barbosa Junior e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Insuficiência em relação a bem de família. Execução. Penhora da meação. Esposa avalista. Oposição de embargos de terceiro. Intimação da penhora não realizada. Situação peculiar. CPC, art. 1.046. Súmulas n. 282 e 356-STF.

I - A ausência de prequestionamento impede o exame da matéria concernente à incidência, na espécie, da Lei n. 8.009/1990.

II - Em princípio, sendo avalista na execução em que é devedor principal seu marido, a esposa-meeira, como parte, não pode fazer uso de embargos de terceiro, cabendo-lhe opor seu direito mediante o manejo de embargos do devedor.

III - Todavia, à falta de regular intimação da esposa avalista sobre a penhora dos bens integrantes da sua meação, tem-se como desrespeitado o devido processo legal em que poderia, subsequente àquele ato, opor embargos à execução (art. 669 do CPC), sendo-lhe, em tal situação excepcional, admitido o manejo de embargos de terceiro, já que tratada, então, como verdadeira “estranha” à lide.

IV - Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido, para determinar o exame dos embargos de terceiro pelo juízo singular.

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 em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do

presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data da retificação do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Leila Hase Biazzin interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do 1ª Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 313):

“Embargos de terceiro. Mulher casada. Interposição com o objetivo de livrar meação. Hipótese, entretanto, em que é parte executada, na qualidade de avalista. Carência proclamada. Recurso improvido.”

Alega a recorrente que é casada com o executado pelo regime da comunhão de bens; que impaga a dívida, foram penhorados os bens em sua totalidade, sem preservação da meação; e que, opostos embargos de terceiro, foram eles improvidos.

Aduz que a decisão violou os arts. 233, IV, e 246 do Código Civil; 1ª, 3ª e incisos, da Lei n. 8.009/1990, 128 e 515 do CPC.

Salienta que tem direito de opor embargos de terceiro, e que não foi intimada legalmente da constrição.

Diz que a penhora viola a lei de proteção ao bem de família, assinalando, também, a negativa de vigência ao art. 648 da lei adjetiva civil.

Invoca dissídio jurisprudencial em abono às teses que defende.

Sem contra-razões (fl. 383).

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 385/386), subindo a esta Corte por força de provimento dado ao Ag n. 185.906-SP (fl. 411).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial ajuizado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que é suscitada ofensa

aos arts. 233, IV, e 246 do Código Civil; 1^ª, 3^ª e incisos, da Lei n. 8.009/1990; 3^ª, 128, 515, 648 e 1.046 do CPC, a par de divergência jurisprudencial.

O voto condutor do acórdão estadual, diz o seguinte (fls. 314/315):

“São embargos de terceiro opostos à execução com o objetivo de afastar meação de cônjuge.

Foram julgados extintos com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ser a embargante deles carecedora.

O recurso não comporta provimento.

A embargante é executada na qualidade de avalista e responsável pelo pagamento do débito, conjuntamente com o devedor principal e nessa qualidade foi citada, fl. 89 verso (autos da execução), e intimada do hastearamento de bens.

Cuida-se, assim, de embargos de terceiro opostos pela própria parte-executada, a quem cabia, evidentemente, opor embargos do devedor e não de terceiro.

Dispõe o art. 1.046 do Código de Processo Civil, que os embargos de terceiro competem a quem, não sendo parte na ação, tiver bens penhorados etc.

Era evidente, portanto, a carência da embargante, com relação à medida proposta.

Não se trata, no caso, de exclusão de meação ou demonstração de que não foi beneficiária com o débito assumido, porquanto a apelante é devedora e executada e, somente nessa condição é que poderá defender-se.

O tema suscitado, em face da relação existente, está mal enfocado e, por essa razão, o recurso não tem como subsistir.”

A matéria em debate foi agitada, ainda, em embargos de declaração, rejeitados às fls. 324/325.

Não houve o necessário prequestionamento da questão alusiva à Lei n. 8.009/1990 no acórdão, mesmo porque os aclaratórios opostos pela recorrente sequer tocaram no tema (cf. fls. 317/319).

Assim, impossível, sob tal prisma, examinar-se o especial.

Também não tem pertinência a invocação dos arts. 128 e 515 do CPC, pois não os debateu o acórdão e, aliás, foram usados, nos embargos de declaração, como a justificar espécie de omissão, portanto inadequadamente à situação.

No tocante à questão remanescente, entendeu o acórdão estadual, como visto, que não poderia a recorrente, na qualidade de avalista, fazer uso dos

embargos de terceiro, eis que por também ser executada, cabe-lhe opor embargos à execução.

Admite-se o manejo dos embargos de terceiro pela esposa, para a defesa da sua meação, quando ela não integre a execução, e sofra constrição em sua parte dos bens. Não sendo nessa circunstância, ela não é terceiro estranho à lide, mas, sim, parte na lide, como litisconsorte passivo do executado, já que foi avalista do título.

Acontece, porém, que esse princípio sofre uma atenuação: quando, não obstante seja parte na lide — no caso ela é avalista do marido (devedor principal) — não tenha havido intimação da penhora, o que constitui uma irregularidade, que a coloca, em verdade, como uma estranha à lide que se desenvolve sem observância do devido processo legal, autorizando o uso da defesa representada pelos embargos de terceiro.

Nesse sentido já decidiu esta Turma no REsp n. 46.242-MT, **litteris**:

“Processo Civil. Penhora sobre imóvel. Imprescindibilidade da intimação do cônjuge do devedor. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Meação do cônjuge. CPC, art. 669. Recurso provido.

I - Sendo imprescindível a intimação do cônjuge do devedor em havendo penhora sobre bem imóvel, a inobservância desse comando legal, quando não sanada a falha, importa em nulidade dos atos posteriores à penhora.

II - À mulher casada é lícito defender a sua meação também através dos embargos de terceiro, salvo quando a execução for contra ela movida na qualidade de litisconsorte.” (Quarta Turma, 46.242-MT, Relator p/ o acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, por maioria, DJ 1ª.04.1996)

Destaco do voto do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o seguinte excerto:

“Com efeito, é da doutrina e da jurisprudência, inclusive deste Tribunal, iterativa, que se apresenta indispensável a intimação do cônjuge em tal hipótese. A propósito, rogo licença para trazer à colação notas e jurisprudência que fiz inserir **in** ‘Código de Processo Civil Anotado’ (Saraiva, 5ª ed., art. 669, p. 399) e em ‘O STJ e o Processo Civil’ (Brasília Jurídica, 1995, art. 669).

Assim, fixado o entendimento de que se impunha a intimação como obrigatória e não efetivada a mesma, segundo assentado, era lícito à recorrente insurgir-se contra tal anomalia, inclusive se utilizando dos embargos de terceiro.

Ademais, é de aduzir-se que, não participando a recorrente da relação processual, uma vez não intimada como determina a lei, não haveria, em tese, como demonstrar-se o atingimento de sua meação, como entendeu, diversamente da jurisprudência desta Corte, diga-se de passagem, o r. acórdão.”

Realmente, se não houve intimação da penhora, ato que antecede os embargos à execução, ficaria a esposa sem poder se defender sequer como parte, daí o elastecimento que se dá, em tal circunstância, ao uso dos embargos de terceiro, na aplicação do art. 1.046 do CPC, mesmo sendo ela parte no processo.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento, para admitir o manejo dos embargos de terceiro, determinando ao Juízo singular o exame do seu mérito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 259.185-RJ (2000/0048275-7)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Romilton de Souza Corrêa

Advogados: Ekel Luiz Servio de Souza e outros

Recorrida: Gizelda Leitão Teixeira

Advogados: Leopoldo Peres e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Depoimento prestado em procedimento administrativo-militar, em que o averiguado manifesta sentimento de intimidação e temor de interferência de Promotora de Justiça, dada a sua transferência para a Justiça Militar tão logo divulgada a documentação pertinente ao envolvimento de seu marido em fatos comprometedores. Conduta ilícita inexistente. Improcedência da ação.

Entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, há de incluir-se a ilicitude da conduta do agente, aspecto não ocorrente no caso. Hipótese em que, em seu depoimento, o averiguado procurou destacar o cunho de intimidação de que padecia e o temor de interferência da promotora, recém-transferida para a Justiça Militar.

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, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini.

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

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Gizelda Leitão Teixeira, Promotora de Justiça, ajuizou ação de indenização por dano moral contra Romilton de Sousa Corrêa, Major da Polícia Militar, sob a alegação de que teve a sua honra ofendida pelo réu quando prestou declarações no procedimento administrativo-militar instaurado pelo Comando da Polícia Militar com o objetivo de apurar a autoria de informações caluniosas e difamatórias perpetradas contra a honra do Major Marcos José Pinto, marido da autora. Esclareceu que o réu, em seu depoimento, imputou-lhe conduta desairosa e indigna ao insinuar que ela, Promotora de Justiça, atuante na Auditoria da Justiça Militar e esposa da parte interessada no procedimento de averiguação, poderia valer-se de sua função para interferir no feito, com fortes indícios de intimidação ao declarante. Disse que, finda a investigação, e tendo concluído o Coronel PM Chefe do Estado Maior pela existência de indícios de crime, os autos foram enviados à Auditoria Militar, na qual o Ministério Público ofereceu contra o réu a denúncia por crime de calúnia e difamação.

O MM. Juiz de Direito, entendendo que o réu, ao desconfiar do comportamento da autora causou-lhe danos morais, julgou procedente o pedido para condená-lo ao pagamento da quantia equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, acrescidos de juros de mora, contados da citação, custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Juntaram-se os documentos de fls. 177/181.

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do demandado para reduzir a 100 (cem) salários mínimos o valor da condenação. Eis a ementa do julgado:

“Responsabilidade civil. Danos morais.

Anulada sentença proferida na ação penal por difamação, não repercute na esfera civil.

Imputação danosa, pessoal e funcional, à ofendida.

Comentários feitos pelo apelante enquanto prestava depoimento em ação penal, que envolvia o marido da apelada, Promotora de Justiça, no sentido de que esta poderia interferir no processo, acusando-a ainda de intimidá-lo como réu, naquela ação.

Fatos lesivos evidenciados, surge o dever de indenizar, em conseqüência.

Conquanto proporcional o valor arbitrado, pode ser reduzido, à consideração dos ganhos do apelante.

Provimento parcial do recurso.” (Fl. 184)

Os embargos de declaração foram rejeitados em acórdão assim vazado, no que ora interessa:

“Os embargos de declaração sedimentam-se em alegada omissão relativa a documentos, tidos como relevantes pelo embargante, que não teriam sido considerados no aresto.

Contudo, a alegada omissão relativa aos documentos de fls. 177/181 não é de se acolher, os mesmos não passaram pelo crivo do contraditório, uma vez que juntados após o relatório dos embargos infringentes, razão pela qual não podiam ser considerados no julgamento.” (Fl. 199)

Inconformado, o réu manifestou este recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando negativa de vigência aos arts. 458, II; 535, I e II, do CPC; 159, 1.525 e 1.547, parágrafo único, do Código Civil de 1916. Afirma que os fundamentos do acórdão dos declaratórios estão em divergência com as questões fáticas, ou seja, a sentença criminal, uma vez completada, manteve a absolvição do recorrente, tendo sido juntada aos autos antes do julgamento da apelação e não após o relatório dos embargos infringentes que não foram sequer opostos. De outro lado, sustentou que, absolvido na esfera criminal por inexistência de crime, não há falar em indenização por ofensa à honra. Aduziu não se poder reputar lesivas as declarações prestadas pelo réu em interrogatório, nas quais diz ele temer possível intervenção de um membro do Ministério Público em ação penal pela qual responde. Por fim, pugnou pela redução do valor indenizatório, afirmando tratar-se de modesto oficial da Polícia Militar que recebe como vencimento não mais que R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Oferecidas as contra-razões, o apelo nobre foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. O acórdão recorrido contém alguns equívocos no tocante a alguns aspectos fáticos da lide, quais sejam: a) a anulação da sentença proferida na ação penal movida contra o ora recorrente por calúnia e difamação, quando, na verdade, a decisão, após a complementação noticiada a fls. 177/179, fora absolutória, com trânsito em julgado (fls. 180/181); b) a juntada desses documentos ocorreu antes do julgamento da apelação, e não depois do relatório dos embargos infringentes, inexistentes no caso; c) as declarações prestadas pelo réu recorrente, em cujo bojo se conteve o comentário tido como desairoso à honra da autora, deu-se em procedimento administrativo-militar, denominado “averiguação”.

A despeito de tais equívocos, não se pode considerar como afrontados na espécie os arts. 458, II, e 535, I e II, do CPC, uma vez que a decisão combatida pronunciou-se sobre o **punctum dolens** da controvérsia com os fundamentos que lhe pareceram pertinentes e porque, com referência à documentação acostada a fls. 177/181, entendeu não terem eles passado pelo crivo do contraditório (fl. 199).

2. Para a solução do litígio, impende expor a síntese dos fatos que antecederam o comentário feito pelo réu, ora recursante, no depoimento prestado na averiguação instaurada.

O marido da autora, então Capitão PM Marcos José Pinto, quando indicado para servir no CISP (“Centro de Inteligência de Segurança Pública) teve a sua vida investigada, sendo-lhe desfavorável o resultado da investigação, com a imputação de crimes graves e de conduta incompatível com a condição de militar.

Em razão do “relatório” apresentado, instaurou-se um procedimento administrativo-militar, denominado “averiguação”, com a finalidade de apurar a sua autoria, “chegando-se finalmente à pessoa de três militares, dentre eles o Réu, Romilton de Souza Corrêa” (petição inicial, fl. 2).

Essa apuração resultou em denúncia oferecida contra o réu e outros militares na Auditoria de Justiça Militar por delitos de calúnia e difamação.

Na referida “averiguação”, em data de 02 de janeiro de 1996, o réu recorrente prestou depoimento, em que, quase ao seu final, teceu o seguinte comentário, que é precisamente o objeto desta lide, **in verbis**:

...“que, finalmente, espera que o Ministério Público cumpra seu papel constitucional com isenção e equilíbrio, impedindo que um de seus membros, cônjuge de parte interessada no presente processo apuratório,

transferido/removido para a DRDCI/AJMERH, tão logo foi divulgada a documentação do SSP/Cisp envolvendo o Major Marcos, sendo este que teria sido o autor da reprodução xerografada, interfira sistematicamente no feito, com fortes indícios de intimidação ao declarante, como poderá ser provado em futuro próximo”... (fl. 58).

De salientar-se que esse excerto do depoimento prestado pelo réu no procedimento administrativo-militar se encontra transcrito tanto pela sentença como pelo acórdão recorrido. A exposição acima feita tem como finalidade apenas esclarecer o quadro dos fatos, em cujo contexto está o trecho-comentário que a autora tem como desairoso, indigno, lesivo à sua honra.

3. Em primeiro lugar, cabe consignar-se que a sentença absolutória do réu quanto aos crimes de calúnia e difamação de que teria sido vítima a autora desta ação, Gizelda Leitão Teixeira, não se torna imperativa ao Juízo Cível, como está a pretender o recorrente com base no art. 1.525 do Código Civil de 1916. Ocorre que a absolvição, conforme o próprio recorrente esclareceu na forma da documentação por ele apresentada, ocorreu com fundamento no art. 439, letra **b**, do Código de Processo Penal Militar, ou seja, “não constituir o fato infração penal”.

Na ação penal, portanto, não se reconheceu a inexistência do fato, nem se afastou o réu da autoria (art. 1.525 do CC/1916, acima mencionado, e 66 do Código de Processo Penal).

Consoante jurisprudência desta Casa, “o que o art. 1.525 do Código Civil obsta é que se debata no juízo cível, para efeito de responsabilidade civil, a existência do fato e a sua autoria quando tais questões tiveram sido decididas no juízo criminal”. (REsp n. 257.827-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Na mesma linha confirmam-se os REsps ns. 409.890-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, e 6.914-DF, de minha relatoria).

Nesses termos, não há falar **in casu** em contrariedade do art. 1.525 do Código Civil de 1916.

4. Incumbe analisar se, de fato, o réu, no excerto em questão de suas declarações, consciente e voluntariamente, teceu comentários desairosos e indignos que macularam a honra da ora recorrida. Para a sentença, a mera desconfiança lançada contra a conduta profissional da Promotora de Justiça já é o bastante para caracterizar o dano moral por ela suportado. Por sua vez, o Tribunal **a quo** considerou que o réu, ao atribuir à autora o descumprimento de seu dever funcional, atingiu a sua honra pessoal, causando-lhe danos.

Penso, porém, que não é bem assim. O réu, no trecho focado, não imputou à autora o desvio de cunho funcional; apenas se mostrou temeroso ante a

circunstância — que destacou — de haver ela, na qualidade de promotora, ter-se transferido para a DRDCI/JMEMH tão logo divulgada a documentação referente ao envolvimento do marido, Major Marcos José Pinto. Tal apreensão não era desarrazoada, pois, naquele procedimento administrativo-militar (a “averiguação”), era ele um dos militares investigados, como, aliás, asseverou a própria suplicante em sua peça exordial: “2. Em razão de tal documento foi instaurado procedimento apuratório para investigar sua autoria, chegando-se finalmente à pessoa de três militares, dentre eles o réu Romilton de Souza Corrêa” (fl. 2).

Em seguida, finda a “averiguação”, o Ministério Público efetivamente ofereceu denúncia contra o réu e mais três militares (fls. 6/7).

Pelo que se pode depreender do comentário questionado, o ora recorrente pretendeu manifestar ali a sua inquietação quanto à isenção e equilíbrio do representante do Ministério Público, dada a transferência de lotação da autora tão logo divulgada a documentação relativa ao envolvimento do seu marido. E tal circunstância é denotada pela sua assertiva de que se sentia intimidado (“com fortes indícios de intimidação” ao declarante — fl. 58). Procurou ele, em última análise, esboçar defesa em seu pro, dado que, no depoimento reiterara não só a forte inimizade mantida com o Major Marcos José Pinto, mas também a circunstância de que fora portador de notícias gravemente comprometedoras em relação ao seu desafeto, incompatíveis com a sua condição de militar.

Não se pode dizer, pois, tenha tido o réu o intento de macular a honra da demandante. O seu escopo foi o de simplesmente enfatizar a situação em que se encontrava, como averiguado e possível réu em ação penal que, de resto, instaurou-se logo em seguida.

Não havendo conduta ilícita, não há falar em reparação de prejuízos, quer de ordem material, quer de ordem moral. O comportamento do réu na ocasião não pode ser reputado como abusivo ou anômalo. Basta atentar-se para os termos em que vazada a sentença criminal absolutória, complementar, para verificar-se a ausência absoluta do desígnio do réu em ofender a honra pessoal e funcional da demandante. É ler-se:

“Saliente-se, em primeiro lugar, que não consta da preambular em que circunstância, nem em que condição o major Romilton de Souza Corrêa prestou tal declaração, o que faz a denúncia ser imediatamente considerada como lacunosa e impeditiva do exercício do pleno direito de defesa.

Em segundo lugar, somente através de um verdadeiro malabarismo interpretativo é que se pode chegar à conclusão de que as palavras acima referidas podem ‘dar a entender’ a conclusão a que chegou o Dr. Promotor de Justiça.

Em terceiro lugar, basta que se faça a leitura dos arts. 214 e 215 do CPM para que se evidencie, sem a menor dúvida, que os tipos ali definidos não admitem para as figuras da calúnia e da difamação abstrair o núcleo dos referidos tipos consubstanciado no verbo ‘imputar’ admitindo as formas insinuar ou dar a entender como existente tal intenção quando as palavras ditas pelo réu formam uma seqüência lógica de quem pretende exteriorizar um fundado temor diante da viabilidade de um acontecimento futuro.” (Fl. 178)

Tais fundamentos, se não obrigam imperativamente o Juízo Cível consoante acima registrado, ao menos servem para evidenciar a falta, no caso, do desígnio de atingir a honorabilidade da Dr^a. Promotora de Justiça.

No magistério de **Caio Mário da Silva Pereira**, “a essência da responsabilidade civil para o legislador de 1916 reside na determinação do comportamento culposos do agente, ou sua culpa. Para se determinar a obrigação de reparar o dano cumpre, então, precisar em que consiste o comportamento culposos. Reside a culpa na infração de uma regra de conduta preexistente, seja esta assentada em disposição de lei, seja estabelecida em cláusula contratual” (“Responsabilidade Civil. (Aspectos) no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Desconsideração da Personalidade”, in “Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas”, Ano IX, n. 7. 1^a Semestre de 1995, p. 128).

Como visto acima, o réu, na parte final de seu depoimento, pretendeu apenas mostrar o seu temor diante da circunstância que indicara. Não se pode entrever ali comportamento censurável, qualificado pela culpabilidade.

Conforme escólio de **Humberto Theodoro Júnior**, “para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que ‘pequenos melindres’, insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devem ser motivo de processo judicial. De **minimis non curat praetor**, já ressaltavam as fontes romanas. Enfim, entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, hão de incluir-se, necessariamente, a ilicitude da conduta do agente e a gravidade da lesão suportada pela vítima (**Amarante**, ob. cit., loc. cit.; **Antônio Chaves**, ob. cit., loc. cit.)” (“Dano Moral”, pp. 7/8, 3^a ed., 2000).

A propósito, já decidiu este Tribunal, quando do julgamento do REsp n. 39.236-RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, que a caracterização do ato ilícito se condiciona à ocorrência de dolo, temeridade ou má-fé do agente.

Em suma, tendo o v. acórdão imposto ao réu condenação por dano moral, quando inexistente a conduta ilícita por parte do agente, contrariou ele a norma do art. 159 do Código Civil de 1916.

5. Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento a fim de julgar improcedente a ação. Pela autora as custas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária, estes últimos arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 259.272-GO (2000/0048527-6)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Edwaldo Peixoto Stival

Advogado: José Gonçalves da Cunha

Recorrido: Banco Itaú S/A

Advogados: Élcio Curado Brom e outros

EMENTA

Processual Civil. Execução. Penhora. Oferecimento de dinheiro. Depósito. Termo. Embargos. Prazo.

1. Duas são as modalidades de documentação da penhora no Código de Processo Civil: termo de penhora lavrado pelo escrivão (art. 657, primeira parte) e auto de penhora, confeccionado pelo oficial de justiça (art. 664, segunda parte).

2. Com o simples depósito do bem (dinheiro) oferecido à constricção, não tem início o prazo para defesa. Este prazo apenas tem início após a lavratura do termo de penhora, pressupondo, naturalmente, a validade da nomeação.

3. Recurso especial conhecido para, admitida a tempestividade dos embargos, decida o Tribunal de origem sobre o mérito das apelações.

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. Os Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha

votaram com o Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2005 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 07.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Versa a espécie embargos oferecidos pelo Banco Itaú S/A contra a execução que lhe move Edwaldo Peixoto Stival, julgados improcedentes em 1ª grau de jurisdição, com rejeição de preliminar de intempestividade.

Ambas as partes apelaram, reiterando o exequente (embargado) a tese da intempestividade dos embargos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás dá provimento à apelação do exequente, em acórdão que guarda a seguinte ementa:

“Execução. Embargos do devedor. Código de Processo Civil, art. 738, II.

No caso de depósito em dinheiro, em processo de execução, o prazo para oferecer embargos começa a correr do próprio dia em que feito o depósito, sem necessidade de lavar termo de penhora ou dirigir qualquer intimação ao devedor.” (Fl. 100)

Opostos embargos de declaração pelo Itaú, foram acolhidos, com efeitos infringentes, para afastar a intempestividade, entendendo aquela Corte que o marco inicial do prazo para oferecer a defesa é mesmo a data em que o executado toma ciência do termo de penhora.

A ementa do julgado tem a seguinte dicação:

“Embargos de declaração. Efeito modificativo. Excepcionalmente, admitem-se os embargos declaratórios com efeito modificativos. Embargos de declaração conhecidos e providos.” (Fl. 118)

Embargos de declaração do exequente rejeitados às fls. 129/135.

Sobreveio recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, suscitando, em preliminar, nulidade do acórdão (**extra petita**), por violação aos arts. 459, 460 e 471 do CPC, por imprimir aos declaratórios efeitos infringentes, sem que houvesse pedido da parte interessada.

Ainda em preliminar, afirma maltrato ao art. 535, I e II, do CPC, porque estaria o acórdão omisso, mesmo após a oposição de embargos declaratórios.

No mérito, sustenta dissídio pretoriano e violação aos arts. 657 e 738, I e II, do CPC, porque o devedor (executado) teve ciência inequívoca do ato de constrição pela assinatura do advogado no auto de depósito da quantia em dinheiro por ele mesmo oferecida à penhora. Em razão disso, mostra a desnecessidade de nova intimação do termo de penhora, não se prestando este ato como marco inicial da contagem do prazo para os embargos.

Sem contra-razões, o recurso teve inadmitido o seu processamento (fls. 153/155), ascendendo os autos a esta Corte, em virtude de provimento de agravo (fl. 159).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): De início, não há falar em julgamento **extra petita**, porquanto, apesar de não fazer o executado pedido expresso para que fossem dados efeitos infringentes aos declaratórios opostos, o fato é que toda a sua argumentação, deduzida naquelas razões (fls. 103/108), se dirige a esse propósito, ou seja, demonstrar o equívoco manifesto no acórdão que acolhera a intempestividade dos embargos do devedor. O julgado, então, limita-se a acolher a pretensão, não podendo isso significar nulidade, notadamente porque em consonância com a jurisprudência dominante sobre o assunto, **verbis**:

“Embargos declaratórios. Efeitos modificativos. Possibilidade excepcional em caso de equívoco manifesto.

Os embargos de declaração admitem, em caráter excepcional, a modificação do julgado quando ocorrer erro manifesto no **decisum** embargado.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 390.426-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 24.03.2003)

“Criminal. EDcl no REsp. Prazo. Intempestividade não configurada. Morte de uma das recorridas. Extinção da punibilidade. Perda de objeto. Tempestividade do recurso especial constatada. Anulação do acórdão. Prosseguimento do julgamento.

I - Evidenciada a morte da recorrida Juraci de Lourdes Paiva, está extinta sua punibilidade, perdendo o objeto o recurso, em relação à sua pessoa.

II - Constatada a tempestividade do recurso especial, deve ser cassado o acórdão embargado.

III - Admitem-se efeitos infringentes aos embargos de declaração, quando há manifesto equívoco no julgamento a ser reparado. Precedentes.

IV - Embargos acolhidos para, reconhecendo-se a tempestividade do recurso especial, cassar o acórdão embargado, determinando a inclusão do feito em futura pauta, para o julgamento do recurso interposto contra Inês Raquel Cardoso.

V - Embargos acolhidos.” (REsp n. 225.248-MG, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.09.2003)

Disso decorre descabida a violação ao art. 535, I e II, do CPC, pois clara a ausência de omissão a sanar, constatação que deu ensejo, corretamente, à rejeição dos embargos declaratórios opostos pelo recorrente (exequente).

Quanto ao mérito do especial, a controvérsia resume-se a saber se a ciência inequívoca, por parte do devedor, do termo de depósito da quantia em dinheiro que oferecera à penhora é marco inicial para a contagem do prazo para os embargos do devedor.

Essa é a tese defendida pelo recorrente.

O acórdão recorrido, por sua vez, entende que o prazo somente começa a correr da intimação do termo de penhora.

Na hipótese vertente, o devedor, Banco Itaú S/A, após devidamente citado para a execução, compareceu aos autos, em 27 de maio de 1996, oferecendo à penhora quantia em dinheiro (R\$ 26.256,18), para ser depositada à ordem do juízo (fl. 408-AP).

Colhida manifestação do exequente, a MM^a. Juíza proferiu decisão (fl. 421-AP), aceitando a quantia oferecida pelo devedor, determinando ainda o seu depósito, bem como a redução da penhora a termo, intimando-se as partes.

Foi, então, em 24 de setembro de 1996, lavrado “Termo de Depósito” (fl. 423-AP) dele tomando ciência o advogado do devedor.

Em 10 de outubro de 1996, lavrou-se “*termo de nomeação de bens à penhora*” (fl. 424-AP), ficando, novamente, o advogado do devedor expressamente dele intimado.

Como visto, no presente processo, a penhora foi efetivada por termo nos autos, uma das duas modalidades de sua documentação (a outra é por meio de auto lavrado pelo oficial de justiça). Assim, o rito a seguir, e na espécie o foi, é o do art. 657 do CPC, ou seja, oferecido o bem à penhora e aceita a nomeação, será ela reduzida a termo, “havendo-se por penhorados os bens”.

Araken de Assis, in “Manual do Processo de Execução”, 6^a ed., 2000, pp. 531/532, leciona sobre o assunto:

“Existem duas modalidades de documentação da penhora no Direito pátrio:

a) o termo de penhora (art. 657, primeira parte), que incumbe ao escrivão lavrar, após o acolhimento de nomeação válida (*retro*, 175);

b) o auto de penhora (art. 664, segunda parte), confeccionado pelo oficial de justiça, não sucedendo de o executado nomear bens ou na hipótese de desacolhimento da nomeação (*infra*, 183).

Advertia com acurácia LIEBMAN, na vigência do Código anterior, que ‘a nomeação de bens, reduzida a termo, é, pois, um dos modos de fazer a penhora e, propriamente, o mais rápido e simples e o menos dispendioso. Com efeito, neste caso o devedor economiza as despesas do oficial de justiça e o credor vê o procedimento tomar rumos céleres.”

E esclarece:

“A penhora por termo dispensa a assinatura do devedor (*retro*, 182).

Mostra-se imprescindível, nesta contingência, efetivar a intimação do executado, posteriormente à confecção do termo, para estabelecer o termo inicial do prazo de embargos.

Claro está que o devedor pode ter sido investido nas funções de depositário (*retro*, 192) e, por isso, assinado o termo. Neste caso, o prazo fluirá da assinatura do termo, assentou a Sétima Câmara Cível do TARS.” (Fl. 1.080)

Vê-se, pois, que a penhora se concretiza e se aperfeiçoa por termo nos autos, no caso de o bem oferecido pelo devedor ser aceito. Assinado pelo devedor, torna-se o marco inicial para o decurso do prazo para os embargos.

Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

“Processo de execução. Embargos. Termo de nomeação de bens à penhora. Assinatura dos devedores. Fluência do prazo. Recurso desprovido.

I - Se os devedores nomeiam bens à penhora, que reduzida a termo é por eles assinado, o prazo para oposição dos embargos tem início a partir da data da assinatura, sem necessidade da intimação prevista no art. 669 do CPC.

II - Recurso não conhecido.” (REsp n. 151.343-SC, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 03.05.1999)

“Processo Civil. Execução. Termo de penhora. Assinatura em cartório. Ausência de intimação do executado do prazo dos embargos. CPC, arts. 669, 598 e 225. Peculiaridades do caso. Precedente. Recurso desacolhido.

Dispensável a intimação de que cogita o art. 669, CPC, quando o devedor, assistido por advogado, nomeia bens e assina o respectivo termo em cartório.” (REsp n. 214.287-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13.09.1999)

Por isso não tem cabimento, **data venia**, a tese do recorrente, no sentido de iniciar a contagem do prazo para a defesa a partir do depósito do bem oferecido à constrição.

Note-se que, no caso em análise, o termo de penhora foi assinado pelo advogado do devedor, com poderes para isso, conforme procuração de fl. 5/5v.

A propósito:

“Execução fiscal. Termo de penhora. Nomeação de bens pelo devedor. Assinatura do juiz e avaliação do bem constritado. Ausência. Irregularidade. Intimação do devedor. Prazo para oposição dos embargos do devedor. Termo **a quo**. Avaliação. Reforço da penhora. Violação à lei federal não configurada. Precedentes.

I - O termo de penhora constitui-se em uma das modalidades de documentação da penhora no Direito pátrio. Sendo ato de competência do escrivão, a ausência de assinatura do juiz ao termo de penhora não o infirma, máxime se inexistente sanção que comine a respectiva nulidade.

II - Considera-se intimado o devedor que, assistido por advogado, munido de poderes especiais, nomeia bens à penhora e assina o respectivo termo de penhora, passando à qualidade de fiel depositário, já que, nesta oportunidade toma ciência iniludível da constrição patrimonial, e, portanto, deflagra a fluência do termo **a quo** para oposição dos embargos do devedor.

III - A não-avaliação do bem constritado no termo de penhora não invalida o ato, mas constitui-se em irregularidade formal, sanável a qualquer tempo pelo reforço da penhora, nos termos do art. 15, III, da LER” (REsp n. 95.955-MG, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 11.09.2000)

Forçoso é concluir, portanto, que intimado o devedor do termo de penhora em 10 de outubro de 1996, são tempestivos os embargos apresentados em 18 de outubro de 1996.

A espécie contém uma particularidade, consubstanciada no fato de que o Tribunal de origem limita-se a decidir a questão da tempestividade dos embargos à execução, sem, contudo, emitir pronunciamento sobre o prosseguimento ou não da execução, conforme devidamente decidido em 1ª grau de jurisdição.

Diante disso, presentes os requisitos formais intrínsecos e extrínsecos do especial, dele conheço para, aplicando o direito à espécie, concluir, assim como o acórdão, pela tempestividade dos embargos e, em consequência, determinar a volta dos autos ao Tribunal de origem, para julgar o mérito das apelações.

RECURSO ESPECIAL N. 279.243-RS (2000/0097141-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: D. H. P. N. (menor)

Representado por: R. D. P. P.

Advogados: Francisco José Lutzemberger e outros

Recorrido: P. M. Z. J.

Advogado: Luiz Carlos Lopes Madeira

Sustentação oral: Luiz Carlos Lopes Madeira, pelo recorrido

EMENTA

Civil e Processual. Ação de investigação de paternidade. Alegação de coisa julgada. Despacho saneador agravado de instrumento. Despacho da Relatora negando seguimento ao recurso. Agravo inominado. Acórdão da Câmara Cível que de logo aprecia o mérito do agravo de instrumento e extingue a ação por impossibilidade jurídica do pedido. Ofensa ao art. 557, § 1º, não prequestionada. Extinção da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Coisa julgada na anterior ação de anulação de assento de nascimento movida contra o pai registral. Ausência de prejudicialidade à ação investigatória movida contra outrem, que não integrou a demanda desconstitutiva. Ação de estado de pessoa. Interesse público. CPC, arts. 267, VI, e 472. Condição temporal para o exercício da ação investigatória. Inexistência de idade mínima. Prazo quadrienal que, além de não mais prevalecer, se referia ao limite máximo, não inibindo demanda movida pela representante, em nome do menor. CC anterior, art. 362. ECA, art. 27. Exegese.

I - A ausência de prequestionamento da questão referente ao art. 557, § 1º, do CPC, impede a apreciação da tese alusiva à nulidade do acórdão, registrando-se que tal requisito se faz necessário ainda que a questão federal controvertida tenha surgido no próprio julgamento de 2ª instância. Precedentes do STJ.

II - A coisa julgada ocorrida na anterior ação de anulação do assento de nascimento do menor-autor, de que fez parte, no pólo passivo, apenas o pai registral, não inibe o ulterior ajuizamento de ação de investigação de paternidade contra o suposto pai verdadeiro, ainda que tal venha a produzir efeito sobre o registro primitivo, em atenção à prevalência do interesse público na ação de estado de pessoa e da busca da verdade real. Necessidade, todavia, da presença do pai registral também na lide investigatória, **ab initio**, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

III - O prazo decadencial quadrienal previsto no art. 362 do Código Civil anterior, além de não mais prevalecer em face do ECA, art. 27, também então limitava apenas o tempo máximo para o exercício da ação, não inibindo o seu ajuizamento pela representante da menor para a defesa dos seus interesses.

IV - Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, afastada a impossibilidade jurídica do pedido, mas anulado o processo para a integração do pai registral desde o início, como litisconsorte passivo necessário.

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 em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 03 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 30.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Início por adotar o relatório de fls. 57/58, **verbis**:

“Ajuizada a ação de investigação de paternidade contra quem não é o pai registral, o agravante contestou o feito, alegando questões preliminares, como a ilegitimidade de parte e carência da ação, fulcradas no art. 267, IV,

do Código Civil, pois a anterior tentativa de anular o registro fora julgada improcedente. Desta forma, a ação, que é pessoal do filho do perfilhado, somente pode ser ajuizada até quatro anos da maioridade ou da emancipação. Além disto, o pedido seria impossível, pois para propor-se a investigatória ter-se-ia, antes, de dissolver-se a sociedade conjugal entre a mãe do investigante e o pai biológico, o que não estava provada. Apontou-se, ainda, defeito na citação, pois não foi instalado o litisconsórcio necessário. Por derradeiro, uma questão prejudicial, que exigiria a suspensão do processo, tramitando que estava outra ação, a que buscava a anulação do registro original. Também debateu o mérito.

O eminente magistrado rejeitou as preliminares, entendendo a parte como legítima, possível a ação, desnecessidade da apensação de outro feito e integração do litisconsorte.

Insatisfeito, interpôs o presente agravo, a que a eminente plantonista negou seguimento, achando que algumas questões já estavam resolvidas (litisconsórcio, cumulação) e outras eram questões de mérito, que não precluíam, podendo ser levantadas no curso da instrução.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao agravo, em acórdão assim ementado (fl. 56):

“Agravo inominado. Investigação de paternidade cumulada com desconstituição de registro. Ação anterior para anular o registro julgada improcedente. Coisa julgada. Pedido impossível. Extinção.

Embora imprescritível a pretensão investigatória, havendo anterior decisão trânsita, julgando improcedente a desconstituição do registro de nascimento, descabem as ações cumuladas, frente à coisa julgada, que inibe a projeção de efeitos no pleito de reconhecimento da paternidade, restando o pedido como impossível.

Agravo inominado acolhido, por maioria.”

Inconformado, D. H. P. N., menor impúbere, interpõe, pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão negou vigência aos arts. 557, § 1º; 267, IV e VI; 301, §§ 1º, 2º e 3º, e 472 do CPC, e 362 do Código Civil anterior, além de divergir da interpretação a respeito dada por outras Cortes.

Aduz que o acórdão é nulo, pois ao ser dado seguimento ao recurso como agravo inominado e não de instrumento, houve cerceamento da defesa. E como não se admitem para impugnar o acontecido embargos infringentes (o julgamento foi majoritário), resta, apenas, o recurso especial, para o que deve ser

entendida a decisão como de última instância, sem sequer se exigir embargos declaratórios.

Diz, mais, que não houve coisa julgada e nem impossibilidade jurídica do pedido, a primeira porque o julgamento emanado da Sétima Câmara Cível na AC n. 598362705 foi entre o ora recorrente-autor (D. H. P. N.) e A. H. B. N., não sendo parte o ora recorrido, P. M. Z. J. Salienta que também a causa de pedir da ação anulatória anterior é diversa da investigatória de paternidade ora em exame, bem assim o pedido de ambas. A causa de pedir da anulatória movida contra A. H. B. N. foi a falsidade do registro de nascimento do genitor, enquanto a causa de pedir da investigatória é ser P. M. Z. J. o pai biológico. O objeto da anulatória é a desconstituição parcial do assento de nascimento do menor e o da investigatória é o reconhecimento da paternidade do mesmo menor, pelo ora réu.

Assere, ainda, que na correta interpretação do art. 363 do Código Civil pretérito, o exercício da ação pela qual o filho menor pode impugnar o reconhecimento não é apenas nos quatro anos ulteriores ao atingimento da maioridade, podendo sê-lo antes, invocando jurisprudência paradigmática do STJ a respeito.

Contra-razões às fls. 213/219, afirmando que inexistiu cerceamento de defesa, pois a apreciação da coisa julgada pode e deve ser feita de ofício; que em relação ao art. 267, IV, a referência foi meramente enunciativa, não trazendo fundamentação consistente; que a natureza da ação anulatória anterior é a mesma desta, em face do seu objetivo remoto, que é a troca da paternidade, o que restou atingido pela coisa julgada; que inocorreu violação ao art. 362, pois o direito foi exercido, apenas que rechaçado. Adiciona, por derradeiro, que o dissídio não se acha demonstrado na forma exigida legalmente.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 228/234.

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República às fls. 248/251, pelo Dr. Eduardo Antônio Dantas Nobre, no sentido do conhecimento parcial e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial derivado de ação investigatória de paternidade movida por D. H. P. N. contra P. M. Z. J., julgada extinta, por impossibilidade jurídica do pedido, porque a precedente ação anulatória do registro foi julgada improcedente.

A irresignação, calcada nas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, sustenta negativa de vigência aos arts. 557, § 1º; 267, IV e VI; 301, §§ 1º, 2º e 3º, e 472 do CPC, e 362 do Código Civil anterior, além de dissídio jurisprudencial.

I

Inicialmente, examino a alegada nulidade do acórdão estadual.

Em face das preliminares suscitadas pelo réu investigado, o MM. Juiz de 1º grau proferiu saneador rejeitando-as (fls. 59/61 dos autos originais, correspondentes às fls. 24/26 destes autos).

Interposto agravo de instrumento pelo réu (fls. 2/5), sobreveio despacho da Relatora, Desembargadora Maria Berenice Dias, negando provimento ao agravo (fl. 49).

Dessa decisão foi interposto agravo inominado (fls. 52/54) à Sétima Câmara Cível, que restou provido, por maioria, liminarmente acolhendo também o agravo de instrumento originário para extinguir a ação por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC — fls. 56/64).

Sustenta o ora recorrente que houve ofensa ao art. 557, § 1º, do CPC, porquanto se provido o agravo inominado que buscava afastar a decisão liminar do Relator, o Tribunal teria de a tanto limitar-se, não podendo prosseguir no julgamento do próprio agravo de instrumento e apreciar o seu mérito.

Ocorre, porém, que a questão não foi objetivamente enfrentada pelo Tribunal estadual e o recorrente deixou de opor embargos declaratórios para suscitar a manifestação da Corte **a quo** a respeito, atraindo a incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do colendo STF.

Registre-se, a propósito, que a jurisprudência do STJ é tranqüila quanto à necessidade do prequestionamento, ainda que a violação à norma federal surja no julgamento efetuado no próprio 2º grau, como se infere, à guisa de exemplo, dos seguintes arestos, **litteris**:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Prequestionamento. Necessidade. Embargos rejeitados.

Inexiste a alegada omissão, uma vez que o acórdão recorrido enfrentou todas as questões que lhe foram postas.

Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, o prequestionamento é necessário, ainda que a questão federal tenha surgido no próprio acórdão recorrido.” (Quarta Turma, EDcl no Ag n. 199.317-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJ 10.05.1999)

(...) “Civil e Processual. Ação de indenização. Direito de imagem. Utilização de foto de piloto e automóvel de competição (‘auto-cross’) para confecção e comercialização de jogo de quebra-cabeça. Condenação. Liquidação por arbitramento. Laudo pericial. Sentença que o acolhe. Apelação. Elevação do montante do ressarcimento pelo Tribunal estadual. Alegação de julgamento **extra petita** e desfundamentado. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Súmulas ns. 282 e 356-STF

I - A orientação tranqüila firmada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o prequestionamento se faz obrigatório ainda que a questão federal tenha surgido no próprio acórdão recorrido, sob pena de incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do colendo STF.

II - Recurso especial não conhecido.” (Quarta Turma, REsp n. 25.569-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, unânime, DJ 25.06.2001)

Rejeito, portanto, a prefacial.

II

Quanto aos arts. 267, VI, e 472 do CPC, e 362 do Código Civil anterior, efetivamente prequestionados, tenho que o recurso pode ser admitido, de logo observando que bastante a suscitação do tema no voto vencido, posto que ele é proferido na sessão de julgamento, portanto considerado pelos demais julgadores, ainda que não o sufraguem.

Ainda que assim não fosse, é claro o prequestionamento implícito nos votos vencedores sobre a coisa julgada e a limitação temporal ao exercício da ação.

O voto condutor do acórdão, do eminente Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, diz o seguinte (fls. 58/62):

“Os autos contêm a decisão desta Câmara, de que fui Relator, tomada no apelo interposto pela mãe e filho, em ação ajuizada contra o pai registral, para desconstituir o registro de nascimento. Dita ação foi julgada improcedente, sentença aqui ratificada, cujo cerne foi a negativa do indigitado pai em submeter-se ao exame do DNA. Esta Corte concluiu que a recusa não era presunção suficiente para anular o registro de nascimento e o recurso foi rejeitado. Desta forma, por óbvio, rejeitado o pleito, o menor continua registrado em nome do ora interessado. Como a decisão do órgão fracionário é de dezembro do ano passado, determinei verificação no sistema de informática do Tribunal sobre o trânsito em julgado, que já ocorreu, sem qualquer insurreição, motivo por que os autos originais já foram remetidos à Comarca de Pelotas, no dia 19.02.1999. Portanto, o registro de nascimento manteve-se hígido, sem anulação, ou seja, A. H. B. N., é o pai de D., para todos os efeitos jurídicos.

Ainda nesta sessão, coloquei em pauta o julgamento da apelação n. 598502896, de Porto Alegre, onde examinei a questão da imprescritibilidade da ação investigatória e a prescritibilidade (decadência) da ação de desconstituição do registro.

Peço licença para repetir algumas considerações ali expendidas:

‘Quanto à imprescritibilidade da ação para anular o registro, hoje considerada como mero efeito da investigatória, tanto que não necessita ser proposta de forma concomitante com àquela pretensão (RJTJRGs 180/96), há algum dissenso.

Não olvido as decisões tomadas na colenda Oitava Câmara desta Corte, sob a respeitável preleção do Desembargador Eliseu Gomes Torres, para quem o dispositivo legal que endereça a prescrição estaria revogado pela Magna Carta (RJTJRGs 175/800 e 182/390; também, em caso de erro essencial ou falsidade do registro, JTJSP). Assim, também o pedido desconstitutivo seria abrangido pela regra constitucional da imprescritibilidade.

É tema que, embora o brilhantismo do autor da proposta, aliás reprimada em outros votos nos órgãos fracionários que cuidam das controvérsias de família, ainda não foi assimilado devidamente pelos guardiães da Grundnorm. Não esqueço que o excelso Pretório entende que a prescrição é ‘causa extintiva da prescrição ‘e não do direito abstrato de ação, por isso sendo instituto de direito material, a ela se aplicando a lei do tempo em que teria ocorrido e não sendo alcançada, portanto, por preceito constitucional posterior, cuja aplicação imediata implica apenas que este alcance os efeitos futuros de fatos passados, e não os fatos já consumados no passado (STF 732/157).

No caso concreto, entretanto, a questão passou em julgado, não foi brandida por qualquer recurso que a encaminhasse ao exame dos Tribunais inferiores ou superiores.

Rediscuti-la sob o pálio de um entendimento não sufragado seria ferir a estabilidade e a segurança das decisões judiciais. Ou seja, permitir que outro Tribunal, sem previsão ou apoio legal, rescindisse os veredictos de cortes simétricas, quando o interessado consolou-se com eles, deixando fluir tempo para repetir a demanda, com os mesmos enfeites, em outro lugar da Federação, embora ambas após o decesso do progenitor registral, fato que chamou atenção do preclaro Procurador de Justiça.

Penso, entretanto, que o **punctum salis** radica na indagação se houve ou não julgamento de mérito, inclusive da investigatória, quando extinguiu-se a primeira demanda pela ocorrência da prescrição (na verdade, segundo a doutrina, o prazo seria de decadência).

Respondo afirmativamente, pois me filio à mesma orientação que substratou a sentença, ou seja, a prescrição é questão de mérito.

Superadas as questões doutrinárias e jurisprudenciais, diz **Nelson Nery Júnior**, o legislador brasileiro determinou serem a prescrição e a decadência matéria de mérito, acolhendo o magistério de **Liebmann**. Assim, quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição, está julgando o mérito, mesmo quando não ingresse na análise das demais questões agitadas no processo (“CPC Comentado”, Ed. RT, 1996, p. 683).

Aliás, o preceito do digesto é de clareza solar (CPC, art. 269, IV).

Afirma **Humberto Theodoro Júnior** que a prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem, perdendo ele, após o lapso previsto em lei, aquilo que os romanos chamavam de **actio** e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer seu direito subjetivo.

Não há, contudo, perda da ação no sentido processual, pois, diante dela, haverá julgamento de mérito, de improcedência do pedido, conforme é sistemática do Código (“Curso...”, Ed. Forense, 1999, I/323).

Com a prescrição não desaparece o direito e sim a possibilidade de fazê-lo valer. Também a ação fica de pé, pode ser movida: será inútil para fazer valer o direito, mas terá utilidade para obter uma decisão judicial que espanque dúvidas quanto à prescrição, como pensa **Hélio Tornaghi** (“Comentários...”, Ed. RT, 1974, II/349/50). No mesmo sentido, **Barbosa Moreira** (“O Novo Processo...”, Ed. Forense, 1999, pp. 96/97) e **Thereza Alvim**, para quem, sendo a prescrição matéria de mérito, pode causar a improcedência da ação tendo a decisão força de coisa julgada (“Questões Prévias...”, Ed. RT, 1977, p. 16). Assim, quando o juiz indefere a inicial por motivo de decadência ou prescrição, há encerramento do processo com julgamento do mérito (RT 482/271).

A respeito, por paradigmática e perfeitamente adequada ao caso vertente, é lapidar a posição do STJ, afirmando que o reconhecimento

voluntário da paternidade, realizado quando ainda da menor o perfilhado, somente pode ser por ele impugnado dentro dos quatro anos que se seguirem a sua maioridade. Mesmo a impugnação fundada na declaração do perfilhante (falso ideológico,) se sujeita ao referido prazo decadencial, cujo transcurso **in albis**, sem manifestação de insurgência de qualquer espécie, conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre o reconhecente e o reconhecido. A investigatória de paternidade, em tais circunstâncias, proposta quando já expirado o quadriênio legal, é de ser havida por inadmissível, cumprindo ao juiz declarar o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido (STJ, Quarta Turma, REsp n. 38.856-2-RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ora, o caso concreto contém similitudes, pois ocorreu uma decisão trântisa em julgado, que resolveu o mérito, ao ter como improcedente o pedido formulado pela agravada e seu filho.

Ou seja, em sede de desconstituição de registro civil tem-se coisa julgada e somente a criança, após o quadriênio de sua maioridade ou emancipação poderá rediscutir a sua perfiliação.

É certo que no acórdão desta Câmara se disse que ao autor cabia a ação investigatória, pois a anulação do registro é considerada efeito de seu resultado. Entretanto, tal recomendação era pertinente apenas não havendo, como agora há, decisão passada em julgado sobre o ato registral.

De modo que, mesmo sendo a investigação uma ação imprescritível, não gerará qualquer efeito, pois não pode desconstituir o registro de nascimento de D. E a autoridade da coisa julgada exige que tenha eficácia, que causa conseqüências na modificação do mundo jurídico.

O pedido, então, é impossível.

Por tais motivos, extingo o processo, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI).

Acolho o agravo inominado.”

Do voto divergiu, minoritariamente, a Relatora original, Desembargadora Maria Berenice Dias, assim (fl. 63):

“Vou rogar vênias aos meus pares para dissentir.

De primeiro, é necessário que se saliente descaber o reconhecimento da coisa julgada com referência a quem não integrou a demanda. Nos precisos

termos do art. 472 do CPC, os efeitos cristalizantes da sentença operam-se somente entre as partes, não atingindo terceiros. Como o réu da ação investigatória de paternidade não integrou a demanda desconstitutiva do registro de nascimento do autor, que foi intentada contra o pai registral, de coisa julgada não se pode falar.

Ao depois, consagrada a imprescritibilidade da pretensão investigatória da paternidade, não há reconhecer a ocorrência de fato impediante de seu exercício, qual seja, a eficácia de decisão proferida entre outras partes, com distinto objeto litigioso. Assim, o desacolhimento da ação anulatória do registro civil não pode servir de óbice para a identificação da paternidade biológica ora perseguida.

Por tais fundamentos, mantenho a posição adotada quando da apreciação do pedido liminar, rejeitando o presente agravo.”

A primeira questão que avulta é se a coisa julgada na ação de anulação de registro entre o filho menor e o pai registral tem o condão de tornar juridicamente impossível a investigatória de paternidade entre o primeiro e o investigado, que não participou na lide primitiva.

Penso, com a máxima vênia, do mesmo modo que o voto então vencido.

De efeito, a coisa julgada não pode alcançar parte distinta, que não integrou a lide primitiva, caso do ora recorrido, que é o investigado, a teor do disposto no art. 472 do Código de Ritos, que dispõe:

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

Como se vê, a limitação é clara, de sorte que não produz efeitos sobre o investigado (P. M. Z. J.) a sentença que julga improcedente a ação de anulação de registro de nascimento movida contra o pai registral, A. H. B. N.

Note-se que o legislador processual ainda deu um tratamento diferenciado às ações de estado de pessoa, exatamente por encerrarem elevado interesse público. Citados todos os interessados, ela estende seus efeitos a terceiros estranhos à lide. Mas, é claro, se “citados... todos os interessados”, ou seja, o pai registral (que foi) e o investigado (que não foi), na ação anulatória. Daí, não há coisa julgada nem em relação ao investigado, nem em relação a terceiros.

Por outro lado, a ação de investigação de paternidade possui espécie de mão dupla, diferentemente da ação anulatória de registro de nascimento. Pela

última, desconstitui-se o registro do pai, mas não há preenchimento da lacuna. Na outra, reconhecida a paternidade, como corolário lógico há a substituição do pai registral pelo investigado que sucumbir, porquanto — isso é muito claro — não podem coexistir dois pais naturais. Não é caso de adoção.

A argumentação majoritária do acórdão, embora percuciente, me parece limitativa e prejudicial ao interesse público e do menor. É melhor que, na busca da verdade real, se possa relativizar a coisa julgada da ação anulatória julgada improcedente apenas contra o pai registral, do que se obstruir a investigatória de paternidade pela via indireta, frustrando-se uma ação que é direito indeclinável do filho, e isso em benefício de alguém que eventualmente é seu pai, mas, por força de circunstâncias voluntárias ou involuntárias que agora não vêm ao caso, não pode, não desejou ou não lhe foi dada sequer a oportunidade de reconhecê-lo como tal.

Destarte, ainda que julgada improcedente a ação anulatória do registro — que, presentemente, nem mais é considerada na ótica do STJ pressuposto indispensável à ação de investigação de paternidade — se dela não participou o investigado, a coisa julgada lá ocorrida não inibe a presente demanda contra o suposto pai real.

Apenas que, indubiosamente, o pai registral terá de participar da ação investigatória, como restou firmado em precedente desta Quarta Turma no REsp n. 117.129-RS (DJ 24.09.2001), de que fui Relator, coisa que na espécie em comento já está acontecendo, pois já houve a sua intimação como terceiro interessado, eis que então ainda pendente a ação anulatória. Apenas que, finda a ação anulatória, mas reaberta a possibilidade de alteração na paternidade, a situação do pai registral (A. H. B. N.) deve passar à qualidade de litisconsorte passivo (art. 47, parágrafo único, do CPC).

III

Mas há um terceiro aspecto a ser apreciado.

Defende o recorrente que a regra do art. 362 do Código Civil anterior, não limita o ajuizamento, antes dos quatro anos após a maioridade, da ação investigatória.

O texto legal é o seguinte:

“Art. 362. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou emancipação”.

A aludida questão foi prequestionada (fl. 62), apenas que considerada despicenda pela maioria da Câmara Cível, porque por ela adotada o entendimento

de que imutável a coisa julgada da ação anulatória, o que, penso eu, pelos fundamentos antes expostos, não procede em relação à ação de investigação de paternidade. E, pois, vencido este pressuposto, impende examinar-se o tema da restrição temporal.

E, no particular, também procede o recurso.

O acórdão estadual chegou a enunciar a tese de que (fl. 62):

“Ou seja, em sede de desconstituição de registro civil tem-se coisa julgada e somente a criança, após o quadriênio de sua maioridade ou emancipação poderá rediscutir a sua perfiliação.”

Não parece ser esta a exegese mais adequada.

Presentemente, considera-se imprescritível a ação, como se infere dos seguintes arestos desta Quarta Turma, **verbis**:

“Direitos de Família e Processual Civil. Direito intertemporal. Investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil. Regime posterior ao art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Decadência da ação de impugnação do reconhecimento. Inocorrência. Arts. 178, § 9º, VI; 348 e 362, CC. Orientação da Turma. Agravo. Lei n. 9.756/1998. Posterior decisão de mérito, transitada em julgado. Agravo prejudicado. Recurso especial não conhecido.

I - Em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se por revogados os arts. 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil, que fixavam em quatro anos o prazo da ação de impugnação ao reconhecimento, contados da maioridade ou da emancipação.

II - Tem-se por prejudicado o agravo de instrumento interposto contra a decisão de 1º grau que rejeitou a preliminar de decadência, nas duas instâncias, se a sentença de mérito vem posteriormente a transitar em julgado.

III - Segundo regra de direito transitório, que disciplina o sistema jurídico nacional, no concernente à aplicação da lei processual no tempo, as leis processuais têm incidência imediata, salvo expresse comando legal em contrário.” (REsp n. 112.208-RS, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJ 28.06.1999)

(...)

“Civil. Investigação da paternidade. Decadência superada. Interpretação atual do § 3º do art. 178 do Código Civil.

“Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação.” (Ministro Eduardo Ribeiro, REsp n. 194.866-RS).

Pelas especiais peculiaridades da espécie, admite-se a ação da paternidade, mesmo quando ultrapassado o prazo previsto no § 3º do art. 178 do Código Civil.

O aplicador da lei não deve se deixar limitar pelo conteúdo que possa ser percebido da leitura literal e isolada de uma certa regra legal, a ponto de lhe negar sentido e valor.

“As decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito” (**Nelson Sampaio**).

Interpretação atual do § 3º do art. 178 do Código Civil.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 146.548-GO, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, por maioria, DJ 05.03.2001)

Ora, menos razão então há para se limitar o exercício do pátrio poder da mãe representante do menor, para defender, em nome do filho, seus interesses, tendo-se de aguardar, até que o mesmo completasse agora 18 anos, para que ele pudesse propor a ação investigatória de paternidade, que, se procedente, levará à desconstituição do registro anterior, com efeito de anulatória, concomitantemente, portanto de impugnação do reconhecimento da paternidade pelo pai registral.

A doutrina não discrepa desse pensamento, como se infere da lição de **Sílvio de Salvo Venosa**:

“De acordo com o art. 362, o menor poderá impugnar a paternidade dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação. Ao incapaz, contudo, não se pode negar a ação de impugnação de paternidade enquanto não atingir a maioridade, devidamente assistido pela mãe ou curador especialmente nomeado, não fosse pelo interesse moral que salta à vista, pelo princípio geral da verossimilhança dos registros públicos.” (“Direito Civil — Direito de Família”, p. 243)

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de nulidade do acórdão estadual, conheço em parte do recurso especial e lhe dou parcial provimento, para, reformando

a decisão, determinar seja dado andamento à ação investigatória de paternidade, porém desde o seu início, com a citação do pai registral, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, anulados os atos posteriores à citação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, penso, conforme já assinaei, que está satisfeito o requisito do prequestionamento, porquanto, no julgamento do agravo, a questão jurídica enfocada no recurso especial foi debatida, tanto pelos votos vencedores como pelo voto vencido.

Superada essa questão, acompanho o voto de V. Ex^a., pois na linha da jurisprudência traçada por essa Turma a respeito do qual, por sinal, tive alguma resistência no início, com a prolação de votos vencidos.

Penso que após a Constituição Federal, art. 227, § 6^o, a natureza do exame de DNA permite uma confiabilidade quase absoluta. Não se deve, realmente, impedir a ação investigatória — esse é o entendimento que tem manifestado esta Turma —, ainda que haja um registro de nascimento. A falsidade do registro de nascimento pode ser argüida, examinada e demonstrada no âmbito da ação de investigação de paternidade, segundo a jurisprudência.

Entendo que não há coisa julgada, por aplicação do art. 472 do CPC; o prazo de quatro anos, previsto no art. 362 do CC/1916, de acordo com a jurisprudência, não se aplica à espécie, daí porque, em suma, acompanho o voto de V. Ex^a.

Conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, há precedentes, inclusive um de minha relatoria, no sentido de relativizar a coisa julgada nessas questões em que se discute a paternidade, sobretudo agora em que os exames referentes a DNA alcançaram um elevado grau de credibilidade confirmando ou afastando a paternidade cogitada. Ademais, questão de tanta relevância como essa, em que se busca de vez atestar quem seja o pai verdadeiro, fez com que esta Turma firmasse o entendimento de que a busca da verdade e não apenas da verdade ficta, justifica que certos institutos processuais sejam adotados com temperamento. Com essas considerações, e louvando a sustentação do eminente advogado do recorrido, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, nos termos do precedente desta Quarta Turma, Recurso Especial n. 146.548-GO.

Conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, superada a questão do prequestionamento, acompanho o voto de V. Ex^a. integralmente.

Conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 300.134-RJ (2001/0005338-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Santa Adélia Participações Comércio e Engenharia Ltda

Advogados: Álvaro Almerio de Azevedo Pessoa dos Santos e outros

Recorrida: Kelson's Indústria e Comércio S/A

Advogados: Alfredo Bumachar Filho e outros

EMENTA

Comercial e Processual Civil. Concordata. Habilitação retardatária após pagamento de parcelas aos credores quirografários. Possibilidade. Pendência de parcela restante. Ausência de finalização do processo de concordata. Crédito advindo de processo de verificação de contas. Ausência de procedimento abusivo. Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 98. Exegese.

I - Possível a habilitação retardatária, como quirografário, de crédito antes garantido por segunda hipoteca, ainda que já pagas duas parcelas da moratória, porquanto tal constitui direito previsto no art. 98 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, não se identificando, na espécie, procedimento abusivo da credora, inclusive em face da prévia instauração de procedimento de verificação de contas e da resistência a ele oposta pela devedora, retardando a sua finalização.

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 Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

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

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 27.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fls. 1.288/1.289, **verbis**:

“Trata-se de habilitação de crédito retardatária proposta por Santa Adélia Participações Comércio e Engenharia Ltda em face de Kelson’s Indústria e Comércio S/A.

A habilitante requer a inclusão de seu crédito na condição de quirografária no valor de R\$ 2.174.407,53 (dois milhões cento e setenta e quatro mil quatrocentos e sete reais e cinqüenta e três centavos), relativos aos processos de verificação judicial de contas que tramitou na 1ª Vara de Falências e Concordatas, nos autos da Concordata Preventiva Interposta, sob pena de decretação da quebra.

Publicado o aviso do art. 98, § 1º, da LF houve impugnação à habilitação por parte do credor Petroquim Indústria e Comércio Ltda (fls. 1.012/1.014).

A concordatária apresenta sua contestação argumentando em síntese como matéria preliminar iliquidez do crédito, ausência de coisa julgada e litispendência e no mérito sustenta a existência de abuso de direito com fulcro na norma estabelecida no art. 98, **caput** e § 4º, da LF (fls. 1.035/1.052).

Parecer do Comissário no sentido de dar procedência ao pedido, visto que a sentença de Verificação Judicial de Conta é irrecorrível nos termos do art. 1º, § 1º, item IV, da LF (fls. 1.071/1.072).

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido argumentando em linhas gerais a existência de abuso de direito por parte da habilitante, ao pretender habilitar o seu crédito na concordata após a realização do depósito da última parcela, e às vésperas da fase final da mesma, quando, em tese, teria a concordatária condições de ver julgada cumprida a moratória e serem os demais credores satisfeitos pelo pagamento integral de seus créditos. (Fls. 1.248/1.251).

A habilitante, requer afinal, a procedência do pedido sustentando a inexistência de abuso de direito, estando a mesma no exercício legítimo de seu direito. Alega ainda que toda a demora deve ser atribuída à Concordatária que visou sempre procrastinar o regular andamento do processo, razão pela qual não houve má-fé da requerente, mas sim justos motivos que impediram a atuação da credora.”

A sentença de 1º grau julgou procedente a habilitação do crédito na condição de quirografário e sua inclusão no Quadro Geral de Credores (fl. 1.290).

Da decisão apelou a concordatária Kelson’s Indústria e Comércio S/A (fls. 1.292/1.329), recurso provido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado (fls. 1.416/1.417):

“Habilitação retardatária de crédito. Renúncia do privilégio do crédito real. Depósito dos valores da concordata. Abuso de direito configurado.

Se a credora de crédito real privilegiado formula pedido de habilitação, nos termos do disposto no art. 98 da Lei de Quebras, após efetivado o depósito da concordata, de forma a compelir a concordatária ao pagamento e inviabilizando, desta forma, a moratória, tal atitude configura abuso de direito a ser repelida pelo direito, já que distanciado do critério de justiça social, sendo o processo mero instrumento a tanto atingir.

Recurso provido.”

Inconformada, Santa Adélia Participações, Comércio e Engenharia Ltda interpõe, pela letra **a** do autorizador constitucional, recurso especial sustentando, em síntese, ofensa ao art. 98 da Lei de Falências, porquanto por ele facultado aos credores, a qualquer tempo, habilitar e reclamar seus créditos na moratória.

Aduz que teve de se utilizar o procedimento regular de verificação de contas, devidamente julgado, renunciando à garantia de que dispunha de modo a poder se habilitar, retardatariamente, na concordata preventiva da recorrida Kelson’s, nos termos do referenciado dispositivo legal. Salienta que essa habilitação foi impugnada pela concordatária, além de haver, desde o início, encontrado dificuldades desde o simples protesto da sentença proferida na verificação de contas, que gerou dúvida suscitada pelo Oficial do 4º Ofício de Protesto de Títulos e que desta decisão ainda interpôs a Kelson’s apelação, julgada em outubro/1997, e pela mesma embargada de declaração, recurso somente julgado em dezembro/1997. O pedido de concordata é de 30.06.1995 e a sentença de verificação de contas de 05.12.1995, de modo que nenhum retardo voluntário houve, mas apenas procedimentos judiciais que sofreram morosidade por fatores alheios a sua vontade, de sorte que não há falar-se em abuso de direito.

Ressalta que o próprio Comissário da concordata, em pronunciamento nos autos às fls. 1.278/1.280, não teve como abuso do direito a habilitação retardatária, posto que então havia mero despacho deferitório do processamento da concordata, e não uma sentença julgando procedente a concordata. Este fator, que não ocorreu, é que poderia tornar abusivo o pedido de habilitação, não o simples depósito das duas primeiras parcelas da concordata. Afirma que a concordatária-recorrida agiu de má-fé, ao listar o crédito da Santa Adélia como privilegiado, pois já corria o procedimento de verificação de contas por ela requerido, o qual, sabidamente, só se faz quando o crédito é ilíquido (art. 1º, § 1º, I, da Lei de Quebras).

Contra-razões às fls. 1.468/1.479, alegando que incide, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 do STJ, em face da caracterização como abusivo o procedimento da credora, portadora de direito real de hipoteca, em renunciar ao seu privilégio após a elaboração do quadro geral de credores, dos depósitos de ambas as parcelas da concordata, da apresentação do relatório e do laudo pericial sopesando as condições da concordatária em atender ao seu passivo quirografário. No mérito, afirma que não houve ofensa ao art. 98 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, eis que aplicado corretamente levando em conta a finalidade social e econômica da norma jurídica, por inadmissível a habilitação tardia. Destaca a insegurança que o procedimento acarreta, com base em parecer do Ministério Público estadual e em precedente desta Quarta Turma, no REsp n. 8.061-SP, Relator Ministro Bueno de Souza.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 1.487/1.490.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou improcedente a habilitação retardatária, de crédito quirografário, decorrente de prévio procedimento de verificação de contas promovido por Santa Adélia Participações, Comércio e Engenharia Ltda, na concordata de Kelson's Indústria e Comércio S/A.

De início, rechaço a preliminar de incidência, na espécie, do óbice da Súmula n. 7 do STJ, porquanto os fatos acham-se claramente delineados e são incontroversos, cuidando-se apenas de aplicação do direito correspondente.

É apontada contrariedade ao art. 98 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, devidamente prequestionado, que reza o seguinte:

“Art. 98. O credor que se não habilitar no prazo determinado pelo juiz, pode declarar o seu crédito por petição em que atenderá às exigências do art. 82, instruindo-a com os documentos referidos no § 1º do mesmo artigo.

§ 1º O juiz determinará a intimação pessoal do falido e do síndico, os quais, com observância do disposto no art. 84 e no prazo de três dias para cada um, se manifestarão sobre o pedido, em seguida ao que o escrivão fará publicar aviso para que os interessados apresentem, dentro do prazo de dez dias, as impugnações que entenderem.

§ 2º Decorrido o prazo para impugnação dos interessados, o escrivão fará vista dos autos ao representante do Ministério Público, que, no prazo de três dias, dará o seu parecer.

§ 3º Com parecer do representante do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para os fins previstos no art. 92, cabendo, da sentença que julgar o crédito, recurso de agravo de petição, que não terá efeito suspensivo.

§ 4º Os credores retardatários não têm direitos aos rateios anteriormente distribuídos.”

O voto condutor do acórdão estadual concluiu que a renúncia ao privilégio para habilitação da recorrente como quirografária, já pagas duas parcelas da concordata, configurava abuso de direito, destacando-se do voto o seguinte excerto, **verbis** (fls. 1.424/1.434):

“A apelada, obtendo sentença favorável no Juízo da 1ª Vara de Falência e Concordatas, em 21.11.1995, teve, por consequência, declarado líquido o seu crédito com garantia real, vindo a habilitar-se na concordata em 24.06.1997. Ocorre, porém, que tal fato se deu, mediante a renúncia do seu privilégio da garantia real, quando passados quatro dias do depósito da segunda parcela da concordata, efetivado em 20.06.1997, configurando visivelmente forma de compelir a Apelante ao pagamento, sob pena de ver decretada a falência.

Frente a tal conduta necessário se faz ver que esta corresponde diretamente a uma agressão ao instituto da concordata o qual foi viabilizado pelo legislador a fim de que pudesse o comerciante de boa-fé ser liberado do seu débito face aos credores a fim de obter a moratória para a continuação da atividade comercial. A renúncia do credor privilegiado, neste caso, cria uma instabilidade na relação jurídica estabelecida no momento da concessão da concordata em que se tinha um montante liberador da dívida e um prazo para o

cumprimento desta, que com a inclusão retardatária do credor privilegiado, quando do depósito da segunda parcela, impossibilitaria o cumprimento da concordata com a conseqüente quebra da Apelante, o que não é o espírito de justiça instituído pelo legislador. Assim, embora legalmente falando a renúncia do credor privilegiado seja lícita, esta não é justa, configurando-se como abuso de direito, tese adotada pela Apelante.

Em julgamento do Recurso Especial n. 8.061-SP, o Exm^o. Sr. Ministro Bueno de Souza, subscreveu as considerações do Ministério Público Federal que concluiu:

‘Concordata preventiva é favor legal que se concede a comerciante infeliz e de boa-fé.

Tendo sido deferida a concordata em tela, presume-se que a concordatária seja uma comerciante infeliz e de boa-fé.

O fato de estar ela prestes a cumprir a concordata demonstra a sua diligência no cumprimento dos deveres de concordatária.

Por outro lado, a concordata é processo complexo, que envolve multiplicidade de pessoas e interesses. Para ordená-la e não tumultuar o seu andamento, a lei procura fixar prazos, que devem, em princípio, ser respeitados.

É certo que o art. 98 da Lei Falimentar admite a habilitação retardatária, supostamente por motivo justo. Mas não, a meu ver, como um direito potestativo do credor.

Também é certo que o credor pode renunciar às garantias de seu crédito.

O que a Justiça paulista e todos os seus auxiliares perceberam, contudo, com acuidade e perspicácia, foi uma estratégia de ação, no sentido de, usando certa ‘coação’, agilizar-se a cobrança de um crédito.

Note-se que, por um ato falho, o recorrente invoca no recurso especial o art. 9^o, III, **a**, da Lei de Falências que é, precisamente, o dispositivo que versa sobre a legitimação ativa do credor para requerer a falência.

O comportamento do credor-recorrente, **data venia**, se me afigura como manifestação de abuso de direito, com o qual a Justiça não pode compactuar.

Pelas razões expostas, opino pelo não-conhecimento do recurso.’

No mesmo sentido revelou-se o parecer do Ministério Público em 1º grau (fls. 1389/1390) ao consignar que:

‘A renúncia à garantia real por parte do credor privilegiado, para habilitar-se na concordata, embora lícita, depois do depósito das duas parcelas da concordata não pode ser admitida, pois colhe de surpresa a devedora, inviabilizando por completo o cumprimento da concordata, face o vultoso valor do crédito da habilitante.

A admissão da apelada à concordata geraria prejuízos a toda a massa de credores, consistindo em meio ilegítimo de coerção da apelante-concordatária ao pagamento, pois importaria complementação dos depósitos já realizados.

A inclusão do crédito da habilitante no QGC da apelante-concordatária importaria seguramente na sua quebra, pois o valor do crédito é superior a todo o passivo quirografário habilitado.

Embora o art. 98 da Lei Falimentar admita a habilitação retardatária, somente por motivo justo há que se admiti-la, não se tratando direito potestativo do credor, que não pode esperar o depósito integral das parcelas da concordata, para somente então renunciar à sua garantia real e postular sua habilitação extemporânea, o que constitui, por certo, abuso de direito, como o qual não pode a Justiça compactuar.

Se fosse admitida tal prática, estaríamos colocando nas mãos do credor com garantia real verdadeiro instrumento draconiano de coação, gerando uma insegurança jurídica total nos processos de concordata, vez que jamais se poderia determinar com precisão o montante do passivo quirografário da concordatária, que ficaria constantemente sob a ameaça de ver um seu credor privilegiado renunciar ao privilégio para forçá-la ao pagamento em moeda da concordata, gerando para os demais credores, verdadeiramente quirografários, uma situação de total incerteza e insegurança quanto ao cumprimento da moratória e ao recebimento dos créditos.

Igualmente impossível seria, **exempli gratia**, a elaboração do relatório do Comissário da concordata a que alude o art. 169, X, da Lei de Quebras, no que concerne às probabilidades do devedor para cumprir a concordata, vez que somente por exercício de adivinhação poder-se-ia fazer qualquer prognóstico, caso a concordatária tivesse credores privilegiados, face à possibilidade de renúncia ao privilégio e

habilitação retardatária a todo o tempo, para pressionar o pagamento, sob pena de quebra. É óbvio que, embora não textualmente expresso na Lei de Quebras um limite temporal para a habilitação retardatária, para os credores quirografários, e em que pese a existência da faculdade de renúncia ao privilégio por parte dos credores privilegiados, tal direito não pode ser exercido arbitrariamente e abusivamente, como **in casu**, como forma ilegítima de pressão sobre a concordatária, que, em princípio não estaria obrigada a solver tais débitos privilegiados, já tendo depositado a integralidade do valor dos créditos dos credores quirografários.’

Observe-se que o direito subjetivo distingue-se de outras situações jurídicas, como, por exemplo, a faculdade e o poder jurídico.

Assim, no direito subjetivo há sempre, correspondendo ao direito do sujeito ativo, um dever jurídico do sujeito passivo. Não se discute que o direito subjetivo seja exercido pelo seu titular, de acordo com seus interesses, porém, diante da teoria do abuso de direito, trazida em socorro pela apelante, atualmente, entende-se que só se admita um direito no interesse do seu titular quando este coincida com o interesse social. Desta forma, se, por algum acaso, o titular do direito subjetivo viesse a exercê-lo contrariamente à sua finalidade social, a licitude desse exercício não poderia ser admitida por ensejar a configuração do abuso do direito.

Acrescente-se que a doutrina moderna tem abandonado o conceito de direito subjetivo como direito de usar e abusar, entendendo que todo direito deve ter uma função social e é aliando-se a tal posicionamento que, diante da hipótese concreta aqui elencada, vincula-se este voto.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso para, rejeitando-se as preliminares suscitadas, no mérito, reformar a sentença monocrática, indeferindo a Habilitação de Crédito Retardatário.”

Não inobstante a judiciosa fundamentação do acórdão **a quo**, ousou, com a máxima vênia, dele divergir, na espécie em comento.

Induvidosamente, há a preocupação com o interesse social que cerca a concordata.

Entretanto, tenho que as particularidades de cada hipótese devem ser consideradas.

No caso dos autos, como visto do relatório, o crédito da ora recorrente originou-se de procedimento de verificação de contas iniciado em 31.03.1995 (fl. 11), com sentença proferida em 21.11.1995, tendo como títulos originários contratos

original e aditivos, e escritura de confissão de dívida celebrada entre a recorrente e a recorrida, esta em junho de 1989.

Contra o procedimento de verificação a concordatária apresentou defesa, embargos contra a sentença, dois agravos de instrumento e, finalmente, um recurso especial, objetivando discutir, naqueles autos, a dívida, sendo que o último tomou no STJ no n. 126.435-RJ, recentemente julgado por esta Turma na sessão de 17.06.2004, onde restou não conhecida a irresignação de Kelson's S/A, concordatária.

É certo que a renúncia ao privilégio da garantia real se deu após dois pagamentos dos créditos quirografários, mas nem por isso se há de afastar o direito do credor ao recebimento, porquanto inexistente, na disposição do art. 98 da Lei Falencial, limite temporal que impedisse, à ocasião, a habilitação retardatária, se não encerrada a concordata.

Aliás, em harmonia com o **caput** do art. 98, está o § 4º do mesmo dispositivo, que ressalva, volto a reproduzir:

“§ 4º Os credores retardatários não têm direitos aos rateios anteriormente distribuídos.”

Nesse sentido é a posição doutrinária, **verbis**:

“2. Observe-se inicialmente que a lei não estabelece limite temporal para a habilitação retardatária, de tal forma que, em tese, até o momento da extinção da falência, é possível receber habilitações, as quais serão normalmente processadas, para fins de inclusão no quadro geral de credores, na categoria que a lei reserva para aquele crédito. A única restrição à qual se submete o credor retardatário é aquela do § 4º deste mesmo art. 98, ou seja, o credor retardatário perde o numerário que lhe caberia nos rateios acaso já feitos anteriormente” (**Manoel Justino Bezerra Filho**, “Lei de Falências Comentada”, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 325).

(...) “Credor retardatário é o que não se habilita no prazo assinalado pelo juiz. Poderá declarar seu crédito, mediante petição, observando os mesmos requisitos reclamados do credor que se habilita em tempo hábil, mas, em princípio, sem direito aos rateios anteriormente distribuídos.

Tendo em vista essa possibilidade de não participar dos rateios ocorridos durante a dilação verificatória de seu crédito, o credor retardatário poderá requerer que se faça a reserva de fundos a que alude o art. 130” (**Waldo Fazzio Júnior**, “Lei de Falências e Concordatas Comentada”, Ed. Atlas, 1999, pp. 216/217).

No mesmo sentido as lições de **Wilson de Souza Campos Batalha** (“Falências e Concordatas”, Ed. LTr, pp. 410/411) e **Trajano de Miranda Valverde** (“Comentários à Lei de Falências”, Ed. Revista Forense, pp. 110/111), este destacando que “A habilitação do crédito do credor retardatário só tem cabimento *até antes da distribuição do último rateio*, não tendo ele direito aos rateios já feitos” (**sic**).

Portanto, a consequência legal para o credor que não se habilita cedo é, exatamente, aquela prevista em lei, nem mais, nem menos. Seu crédito não desaparece, e nem se põe uma porta cerrada à possibilidade de vir a receber, na concordata, o valor correspondente ao crédito.

O procedimento de verificação de contas era da ciência da concordatária, e, é claro, nos precisos termos do art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, a liquidez do crédito viria daquele processo, que, também, a toda evidência, somente se prestaria a tal altura para habilitação na concordata ou em eventual ação falencial, inclusive isso tendo sido destacado em decisão do juiz-processante no processo de verificação (fls. 97 e 122/123 do REsp n. 126.435-RJ).

Ainda a ressaltar que a garantia real da credora-recorrente, à qual renunciou, era constituída apenas por uma segunda hipoteca (fl. 45), o que faz presumir a sua opção pela habilitação como quirografária, utilizando-se da faculdade prevista em lei.

E sobre a questão moral, destacada pela recorrida, inclino-me a não utilizar-me do argumento como forma de manter uma declarada inadimplência em desfavor do credor, mormente porque a se dar continuidade a uma concordata sem o pagamento de tal dívida, isso importaria em mascarar a própria concordata, pois se de um lado há a preocupação com a continuidade da empresa, de outro é seu pressuposto a liquidação das dívidas, não o calote.

Realmente, a se permitir a finalização da concordata com pendência de crédito de elevado montante, qual o efeito prático senão o de fazer com que uma empresa inadimplente pareça, perante terceiros, hígida, que liquidou suas dívidas e está apta a merecer crédito, convolar novos débitos, transacionar com pessoas físicas e jurídicas, quando a verdade é outra? Sai a empresa maquiada, disfarçada, escondendo a sua condição de descumpridora das suas obrigações, carregando dívida antiga, que terceiros não imaginam mais existir após a cessação da concordata. E também, com o levantamento da concordata, não mais ficam os bens da devedora impedidos de ser alienados ou onerados, nem obstada a venda ou transferência do estabelecimento (art. 149 da Lei de Quebras), de modo que possível a frustração do credor retardatário se lhe for negado o direito à habilitação.

A concordata não está encerrada, porque não foi assim declarada por sentença, nos termos do art. 149 do Decreto-Lei n. 7.661/1945. A dívida existe, podia ser habilitada com atraso, apenas que sem efeito **ex tunc** em relação às parcelas já pagas (art. 98, **caput**, e § 4^o). E mais. Por resistência da Kelson's, que ingressou com agravos de instrumento e recurso especial em procedimento que não era judicial, a verificação das contas, decidida por sentença em novembro de 1995, ainda pendia até agora, por força do REsp n. 126.435-RJ, recentemente julgado por esta Quarta Turma.

Ademais, de uma forma ou de outra, o fato concreto é que a concordatária recorrida vem logrando, desde 1995, já há nove anos, afastar o cumprimento da sua obrigação.

Registro, por fim, que no precedente em que se apoiou o acórdão estadual — REsp n. 8.061-SP, Relator Ministro Bueno de Souza, DJ 30.08.1993 — o contorno fático não é o mesmo. Naquele caso cuidava-se de um banco-credor que, antes, já executava a dívida garantida por penhor mercantil. Após ajuizada a execução é que veio a abrir mão da garantia e habilitar-se com retardo na concordata, daí a consideração de que o procedimento era, então, abusivo.

Por tais razões, na espécie ora em exame, que é diversa daquele precedente — e voltando a destacar que essa matéria deve ser apreciada caso a caso — aqui não identifico, em absoluto, comportamento abusivo da credora-recorrente, a justificar a não-aplicação do art. 98 da Lei de Quebras, que autoriza a habilitação retardatária do crédito quirografário em questão.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para restabelecer a r. sentença de fls. 1.288/1.290.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, como V. Ex^a. observou, na composição da Turma que apreciou o Recurso Especial n. 8.061-SP, Relator o Sr. Ministro Bueno de Souza, fui o único que participou daquele julgamento; todavia, V. Ex^a. bem acentuou que se trata, na espécie, de situações diversas, embora não deixe de se dar uma nova interpretação ao disposto no art. 98 e parágrafos, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, uma vez que, no caso, está-se reconhecendo o direito do credor, com garantia real, de abrir mão de seu privilégio para habilitar-se na concordata como credor quirografário.

Há realmente diferenças a assinalar. A primeira é de que, no precedente citado, Recurso Especial n. 8.061-SP, o Banco-credor já havia ingressado com a

execução contra os avalistas e renunciou ao seu privilégio às vésperas do pedido de desistência da concordata — isso está registrado no parecer do Ministério Público Federal, que foi inteiramente acolhido pelo Sr. Ministro-Relator.

V. Ex^a. acentuou que a credora, neste caso ora em apreciação, requereu a verificação de contas praticamente ao tempo em que foi impetrada a concordata.

Esclareço que são contemporâneos os pedidos de verificação de conta pela credora e a impetração da concordata pela devedora.

Trata-se, de resto, de uma habilitante, que tem em seu favor uma segunda hipoteca. Deve considerar-se, ainda, que há nove anos está sendo retardada a solução do débito existente.

Em razão dos fatos assinalados por V. Ex^a., do disposto no art. 98, § 4º, da Lei de Falências, não há falar em abuso de direito, pelo que acompanho o voto de V. Ex^a., conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 310.904-SP (2001/0031074-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Maria Lídia da Silva Moreira

Advogado: Ricardo Ramos Novelli

Recorrido: Aluísio Camargo Fonseca — Espólio

Advogados: Luís Roberto Tavolieri de Oliveira e outro

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial. Inventário convertido em arrolamento de bens. Companheira de homem casado. Ajuizamento de ação de reconhecimento de sociedade de fato. Suspensão do inventário. Inadmissibilidade. Reserva de bens. Possibilidade. Natureza cautelar. **Fumus boni iuris e periculum in mora**. Requisitos não demonstrados.

1. Não há que se falar em suspensão do processo de inventário, convertido em arrolamento de bens, até o julgamento da ação de reconhecimento de sociedade de fato ajuizada por suposta companheira do **de cuius**. Inaplicabilidade do art. 1.000 do CPC.

2. Precedente (CC n. 31.933-MS).

3. É possível a reserva de bens em favor de suposta companheira de homem casado no processo de inventário deste, na proporção de sua participação para a formação do patrimônio. Interpretação do art. 1.001 do CPC.

4. Precedente (REsp n. 423.192-SP).

5. A reserva de bens, em poder do inventariante, até o deslinde da ação de reconhecimento de sociedade de fato tem natureza cautelar, sendo indispensáveis os requisitos de **fumus boni iuris** e **periculum in mora**, ora não demonstrados. Ademais, apreciar a existência de tais requisitos implica, necessariamente, o reexame do material fático-probatório apresentado nos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 desta Corte.

6. Precedentes (REsp ns. 423.192-SP, 34.323-MG, 17.806-MG).

7. 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), 22 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 28.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Nilce Maria Villani Fonseca requereu a Abertura do Inventário de seu falecido marido Aluisio Cargomo Fonseca, com quem era casada sob o regime da comunhão universal de bens (fls. 2/3). A viúva-meeira foi nomeada inventariante do espólio (fl. 12). O inventário foi, posteriormente, convertido em arrolamento de bens (fl. 38).

Maria Lidia da Silva Moreira peticionou alegando ter direito à participação na partilha dos bens deixados pelo **de cujus**, porquanto com ele convivia maritalmente (fls. 40/41). Requereu a suspensão do processo até final julgamento de ação declaratória de sociedade de fato (fl. 50).

O MM. Juízo de Direito da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central do Estado de São Paulo homologou a partilha amigável apresentada às fls. 120/127 e 143/144, dividindo, em partes iguais, os bens em comento entre a viúva-meeira e o único filho do casal Marcelo Camargo Fonseca (herdeiro necessário) (fl. 145).

Inconformada, Maria Lídia da Silva Moreira apelou. A colenda Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, negou provimento ao apelo, conforme a seguinte ementa (fls. 219/221):

“Arrolamento. Concubina. Reserva de bens e suspensão do processo. Inadmissibilidade. Qualidade de herdeira inexistente, ainda que postule em ação própria o reconhecimento de sociedade de fato com o autor da herança. Recurso improvido.”

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 228/229).

Irresignada, a apelante, Maria Lídia da Silva Moreira, interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando, nas suas razões, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou o art. 1.000 (por não ter sido sobrestado o feito), o art. 1.001 (em virtude de não ter sido reservado o seu quinhão), além do art. 1.035 (em razão da não-reserva de bens suficientes para garantir o seu crédito), todos do Código de Processo Civil. Sustenta, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 233/239).

Contra-razões apresentadas às fls. 265/273.

Admitido o recurso (fls. 275/276), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 289/292), vindo-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, no tocante à infringência ao art. 1.000 da Lei Processual Civil, bem como à divergência jurisprudencial aventada, alega a recorrente, suposta companheira do **de cujus**, que o processo de inventário em comento, convertido em arrolamento de bens, deveria ter sido suspenso, em razão do ajuizamento de ação declaratória de sociedade de fato.

Dispõe referido dispositivo processual:

“Art. 1.000. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de dez dias, para dizerem sobre as primeiras declarações. Cabe à parte:

I - argüir erros e omissões;

II - reclamar contra a nomeação do inventariante;

III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Parágrafo único. Julgando procedente a impugnação referida no n. I, o juiz mandará retificar as primeiras declarações. Se acolher o pedido, de que trata o n. II, nomeará outro inventariante, observada a preferência legal. Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro, a que alude o n. III, constitui matéria de alta indagação, remeterá a parte para os meios ordinários e sobrestará, até o julgamento da ação, na entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.”

Ocorre que esta Corte de Uniformização, por intermédio da Segunda Seção, manifestou-se no sentido de que “o julgamento da ação de reconhecimento de sociedade de fato não obsta o processamento do inventário. São processos com objeto e causa de pedir diversos que não se interligam”. Eis a ementa do referido julgado:

“Conflito negativo de competência. Ação declaratória de sociedade de fato. Alegada conexão com inventário. Inexistência.

A ação declaratória de sociedade de fato movida contra os herdeiros do falecido não guarda conexão com o inventário, cabendo neste a reserva de bens para a hipótese de ser julgado procedente o pedido da suposta meeira. No caso de improcedência, opera-se a sobrepartilha dos bens reservados.

Competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Jabaquara e Saúde — São Paulo-SP, o suscitado.” (CC n. 31.933-MS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 04.02.2002) — grifei.

Nelson Nery, por sua vez, anotou:

“Matéria de alta indagação. Questão sobre a qualidade de herdeiro, discutida fora do inventário, não o suspende mas implica em que seja sobrestada a entrega do quinhão (RJTJRS 126/216).” (“Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.172. — grifei.

Desta forma, não há que se falar em suspensão do processo de inventário em questão, convertido em arrolamento de bens, até o julgamento da ação de reconhecimento de sociedade de fato ajuizada.

Quanto à divergência sobre a possibilidade de suposta companheira de homem casado ter direito à reserva de bens no processo de inventário deste, esta Corte já reconheceu o direito à referida reserva. Com efeito, a ilustre Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do REsp n. 423.192-SP, DJ 28.10.2002, com propriedade, asseverou:

“Hamilton de Moraes E. Barros, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 151, n. 153, em referência ao art. 1.001 do CPC, lança a seguinte pergunta quanto à legitimidade para o pedido de reserva de bens:

‘O art. 1.001, na sua cautela de reservar o quinhão, que seria do herdeiro não-admitido, contempla tão-só a posição do herdeiro ou pode preservar, também, o que seriam os direitos da companheira do **de cujus**, em eventual ação para o reconhecimento, dissolução e liquidação da sociedade civil de fato, que mantivessem subjacente ao concubinato? Estender-se-á, também, ao filho natural ou adúltero que ainda pleiteia essa qualidade?’

Adiante responde o ilustre doutrinador, com maiores esclarecimentos sobre o instituto de reserva de bens:

‘A nós parece que sim. Numa interpretação apenas literal, a resposta afirmativa se impõe. Fala o Código em ‘aquele que se julgar preterido’, acolhendo, assim, o legislador, para ampará-la, qualquer possível lesão de direito. Quer o Código, evidentemente, prevenir situações.

Além disso, para que possa haver partilha, é necessário que haja um patrimônio e patrimônio certo. Aquele patrimônio que pode ir para um filho não poderá repartir-se entre os colaterais. Também não poderá ser rateado, entre os filhos, um patrimônio que poderá chegar até a ser bipartido com a ex-companheira do inventariado. Em face da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, é sempre possível nos inventários a indagação sobre o que é do morto e o que é de terceiro, isto é, da companheira, do pretense filho. A mesma razão que dita a proteção do herdeiro, legitima a cautela com a possível condômina. A analogia o aconselha, se bem que diversos títulos, que fundamentam a providência, são semelhantes às situações processuais.’

Assim, resta claro que a companheira ou a concubina de homem casado, uma vez preterida no inventário, pode pleitear a sua admissão ou a reserva de bens na proporção de sua participação para a acumulação da riqueza.” — grifei.

Theotonio Negrão também registrou:

“Com o advento da Lei Federal n. 8.971, de 1994, não mais existe controvérsia quanto ao direito de o concubino pedir reserva de bens em inventário,

fundado no art. 1.001 do Código de Processo Civil (JTJ 202/231). No mesmo sentido: RT 710/404, JTJ 239/251, RF 328/368, Bol. AASP 1.881/3, 1.886/2.” (“Código de Processo Civil”, 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 912) — grifei.

No que pertine à alegada violação aos arts. 1.001 e 1.035 do Código de Processo Civil, sustenta a recorrente não terem sido reservados bens suficientes para a garantia de seu crédito ou quinhão.

Preceituam as supracitadas normas processuais, **verbis**:

“Art. 1.001. Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de dez dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído, até que se decida o litígio.”

“Art. 1.035. A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida.

Parágrafo único. A reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados.”

Compulsando os autos, verifico que, de fato, não houve a reserva dos bens do **de cujus** em favor da ora recorrente. Contudo, a mencionada reserva de bens tem natureza cautelar, sendo indispensáveis os requisitos de **fumus boni iuris** e **periculum in mora**.

A respeito do tema, adoto, como razões de decidir, o seguinte trecho extraído do voto da eminente Ministra Nancy Andriighi, proferido nos autos do já citado REsp n. 423.192-SP, **verbis**:

“A medida de reserva de bens, em poder do inventariante, até a solução da ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, se reveste de traços de cautelaridade.

Foi por isso que no REsp n. 34.323, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 15.04.1996, a egrégia Quarta Turma, se referindo a julgamento da Primeira Câmara Cível do TJRS, anotou que:

*‘... a reserva, a que alude o art. 1.001 do CPC, é sem dúvida, medida cautelar inserida na ação de inventário. E conseqüentemente... ‘o deferimento das medidas cautelares está sujeito aos dois pressupostos, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**.’*

No mesmo sentido se decidiu no REsp n. 17.806, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 1^o.09.1997:

*‘Processual Civil. Inventário. Reserva de bens. O pedido de reserva de bens de que trata o art. 1.001 do Código de Processo Civil tem as características de uma medida cautelar, por isso mesmo que para ser deferida devem ser presentes os pressupostos do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**, incoerentes na espécie.*

Recurso não conhecido.’

Portanto, o acórdão estadual, ao esposar a tese de que o simples trâmite de ação de reconhecimento de sociedade de fato não gera o direito de reserva de bens em poder do inventariante, deu aplicação ao Direito federal, porque *sempre se fará necessária a conjugação dos requisitos da relevância do direito e do perigo na demora*, apesar de remetida a parte à via ordinária.

O recurso especial não tocou no tema de relevância do direito alegado da concubina de homem casado e que não se afastou do lar conjugal, nem poderia tê-lo feito, tanto por óbice da Súmula n. 7-STJ como pelo fato de não ter trazido, nos autos de agravo de instrumento, qualquer demonstração desse suposto direito.” — Grifei.

Note-se que a reserva de bens, em poder do inventariante, até o deslinde da ação de reconhecimento de sociedade de fato reveste-se de cautelaridade. No entanto, analisar, nesta seara, a existência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** implica, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório apresentado nos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 deste Tribunal Superior.

De qualquer forma, válido trazer à colação trecho do pronunciamento do Ministério Público Federal, **verbis**:

“In casu, a recorrente, ao ingressar no inventário, sequer demonstrou quais bens pretendia que se reservassem, alegando tão-somente que tramita ação de declaração para o reconhecimento da união estável entre a recorrente e o **de cujus**, sem contudo demonstrar a relevância do direito e do perigo da demora, ressaltando-se, por oportuno, que caso logre êxito no reconhecimento da aludida união estável poderá ajuizar a competente ação vindicatória, o que afasta de plano a possibilidade de dano irreparável.”

Por tais fundamentos, *não conheço do recurso*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 397.874-PE (2001/0192578-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Universidade Federal Rural de Pernambuco — UFR/PE

Procuradores: Nadja Wanderley de Siqueira de Moura Leite e outros

Recorridos: Amaro Joaquim da Silva e cônjuge

Advogado: Eduardo Borges de Barros

Sustentação oral: Indira Ernesto Silva Quaresma, pelo recorrente

EMENTA

Civil e Processual Civil. Ação de reintegração de posse. Ausência de vícios. Comprovação do esbulho não demonstrada. Reexame de provas. Inviabilidade. Alegação de área pública. Matéria não examinada pela Corte **a quo**. Ausência de prequestionamento. Supressão de instância.

1. Os requisitos da ação de reintegração com o objetivo de reaver e restaurar a posse perdida são dois: 1. a existência da posse e seu titular, e 2. o esbulho cometido pelo réu, privando aquele, arbitrariamente, da coisa ou do direito — violência, clandestinidade ou precariedade. O primeiro, como salientado por ambas as decisões hostilizadas, não foi comprovado (a Universidade, ao que tudo indica, não detinha a posse da área em questão). E, no que concerne ao segundo (esbulho), a Corte **a quo** salientou que, no caso, “ficou provado ainda que não houve violência ou clandestinidade na aquisição da posse, e que esta não foi adquirida em caráter precário. Pelo contrário, a comunidade vem se estabelecendo pacificamente há cerca de cinquenta anos (v. prova pericial, fls. 69/72), inobstante o réu só tenha adquirido a posse do terreno em questão há três anos, através de Cícero Agra de Araújo, que vivia no local há quatro anos.” (Fls. 121/122). A toda evidência que para se infirmar o v. acórdão, neste particular, exigiria o reexame de provas, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ).

2. Por outro lado, verifico que a discussão acerca de que a área em questão se trata de bem público, não foi objeto de exame pelas instâncias ordinárias, o que inviabiliza sua análise nesta oportunidade, ante a ausência de prequestionamento, bem como em supressão de instância (Súmula n. 211 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 em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, 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), 15 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Inferese dos autos que Universidade Federal Rural de Pernambuco ajuizou ação de *reintegração de posse* em face de Amaro Joaquim da Silva e sua mulher Tereza Rita da Silva, sustentando que, a partir de 16.12.1988, passou a ter uma parte de sua área (149m²) ocupada pelos réus, que nela passaram a realizar diversas construções.

Em contestação, os réus alegaram ter adquirido a posse da área impugnada, por meio de ato jurídico lícito e sem violência, do Sr. Cícero Agra de Araújo, funcionário da autora. Sustentou, ainda, ter a autora permitido a edificação de várias construções na área onde se situa o imóvel em contenda.

Por ocasião do julgamento da ação possessória, *o magistrado local julgou improcedente o pedido*, ante a ausência de demonstração de vício na posse dos réus (fls. 103/105).

Irresignada, a autora apelou, tendo a colenda Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região *negado provimento ao recurso*, em acórdão assim sumariado:

“Civil. Ação de reintegração de posse. Posse justa há mais de ano e dia.

1. A posse justa há mais de ano e dia garante ao possuidor o direito de ser mantido na posse, no caso de turbacão, ou reintegrado, no caso de esbulho.

2. Ocorre a posse clandestina quando é feita às escondidas, fora das vistas alheias, na calada da noite ou feita através de artifícios para esconder do possuidor anterior a aquisicão da posse. Não se pode dizer clandestina a posse tão-só pelo fato de o possuidor não ter tomado ciência da aquisicão da posse, quando esta se deu de forma pública.

3. Apelaçao improvida.” (Fl. 126)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, nos seguintes termos:

“Processual Civil e Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência.

1. Um dos fundamentos constantes da decisão recorrida, que negou provimento à apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a ação de reintegração de posse, foi o de que não restou demonstrado nos autos que a autora, ora embargante, detinha a posse da área em questão, e que, por outro lado, restou demonstrado que a posse do réu, ora embargado, é justa, ou seja, foi adquirida sem violência, clandestinidade ou precariedade.

2. Esse fundamento por si só já é suficiente para embasar o julgamento da apelação, não havendo, assim, que se falar em omissão. De fato, ‘o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos’. (STJ, — Primeira Turma, RMS n. 166-AM — EDcl, Relator Ministro Pedro Aciole, j. 18.04.1990, v.u., DJ 07.05.1990, p. 3.825, 2ª col., em.)

3. Embargos de declaração improvidos.” (Fl. 139)

Daí, o presente recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, em que a recorrente sustenta, em síntese, violação aos seguintes dispositivos: a) art. 5ª da Lei n. 6.120/1974, consubstanciado na ausência de contraprestação à Instituição Federal de Ensino pelo exercício da posse de seu imóvel pelos recorridos e na falta de processo licitatório para a sua aquisição; b) art. 492 do CC/1916, alegando ter sido ilegal a posse do antecessor dos recorridos, o que torna indevida, também, a posse destes; c) art. 497 do CC/1916, sustentando ser impossível que atos de mera tolerância induzam a posse de bem público, e d) arts. 66 e 504 do CC/1916, sob o argumento de que os bens públicos são insuscetíveis de posse.

Sem contra-razões.

Admitido o recurso pelo Tribunal de origem (fl. 160), os autos subiram a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer (fls. 168/173) opina pelo não-conhecimento do recurso.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, a recorrente alega, no presente recurso especial, interposto com fundamento apenas na alínea **a** do permissivo constitucional, em suma, violação ao art. 5º da Lei n. 6.120/1974, bem como aos arts. 66, 492, 497 e 504, todos do Código Civil de 1916.

Extrai-se dos autos que, por ocasião do julgamento da ação possessória ajuizada por Universidade Federal Rural de Pernambuco em desfavor de Amaro Joaquim da Silva e sua mulher Tereza Rita da Silva, o pedido de reintegração de posse foi julgado improcedente, ante a ausência de demonstração de vício na posse dos réus, bem como em razão da não-comprovação da posse da área em contenda pela autora. Eis os fundamentos do referido **decisum, verbis**:

“A prova produzida nos autos demonstrou que, no local onde o réu construiu a sua casa existe uma comunidade estabelecida há muitos anos sem qualquer oposição por parte da autora.

As testemunhas, a perícia e os documentos juntados esclareceram que, no referido local se formou quase um bairro, com inúmeras casas, estabelecimentos comerciais, igrejas, etc.

Tal comunidade vem utilizando, legalmente os serviços públicos de água e de energia elétrica, sendo também beneficiada por obras de infraestrutura.

A autora não comprovou a sua posse sobre a aludida área.

Não há nenhum elemento nos autos acerca do poder de fato que a UFRPE tenha, efetivamente exercido, na localidade mencionada.

Não ficou demonstrado que a posse do réu esteja eivada de vício.

O réu adquiriu a posse do Sr. Cícero Agra de Araújo, funcionário da UFRPE.

A prova não esclareceu de que modo o funcionário foi investido na posse.

Não houve violência, pois está claro que a referida comunidade se estabeleceu no local pacificamente.

Inexistiu clandestinidade, vez que a ocupação da área foi realizada às vistas dos dirigentes da Universidade.

Tampouco se caracterizou a precariedade, pois não há qualquer prova de que os ocupantes receberam a posse com a obrigação de restituir.” (Fls. 104/405) — grifei

O Tribunal **a quo**, por sua vez, não destoou da orientação seguida pelo juízo monocrático, consignando, **in verbis**:

“A tutela possessória, como prevista no art. 499 do Código Civil, assegura ao possuidor o direito de ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho. É a posse, portanto, uma situação de fato juridicamente protegida, no intuito de que seja resguardada a tranqüilidade social.

Tratando-se a posse de um fato continuado, duradouro no tempo, o ordenamento jurídico prevê que a passividade do seu titular é causa de extinção da posse. É o caso do abandono e da permissão (CC, art. 520).

Para ter direito à proteção possessória, sequer se indaga ao possuidor se possui a coisa como proprietário ou não, bastando que fique comprovado que a possui como sua. Além disso, há que se averiguar se a posse é justa, não foi adquirida por meio de violência, clandestinidade ou precariedade, ou, sendo adquirida de forma violenta ou clandestina, se já decorreu o prazo de ano e dia, quando a posse convalesce do vício.

Na hipótese **sub judice**, a UFRPE-apelante ajuizou a ação de reintegração de posse contra Amaro Joaquim da Silva, tendo em vista a invasão de um terreno de sua propriedade.

Restou comprovado nos autos, através de testemunhos, que o réu adquiriu o terreno através de Cícero Agra de Araújo, funcionário da UFRPE, há cerca de três anos, tendo ampliado a casa que havia no terreno, onde reside e exerce o comércio (na casa funciona um mercadinho).

Através da prova pericial, ficou demonstrado que, no local onde o réu construiu sua casa, existe uma comunidade estabelecida há muitos anos, situada em terreno da UFRPE, sem oposição por parte desta, que, ressalte-se, só propôs ação de reintegração de posse contra o réu Amaro Joaquim da Silva.

Ficou provado ainda que não houve violência ou clandestinidade na aquisição da posse, e que esta não foi adquirida em caráter precário. Pelo contrário, a comunidade vem se estabelecendo pacificamente há cerca de cinquenta anos (v. prova pericial, fls. 69/72), inobstante o réu só tenha adquirido a posse do terreno em questão há três anos, através de Cícero Agra de Araújo, que vivia no local há quatro anos.

Argumenta a UFRPE que não cedeu a área a Cícero Agra de Araújo ou ao réu, seja através de contrato, seja através de autorização superior, de modo que estaria demonstrada a clandestinidade, que contamina a posse desde o início.

Humberto Theodoro Júnior, em seu “Curso de Direito Processual Civil”, vol. III, ensina que posse clandestina “é a que se adquire às ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas. Não é o fato puro e simples da ignorância do espoliado que constitui a clandestinidade, sim o oposto à publicidade; é furtar-se o possuidor às vistas alheias; tomar posse às escondidas; o emprego de manobras tendentes a deixar o possuidor anterior na insciência da aquisição da posse. Assim, adquire-a clandestinamente ‘aquele que, à noite, muda a cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho’ (ob. cit., 17^a ed., Ed. Forense, 1997, p. 137).

In casu, não se pode dizer que a posse do réu é clandestina, tão-só pelo fato de que a UFRPE dela não teve ciência. Pelo contrário, foi adquirida às claras, publicamente, assim como a posse dos demais terrenos circunvizinhos, consoante ficou fartamente demonstrado nos autos.

Resumindo, não ficou demonstrado que a UFRPE detinha a posse da área em questão, visto que a posse fora adquirida pelo réu Amaro Joaquim da Silva, através de outrem, há cerca de três anos. Por outro lado, restou demonstrado nos autos que a posse do réu é justa, porquanto adquirida sem violência, clandestinidade ou de forma precária.” (Fls. 121/122) — grifei

Como se verifica, a improcedência da ação, mantida pelo Tribunal **a quo**, deveu-se pelo fato de não haver sido demonstrada a presença de quaisquer vícios que maculassem a posse dos réus, nem tampouco que a autora, ora recorrente, detinha a referida posse.

É sabido que os requisitos da ação de reintegração com o objetivo de reaver e restaurar a posse perdida são dois: 1. *a existência da posse e seu titular*, e 2. *o esbulho cometido pelo réu, privando aquele, arbitrariamente, da coisa ou do direito* — violência, clandestinidade ou precariedade — (cf. **Caio Mário da Silva Pereira**, **in** “Instituições de Direito Civil”, vol. IV, 18^a ed., Editora Forense, p. 69).

O primeiro, como salientado por ambas as decisões hostilizadas, não foi comprovado (a Universidade, ao que tudo indica, não detinha a posse da área em questão). E, no que concerne ao segundo (esbulho), a Corte **a quo** salientou que, no caso, “*ficou provado ainda que não houve violência ou clandestinidade na aquisição da posse, e que esta não foi adquirida em caráter precário. Pelo contrário, a comunidade vem se estabelecendo pacificamente há cerca de cinquenta anos (v. prova pericial, fls. 69/72), inobstante o réu só tenha adquirido a posse do terreno em questão há três anos, através de Cícero Agra de Araújo, que vivia no local há quatro anos.*” (Fls. 121/122).

A toda evidência que para se infirmar o v. acórdão, neste particular, exigiria o reexame de provas, o que é inviável em sede de recurso especial (*Súmula n. 7 do STJ*).

Por outro lado, verifico que a discussão acerca de que a área em questão se trata de bem público, não foi objeto de exame pelas instâncias ordinárias, o que inviabiliza sua análise nesta oportunidade, ante a ausência de prequestionamento, bem como em supressão de instância.

Assim sendo, não verifico qualquer violação aos dispositivos infraconstitucionais aventados, impondo-se ressaltar, ainda, a ausência de prequestionamento quanto aos arts. 66 do Código Civil de 1916, e art. 5º da Lei n. 6.120/1974, incidindo, neste caso, a *Súmula n. 211 desta Corte*.

Por tais fundamentos, *não conheço do recurso*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, penso que o recurso especial é inadmissível porque, em última análise, a solução da causa não prescinde, nesse estágio do processo, do reexame de matéria de fato, no tocante à posse anteriormente exercida pela autora, à ocorrência de esbulho, à eventual precariedade ou à clandestinidade da posse. Tudo isto se põe no plano dos fatos. Tal como anotou o eminente Relator, incide no caso a *Súmula n. 7-STJ*.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 508.831-MG (2003/0005222-1)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrentes: Vicol do Brasil Empreendimentos Imobiliários Ltda e outro

Advogado: Carlos Lindomar de Sousa

Recorrido: Francisco Pio de Souza

Advogado: Sebastião José de Carvalho

EMENTA

Civil. Promessa de compra e venda de imóvel construído. Inadimplemento. Código de Defesa do Consumidor. Rescisão do contrato. Restituição das quantias pagas.

O devedor, inadimplente em virtude de onerosidade excessiva, seja por desequilíbrio resultante da desvalorização da moeda ou de critérios para atualização das prestações, pode pleitear a rescisão do contrato.

Majoração da retenção, tendo em vista as peculiaridades da espécie.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial da Vicol do Brasil Empreendimentos Imobiliários Ltda, e, nessa parte, dar-lhe provimento; e, conhecer do recurso de Carlos Alberto Pereira e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Francisco Pio de Souza, ora recorrido, propôs ação contra Vicol do Brasil Empreendimentos Imobiliários e Carlos Alberto Pereira, buscando a rescisão do contrato de promessa de compra e venda entabulado entre as partes, com a devolução das parcelas pagas.

A r. sentença julgou extinto o processo sem julgamento do mérito em relação a Carlos Alberto Pereira e procedente o pedido de rescisão, condenando a primeira ré a restituir 90% da importância que recebeu, corrigida desde o desembolso e acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, além das custas e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor total a ser restituído.

A egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação dos réus em v. aresto assim sumariado:

“Apelação cível. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com restituição de parcelas pagas. Carência de ação e falta de interesse de agir. Inocorrência. Possibilidade de parte inadimplente pleitear a rescisão do contrato. Restituição de valores pagos. Aplicação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Perda do sinal ou arras. Impossibilidade. Sentença mantida.

A rescisão do contrato por inadimplência do promitente-comprador não libera o promitente-vendedor da obrigação da restituição de parcelas já pagas, acrescidas de correção monetária e juros de mora. A incorporadora terá direito de reter 10% do valor a ser devolvido, a título de pena contratual.

Mesmo provocando a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, tem o adquirente inadimplente interesse processual, bem como possui direito ao recebimento das prestações pagas, de acordo com a inteligência do art. 53, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.” (Fl. 119).

Os embargos declaratórios opostos pelos réus foram rejeitados pelo Tribunal **a quo**.

Daí o recurso especial dos réus, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando que o v. acórdão teria divergido jurisprudencialmente, bem como contrariado o disposto nos arts. 21 e 267, VI, do Código de Processo Civil; 1.092, parágrafo único, e 1.097 do Código Civil de 1916, sustentando a carência da ação de rescisão contratual pela parte inadimplente, a perda das arras, a majoração do percentual retido e a irregularidade na distribuição da sucumbência.

Respondido, o recurso foi admitido na origem, ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. Cuido, em primeiro momento, do parte do recurso especial referente à primeira ré, condenada pelas instâncias ordinárias.

Recorrido e a primeira recorrente celebraram contrato de promessa de compra e venda no valor de R\$ 8.520,00, pagas em 59 prestações mensais mais

entrada, todas no valor de R\$ 142,00, quando já vigente o Código de Defesa do Consumidor. Após efetuar o pagamento de 43 parcelas, o recorrido, devido a dificuldades financeiras, preferiu ajuizar ação de rescisão contratual, pugnando pela devolução das parcelas pagas. Julgada procedente a ação em 1ª grau e confirmada pela Corte de origem, os réus interpuseram o presente recurso especial, alegando a carência da ação de rescisão contratual pela parte inadimplente, a perda das arras, a majoração do percentual retido e a irregularidade na distribuição da sucumbência.

No que tange à sustentada violação dos arts. 267, VI, do Código de Processo Civil, e 1.092, parágrafo único, do Código Civil de 1916, afirma a primeira recorrente a falta de interesse de agir do contratante inadimplente na rescisão contratual. A egrégia Segunda Seção, contudo, pacificou o entendimento de que “ao compromissário-comprador é permitido, na hipótese de não reunir condições para suportar o reajuste das prestações, requerer o desfazimento do ajuste, reclamando da promitente-vendedora a devolução da soma que lhe foi paga” no julgamento dos EREsp n. 59.870-SP relatado pelo eminente Ministro Barros Monteiro, DJ 09.12.2002, assim ementado:

“Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário-comprador em face da insuportabilidade no pagamento das prestações. Restituição.

O compromissário-comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte.”

Dessarte, o acórdão atacado não divergiu dessa orientação, entendendo possuir o recorrido, mesmo inadimplente, interesse de propor ação de rescisão do contrato.

Relativamente à alegada ofensa ao art. 1.097 do Código Civil de 1916 e ao dissídio pretoriano, sustenta a recorrente a perda das arras e a retenção de, ao menos, 30% das parcelas pagas para cobrir as perdas e danos, majorando o estipulado pela instância ordinária em 10%.

Esta colenda Quarta Turma tem admitido a retenção em proporção compatível com as despesas de publicidade, corretagem, elaboração de contratos, além das perdas e danos que sofre com a desistência, pela dificuldade que enfrentará para efetuar nova venda, bem como por ter ficado privada do locativo do imóvel. Com efeito, é razoável entender-se que esses encargos devem ser suportados pelo comprador, sobretudo porque dele o inadimplemento.

Não fora assim, o comprador teria sempre uma situação cômoda: usaria o imóvel e, se ele não se valorasse no mesmo patamar do dinheiro corrigido, desvincular-se-ia do contrato; caso contrário, se a valorização fosse superior ao dinheiro corrigido, seria mantido o vínculo contratual.

Em casos semelhantes ao presente, esta Turma tem admitido a retenção no percentual de 25%, devolvendo corrigidos ao consumidor 75% das prestações já pagas e das arras. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“Civil. Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda de parte das prestações pagas. Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor autoriza a devolução de parte das parcelas pagas decorrentes de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, mas permite a retenção de um certo percentual.

Recurso conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 196.311-MG, por mim relatado, DJ 19.08.2002).

“Civil. Promessa de compra e venda. Contrato firmado anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor. Devolução de parcelas pagas. Art. 924 do Código Civil. Precedentes da Corte.

(...)

II - Todavia, tal direito não é absoluto, havendo que conformar-se às particularidades de cada caso concreto e consideradas as custas administrativas, operacionais e de corretagem da empresa construtora, sob pena de injustificada redução patrimonial. Retenção fixada em 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas.

III - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 59.626-SP, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 02.12.2002).

Tal percentual também foi considerado adequado nos supracitados EREsp n. 59.870-SP, julgados pela colenda Segunda Seção, além dos Recursos Especiais ns. 139.278-DF, DJ 08.09.2003, e 221.566-PR, DJ 08.09.2003, ambos relatados pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior.

2. Passo a examinar a parte do recurso pertinente ao segundo réu, excluído da relação processual.

No que se refere ao art. 21 do Código de Processo Civil, insurge-se o segundo recorrente contra a fixação dos honorários pelas instâncias ordinárias que, mesmo ante a extinção do processo sem julgamento do mérito quanto ao primeiro réu, deixou de conceder verba honorária a seu patrono, tendo em vista que ambos os réus foram representados pelo mesmo advogado.

Assiste razão ao recorrente. Se um dos réus foi excluído da relação processual por ilegitimidade passiva, é devido ao seu patrono honorários advocatícios, ainda que este seja o mandatário do outro demandado.

Dessa forma, tendo em vista a exclusão de Carlos Alberto Pereira da lide, condeno o autor a pagar honorários advocatícios ao patrono do segundo réu, fixados em R\$ 250,00, a teor do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

3. Diante desses pressupostos, conheço parcialmente do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento para aumentar o percentual de retenção de 10% para 25% sobre o valor das prestações pagas, inclusive do sinal, e condenar o autor a pagar honorários ao advogado do segundo réu no valor de R\$ 250,00.

Redimensiono, então, a sucumbência na lide entre a primeira recorrente e o autor, arcando aquela com honorários reduzidos de 15% para 10% do valor a ser restituído, além de 75% das custas, ficando o demandante com os restantes 25%, já consideradas a compensação e a sucumbência parcial.

RECURSO ESPECIAL N. 521.697-RJ (2003/0053354-3)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Editora Schwarcz Ltda

Advogados: Antônio Augusto Alckmin Nogueira e outros

Recorrentes: Maria Cecília dos Santos Cardoso e outros

Advogados: Luiz Eduardo Salles Nobre e outro

Recorridos: Os mesmos

Sustentação oral: Luiz Eduardo Salles Nobre, pelas recorrentes/recorridas, e Antônio Augusto Nogueira, pela recorrente/recorrida

EMENTA

Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou *Ariosto*. Daí porque não se pode subtrair dos

filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.

Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Segundo recurso especial das autoras não conhecido.

Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.

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, prosseguindo no julgamento, ante a aposentadoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e o afastamento do Sr. Ministro Barros Monteiro, que eram os votos faltantes, decidiu dar por encerrado o julgamento deste processo, uma vez que já está aperfeiçoado pela maioria; portanto, por unanimidade, conhecer parcialmente do primeiro recurso especial, o dos autores e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento; não conhecer do segundo recurso especial, o das autoras; conhecer do recurso especial da ré e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: As autoras, filhas herdeiras de Manoel dos Santos, consagrado como *Garrincha*, promoveram uma ação ordinária contra Editora Schwarcz Ltda (Companhia das Letras Editora, nome fantasia), por esta ter lançado o livro intitulado “Estrela Solitária — Um Brasileiro Chamado Garrincha”, sem autorização das autoras, alegando violação ao direito à imagem, ao nome, à intimidade, à vida privada, à honra e todos os conexos da personalidade

do referido ídolo, execrando a sua memória, postulando pela indenização de danos patrimonial e moral.

Em 1º grau a ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo a existência apenas de danos morais a serem indenizados no valor equivalente a mil salários mínimos, com juros de 6% ao ano, desde a citação, e em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

As partes apelaram.

As autoras, para aumentar o valor da condenação por danos morais, para obter o reconhecimento de danos materiais, juros desde o lançamento do livro e honorários em 20%.

A ré, buscando a nulidade da sentença por falta de apreciação adequada da prova, e, no mérito, a improcedência ou a redução da indenização dos danos morais e a aplicação do art. 21 do CPC.

O egrégio Tribunal local decidiu, sem discrepância, ter por incabível o dano moral, e, por maioria, admitiu o dano material a ser indenizado no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço do livro a ser apurado em liquidação.

Os declaratórios das autoras foram rejeitados e improvidos os infringentes da ré.

As autoras interpuseram dois recursos especiais.

O primeiro (fls. 565/575), por alegado dissídio e violação dos arts. 159 e 1.553 do Código Civil de 1916, buscando reparação pelos danos morais em valor correspondente a dez mil salários mínimos, postulando pela contagem dos juros a partir do ato ilícito, e que a liquidação seja feita por arbitramento.

O segundo (fls. 638/643), com as mesmas postulações do primeiro.

A ré, por seu turno, também ingressou com recurso especial (fls. 669/680), alegando ofensa aos arts. 6º e 126 do CPC, 4º da LICC, 160, I, e 1.526 do Código Civil de 1916, e 38, **caput**, da Lei n. 9.610/1998, isso porque o direito de imagem é personalíssimo, não se transmitindo para as filhas, aduzindo, fundamentalmente, que elas não teriam legitimidade para ajuizarem a presente ação.

Devidamente respondidos, os recursos foram obstados na origem, tendo o seu curso sido desembaraçado em face do provimento dado aos agravos de instrumento, para melhor exame, pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, então Relator.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): 1. Começo este voto por examinar o segundo recurso das autoras, aquele lançado contra o v. acórdão dos embargos infringentes.

Como consignado no relatório, a sentença reconheceu a existência apenas de danos morais, a serem indenizados no valor equivalente a mil salários mínimos, com juros de 6% ao ano, desde a citação, e em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Ao julgar a apelação, o egrégio Tribunal local decidiu reformar a sentença em dois distintos pontos: no primeiro, sem discrepância, para ter por incabível o dano moral; no segundo, e por maioria, para admitir o dano material, a ser indenizado no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço dos livros, a ser apurado em liquidação de sentença.

O pedido referente à condenação em dano moral não pode ser aqui apreciado, pois este tópico foi unanimemente afastado na apelação. Será objeto de apreciação quando analisado o primeiro recurso especial das autoras.

Igualmente não merece acolhida a postulação referente à contagem dos juros a partir do ato ilícito, e a que pretende que a liquidação seja procedida por arbitramento.

É que esses pontos adotados no v. acórdão da apelação, reformando a sentença, contra os quais se volta a insurgência, foram tomados por maioria, não tendo as autoras ingressado com os necessários infringentes, sendo, como se sabe, “inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no Tribunal de origem” (Verbete Sumular n. 207-STJ).

Nem se diga que seria cabível veicular essas inconformações nesse seu segundo recurso especial, ao argumento de que essas conclusões foram adotadas no r. aresto dos embargos infringentes interpostos pela ré, o que teria o condão de ensejar nova oportunidade para recorrer.

É que, sobre essas conclusões, ocorreu a preclusão, obstáculo intransponível para a admissibilidade de qualquer recurso, inclusive o especial de que ora se cuida.

Com efeito, não conheço do segundo recurso especial das autoras.

2. Aprecio agora o primeiro recurso especial das autoras e limito-me a examinar apenas o pedido referente ao reconhecimento da ocorrência de dano moral e a sua conseqüente indenização.

É que os demais pedidos dirigem-se a conclusões chegadas por maioria da Turma julgadora da apelação, não tendo as autoras, como acima dito, interposto embargos infringentes, sendo “inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no Tribunal de origem” (Verbete Sumular n. 207-STJ).

Ao relatar o agravo regimental contra a liminar no mandado de segurança que concedeu a busca e apreensão dos exemplares disponíveis ao público do livro aqui ventilado, o ilustre Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, com a sua reconhecida autoridade sobre o assunto, assim registrou, com maestria:

“Este Relator, por dever de ofício, já que não é entusiasta do futebol, nem torce para qualquer time, leu o livro no último fim de semana para que pudesse proferir este voto. Lamentavelmente, constatei que a obra não faz justiça a um grande jogador de futebol que por duas vezes levou o Brasil a ser campeão do Mundo.

Não se limitou o autor a relatar o futebol do Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente, foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel do Santos e apequenando a sua imagem. Se um quadro vale por mil palavras, como diz o ditado chinês, a capa do livro em exame é um longo discurso contra a imagem do Garrincha. Em lugar do atleta chutando a bola em gol ou dando os seus dribles que levavam as galeras ao delírio, mostra um homem deprimido e desolado, quase a figura de um farrapo humano. Pior que tudo, a imagem da capa é retratada em páginas de dolorosa impiedade, que aos poucos vai despindo o mito, transformando-o em profissional derrotado, pai irresponsável, marido infiel e ébrio inveterado. Ao final do livro, Garrincha não passa de um grande logro, autêntico exemplo de fracasso humano.

Se tal não bastasse, atenta ainda o livro agressivamente contra a intimidade do Garrincha, trazendo a público relato de fatos da sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques. Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada. Seria de mau gosto reproduzir aqui trechos de alguns capítulos do livro; seria grosseiro e deprimente, mas se alguém quiser conferir, verifique fls. 29/30, 32, 45, 74/75, 77, 90, 199, 217/218 etc.

É bem verdade que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IX, garante a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica

e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Até que ponto, entretanto, escudado nessa liberdade de expressão pode alguém invadir a intimidade alheia, conspurcar a sua imagem ou dela tirar proveito econômico? Tenho como certo que o limite é encontrado no próprio texto constitucional, tendo em vista que logo no inciso seguinte (n. X, do art. 5º) ele garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Ensina a melhor doutrina que sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se o direito à livre expressão da atividade intelectual contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro.

À luz destes princípios, pondera o insigne **Carlos Alberto Bittar** que na divulgação da imagem é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou à chamada imagem moral ou conceitual), à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe)... Não são permitidas, pois, quaisquer operações que redundem em sacrifício desses valores, que receberão sancionamento em conformidade com o bem violado e nos níveis possíveis. (“Os Direitos da Personalidade”, Forense Universitária, 1988, pp. 90/91).

O direito à privacidade, por seu turno, segundo doutrina da Suprema Corte dos Estados Unidos universalmente aceita, é o direito que toda pessoa tem de estar só, de ser deixada em paz e de tomar sozinha as decisões na esfera de sua privacidade. O ponto nodal desse direito, na precisa lição do já citado **Carlos Alberto Bittar**, encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Limita-se, com esse direito, o quanto possível, à inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa. São elementos: a vida privada, o lar, a família etc... No campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: confidências, informes de ordem pessoal, recordações pessoais, memórias, relações familiares, vida amorosa ou conjugal, saúde física ou mental, afeições, atividades domésticas etc. Esse direito, conclui, reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de *direito negativo*, ou seja, expresso exatamente pela não-exposição a conhecimento de terceiro

de elementos particulares da esfera reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que *consiste no direito de impedir o acesso a terceiros nos domínios da confidencialidade* (obra citada, pp. 103/104).

Costuma-se ressaltar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada da notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se então nos chamados ‘direito à informação e direito à história’ a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independentemente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas, artistas e outros que se mantêm em contato com o público). *Mas o limite da confidencialidade persiste preservado*; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar etc., não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado.

E assim é, segundo essa mesma doutrina, porque a vida dessas pessoas compreende um aspecto voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A *vida exterior*, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, todavia, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, integra o conceito de *vida privada*, inviolável nos termos da Constituição.

Dir-se-á a esta altura: mas Garrincha já morreu e a morte extingue a personalidade, e com ela a honra, a imagem, a intimidade etc., por se tratar de bens personalíssimos. O morto não é sujeito de direito, mormente personalíssimo. Tenha-se em conta, todavia, que o Código Penal pune a calúnia contra os mortos (art. 138, § 2º), sendo ainda certo que a Lei de Imprensa vai ainda além no seu art. 24, punindo não só a calúnia contra os mortos, mas também a *injúria* e a *difamação*.

Como se vê, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra e a intimidade das pessoas continuam a merecer a tutela da lei. Essa proteção é feita em benefício dos parentes dos mortos para se evitar os danos reflexos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes.

Quem gostaria que fosse divulgado que é filho de um beerrão, de um irresponsável e mulherengo? Quem não se empenharia em impedir que a memória do seu falecido pai fosse assim conspurcada.

Se a honradez ou a boa fama de um nosso antepassado reflete sua luz benéfica sobre o nosso nome e a lembrança da honorabilidade dele constitui um prestígio para nós no seio da sociedade, de modo que a sua boa fama se torna um direito nosso, o descrédito lançado sobre a memória de um nosso parente morto projeta igualmente sobre nós sua sombra funesta e de certo modo nos comunica o mesmo desdouro, vexando-nos e diminuindo o nosso valor moral. O respeito aos mortos outra coisa não é que o respeito à integridade moral dos seus descendentes e a consideração que desfrutam junto à sociedade. O direito violado pela ofensa aos mortos é, portanto, um verdadeiro e próprio direito que reside na pessoa dos seus parentes supérstites.

Há um último aspecto a ser destacado. Garrincha morreu pobre, nada deixou de herança à sua numerosa prole, a não ser seu nome, a sua lembrança, a sua imagem. Além do aspecto moral até aqui ressaltado, essa imagem, se tem algum valor econômico, pertence aos seus herdeiros, cabendo a eles, e só a eles, o direito de explorá-la. Entender de outra forma é admitir a apropriação indébita desse patrimônio dos herdeiros de Garrincha.

Importa então dizer que exploração econômica do nome, imagem e fama de Mané Garrincha, quer através de livros, quer de filmes ou outra forma qualquer, depende da expressa autorização dos seus herdeiros. Essa foi a única herança deixada por Garrincha e a Justiça não pode permitir que terceiros dela se apropriem em detrimento de sua prole.” (Fls. 611/615).

Verifica-se, assim, terem as autoras sofrido danos morais que reclamam indenização, que, pelas peculiaridades da espécie, estipulo no valor correspondente a cem salários mínimos para cada uma.

É nesses termos que, conheço parcialmente deste primeiro recurso especial das autoras, e nessa parte, dou-lhe parcial provimento.

3. Aprecio, por fim, o recurso especial da ré, e o faço valendo-me, pela falta de erudição equivalente, do judicioso voto do ilustre Desembargador Sérgio Cavaliéri Filho, de onde extraio os seguintes trechos:

“A matéria que se coloca no presente recurso envolve basicamente os direitos da personalidade. Consiste em saber se são ou não sempre intransmissíveis ou se há, em certas situações, transmissibilidade de direitos.

Ninguém desconhece que os direitos da personalidade extinguem-se com a morte, o que os torna física e juridicamente intransmissíveis. Mas não se pode igualmente desconhecer que a personalidade das pessoas famosas projetam efeitos jurídicos para além da morte e que afetam os seus sucessores. É

o que ocorre, por exemplo, com pessoas já falecidas cuja imagem continua sendo explorada comercialmente através de filmes, vídeos, fotografias, publicidade, livros, memórias, biografias etc. Os efeitos econômicos daí decorrentes incorporam-se ao patrimônio dos herdeiros do falecido e só por eles podem ser comercialmente explorados. O mesmo pode ocorrer quanto aos efeitos morais. Os ataques e ofensas à memória do morto são ofensas aos seus parentes próximos, causando-lhes sofrimento e revolta. Dessa forma, os parentes próximos de pessoas famosas falecidas passam a ter um direito próprio, distinto dos direitos de que era titular o **de cujus**, que os legitima para, por direito próprio, pleitearem indenização em juízo.

Tal é a espécie dos autos, porquanto as autoras pleiteiam indenização, por direito próprio, por danos materiais e morais que alegam ter sofrido pela publicação não autorizada da biografia do seu falecido pai. Como atleta famoso do futebol, a imagem, o nome e os feitos do biografado projetaram efeitos patrimoniais para além de sua morte, que se incorporaram ao patrimônio das autoras.

O novo Código Civil, atento aos princípios constitucionais e a toda legislação esparsa em nosso ordenamento jurídico relativos a esta matéria, disciplina os direitos da personalidade em seus arts. 11/21. Em seu art. 11 estabelece, após ressaltar casos previstos em lei, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. Prevê, todavia, no parágrafo único do art. 12, que qualquer ameaça ou lesão a esse direito gera perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei e, em se tratando de morto, como no caso presente, os herdeiros indicados e o cônjuge são legitimados para buscar o ressarcimento ou a indenização decorrente de lesão.

Concernente ao mérito, cumpre assinalar que a biografia de uma pessoa relata fatos relacionados com o seu nome, imagem, intimidade e outros aspectos vinculados aos direitos da personalidade. Sendo assim, e à luz dos princípios acima expostos, é forçoso concluir que terceiros não podem se apropriar desses direitos e publicar obra biográfica de pessoa já falecida sem a autorização dos herdeiros, por mais erudita que seja a obra e nobres os seus propósitos.

O exercício da livre manifestação do pensamento, da expressão intelectual e da profissão não autorizam a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais e de lucro, por se encontrar isso fora do direito de informar. Configura locupletamento sem causa explorar comercialmente a popularidade do biografado sem autorização de quem de direito ou sem lhe dar a devida participação.

De forma ainda mais explícita, em seu art. 20 e seu parágrafo único, o novo Código Civil prevê a *prévia autorização* para a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, publicação, a exposição *ou a utilização da imagem de uma pessoa, pena de render ensejo à indenização, ocorrendo lesão à honra e à boa forma ou respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais*. Destaca, em seu parágrafo único, que em se tratando de morto, o caso presente, são partes legítimas para requerer a proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Diante do acima, embora não tenha entrado em vigor o novo Código Civil, revelam as normas atinentes ao direito da personalidade o pensamento jurídico extraído das esparsas normas legais hoje existentes e em vigor em nosso país, bem como da doutrina e da jurisprudência. No julgamento do Recurso Especial n. 268.660-RJ, interposto contra acórdão de minha relatoria prolatado na Apelação Cível n. 8.250/1997, a Quarta Turma do STJ, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, assim se pronunciou sobre questão idêntica: “Vê-se, assim, ser certo que os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima dela, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem da sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem do falecido filho, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer gesto que possa lhes trazer máculas. Daí porque têm eles legitimidade ativa para postular reparação por ofensas morais feitas à imagem de seus filhos, o que digo apenas de passagem já que o dano moral não foi aqui reconhecido e nem está mais sendo questionado. Ora, se é assim *com razão maior se dá quando se cuida de buscar indenização pela ocorrência de dano material, por veiculação indevida e desautorizada da imagem da filha falecida, pois a mãe também postula por direito próprio na condição de sua sucessora.*”

A *prévia autorização* é um mecanismo protetor e permite garantir aos herdeiros a justa remuneração do correspondente uso da imagem e da exploração comercial da obra de biografia, evitando que terceiro sem título jurídico algum obtenham ganhos remuneratórios.

Destarte, a prévia autorização dos herdeiros de Garrincha para a exploração comercial de sua biografia era medida indispensável, certo que o v. acórdão centra o seu fundamento como razão de decidir neste ponto essencial, destacando que a ilicitude, que gera o direito à indenização do dano material, foi a *publicação não autorizada e se correto afirmar que os direitos da personalidade são intransmissíveis, nem por isto deixam de merecer proteção em favor de familiares próximos*. Não há nenhum reparo a ser feito no v. acórdão, estando em perfeita sintonia com os princípios legais encontrados em nosso ordenamento jurídico, inclusive a transmissibilidade dos direitos contemplados nos incisos I a IV do art. 24 da Lei n. 9.610/1998, que são da personalidade.” (Fls. 557/560).

Quanto à compensação dos honorários, observo que esta Quarta Turma tem entendido que, em ação de reparação de danos morais, sendo os honorários advocatícios fixados sobre o valor da condenação, o acolhimento parcial do valor da indenização postulado na inicial, do que decorre diminuição do quanto ali requerido, já importa em que os honorários sejam tidos como distribuídos e compensados.

Com efeito, conheço do recurso da ré pelo dissídio, mas para lhe negar provimento.

4. Diante de tais pressupostos, dos recursos das autoras, o primeiro conheço parcialmente e, nessa parte, dou parcial provimento, não conhecendo do segundo; e o recurso da ré conheço pelo dissídio, para negar-lhe provimento, em face do que a ação é julgada parcialmente procedente para, reconhecendo a ocorrência de danos materiais e morais, condenar a ré a pagar às autoras as indenizações, a título de dano moral, no valor correspondente a cem salários mínimos para cada uma, com incidência de juros de mora de seis por cento ao ano desde a data do lançamento do livro, e, a título de dano material, no valor correspondente a cinco por cento sobre o total do preço do livro a ser apurado em liquidação, com juros de seis por cento ao ano contados a partir da citação, já que este ponto não foi atacado via embargos infringentes, ocorrendo a preclusão.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Presidente): Srs. Ministros, também estou de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Entendo que é devido dano moral, sem dúvida nenhuma, e creio que é muito razoável que se compreenda que um ataque ao pai ou à mãe já falecidos fere um direito dos filhos. Isso é tão óbvio, que dispensa maiores justificativas a respeito.

Por isso, acompanho o eminente Relator, e, também, em relação ao valor do dano moral, em função dos parâmetros que têm sido aqui observados em vários precedentes. Quanto ao recurso da ré, dele também conheço, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 565.880-SP (2003/0077161-4)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Daimlerchrysler do Brasil Ltda

Advogados: Cássia Malusardi Saad e outro

Recorrida: Companhia Americana de Representações, Importação e Comércio S/A — Caric

Advogados: Antônio José de Oliveira Botelho e outro

Interessado: José Meloni Filho

EMENTA

Valor da causa. Alteração. Extrapolação dos limites adequados.

1. O entendimento pretoriano é no sentido de que havendo “cumulação de pedidos autônomos entre si, economicamente identificados, segundo os elementos da inicial, o valor da causa é fixado pelo somatório de todos, a teor do art. 259, II, do CPC” — REsp n. 178.243-RS.

2. No caso, entretanto, houve elevação do valor da causa, através de aditamento à petição inicial, de noventa mil reais para duzentos milhões de reais, sem que a estimativa para fixação dos danos materiais utilizasse critério preciso, resultante de quantia certa, mas dependente de apuração, mediante prova pericial.

3. Quanto ao dano moral prevalece o direcionamento de que o seu valor é meramente estimativo, ficando na dependência do prudente arbítrio judicial — REsp n. 80.501-RJ. Assim, quando estimado este valor em verdadeira demasia, pode o Judiciário adequá-lo à realidade, o mesmo se dando quando alvitrada soma irrisória.

4. Neste contexto, a alteração levada a cabo, com simultâneo pedido de justiça gratuita pelo interessado na elevação, de resto negado, mas obtendo o diferimento das custas para o final, a par de evidente

maltrato ao art. 258 do Código de Processo Civil, pois não ministrado qualquer parâmetro para a violenta elevação do valor da causa, com extrapolação dos limites adequados, teve em mira apenas impor um ônus à parte contrária.

5. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a estimativa anterior ao aditamento.

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. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 03.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Em ação de indenização por danos materiais e morais proposta contra Daimlerchrysler do Brasil Ltda por Caric — Companhia Americana de Representações, Importação e Comércio S/A — foi retificado o valor da causa de cem mil reais para duzentos milhões de reais (fls. 62 e 65).

Houve impugnação ao valor da causa, rejeitada pela decisão singular de fls. 146/147, abrindo ensejo à interposição de agravo de instrumento que teve provimento negado pela Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante ementa seguinte:

“Agravo de instrumento. Impugnação ao valor da causa. Consoante o art. 259, inciso I, do CPC, à causa deve ser atribuído valor correspondente ao benefício econômico almejado, não se justificando a atribuição de valor totalmente aleatório, como pretendido pela agravante. Tendo os agravados mensurado os prejuízos e danos morais que alegam ter sofrido por parte da recorrente, deve esse **quantum** ser utilizado para fixar-se o valor da causa. Recurso improvido (voto 1.633).” (Fl. 170)

No recurso especial tirado por Daimlerchrysler do Brasil Ltda, com apoio nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, o argumento básico é de negativa

de vigência à letra do art. 258 do Código de Processo Civil e divergência jurisprudencial (fls. 174/183).

Pondera que, mantido o valor arbitrado, a seu ver, irreal, o eventual preparo do recurso de apelação importaria em soma equivalente a um milhão de reais, mesmo porque a matéria relativa a ressarcimento por danos morais encontra deslinde no art. 258 e não naquele colacionado pelo Tribunal (art. 259).

Foram oferecidas contra-razões.

Admissão na origem (fls. 235/237).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Ao decidir a impugnação oferecida pela recorrente, a MM^a. Juíza de Direito fez consignar, **verbis**:

“Propôs a impugnada ação de indenização por danos morais e materiais. Formulou pedido de lucros cessantes a serem calculados através de prova pericial; de pagamento da comissão de 2.4% sobre as compras de veículos, valor esse que também só poderá ser apurado por perícia; lucros cessantes e danos emergentes desde o lançamento dos novos produtos na fábrica, não entregues à requerente, também a ser apurado por perícia.

Requeru, ainda, a indenização por danos materiais no que tange aos gastos com construção e máquinas, estimado em R\$ 104.407.460,81, a serem apurados por arbitramento, conforme faz prova laudo pericial.

No corpo da petição inicial, o autor requereu dano moral e indicou o valor (R\$ 90.000.000,00 — fl. 51). A menção ou não de tal pedido no item final da petição inicial, não pode ser analisado neste incidente e neste momento. O fato é que houve pedido e o valor foi expressamente mencionado, devendo permanecer para integrar o valor dado à causa.

O valor da causa deve corresponder ao **quantum** economicamente pretendido. Desta forma, tendo a autora manifestado expressamente o valor de R\$ 200.000.000,00, este deve ser o valor da causa, nos termos do art. 259, inciso II, do CPC.” (Fl. 146)

Confirmando o julgado, o Tribunal de origem realça (fls. 170/171) que o valor da causa deve refletir o conteúdo econômico da demanda, guardando adequação com a pretensão deduzida na petição inicial, onde os autores, ora recorridos, requereram a indenização por danos materiais, “estimados em R\$ 104.407.460,81 e, a título de dano moral, pleitearam e indicaram o valor de R\$ 90.000.000,00” (fl. 170).

Sucedee que como expressamente consignado na decisão de 1ª grau, fora o valor estimado para indenização a título de dano moral (R\$ 90.000.000,00), todas as demais verbas pedidas terão seus quantitativos fixados através dos meios probatórios disponíveis.

Não há, na realidade, qualquer elemento concreto que autorize concluir alcance à causa o valor extremamente elevado de duzentos milhões de reais, praticamente inviabilizando o acesso à Justiça pelo grande dispêndio financeiro no tocante às custas, apesar de a decisão singular haver remetido eventual complemento para o final.

É bem verdade que precedente desta Turma, mais precisamente o Recurso Especial n. 178.243-RS — Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior — indica que havendo “cumulação de pedidos autônomos entre si, economicamente identificados, segundo os elementos da inicial, o valor da causa é fixado pelo somatório de todos, a teor do art. 259, II, do CPC”. Esta foi a norma aplicada pelo Tribunal **a quo**, valendo, no entanto, asseverar que na espécie, como já declinado, a estimativa para fixação do valor dos danos materiais, não utiliza critério preciso, resultante de quantia certa, mas dependente de apuração, mediante prova pericial.

O valor do dano moral é meramente estimativo e a definição de seu quantitativo, consoante expõe o Ministro Ruy Rosado no EREsp n. 80.501-RJ — fica na dependência de prudente arbítrio judicial, pois a parte pede apenas um arbitramento.

Assim, quando estimado este valor em verdadeira demasia pela parte, pode e deve o Judiciário adequá-lo à realidade para ajustá-lo ao que for compatível com a causa, o mesmo se dando quando alvitrada soma irrisória.

Cabe anotar, para o exato equacionamento da questão, que a recorrida (fl. 63), sem plausível razão, fez o aditamento à inicial, retificando o valor para duzentos milhões de reais, ao tempo em que requereu e teve negado o pedido da justiça gratuita, sendo-lhe diferido o recolhimento das custas para o final.

Neste contexto, a alteração, a par de evidente maltrato ao art. 258 do CPC, pois não ministrado qualquer parâmetro para a violenta elevação do valor da causa, com extrapolação dos limites adequados, teve em mira apenas impor um ônus à parte contrária.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a estimativa feita pela recorrida, anteriormente ao aditamento.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior : Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex^a., conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, considerando que, no caso, está se discutindo impugnação ao valor da causa e que a impugnante inconformada é a ré.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Ex^a., conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, em face da situação particular da espécie em que a autora, depois de ter atribuído determinado valor à causa, procedeu a um aditamento no qual apresentou valores sem maiores fundamentos e claramente exorbitantes.

RECURSO ESPECIAL N. 613.493-DF (2003/0196847-1)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrida: Caixa de Assistência Social da Polícia Militar do Distrito Federal — Cabe/Social

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Interesses individuais homogêneos.

O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, quando inexistente relevante interesse social compatível com a finalidade da instituição.

Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs.

Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (fls. 140/157), contra acórdão da egrégia Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que julgou improcedente recurso de apelação, ao argumento de carência de ação.

Sustenta, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, violação dos arts. 1º, inciso IV, 5º e 21 da Lei n. 7.347/1985; 81, incisos II e III; 82, inciso I; 110 e 117 do Código de Defesa do Consumidor, e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, alegando, em síntese, legitimidade para propor ação civil pública ajuizada na defesa de direitos individuais homogêneos de integrantes da Polícia Militar do Distrito Federal, que estariam sendo lesados pela mesma circunstância de fato (fls. 148/149).

Aduz a natureza indivisível do direito postulado e defende, subsidiariamente, a possibilidade de agir na condição de substituto processual dos policiais lesados.

Sem contra-razões, o apelo foi admitido na origem (fls. 174/175).

Instando a se pronunciar, o douto Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, adotando a tese de que a defesa coletiva evitaria a multiplicação de demandas e a prolação de decisões contraditórias (fls. 180/183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Cuida-se o caso de saber da legitimidade do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para ajuizar ação civil pública, objetivando impedir a associação de forma compulsória dos integrantes do quadro da Polícia Militar do Distrito Federal junto à Caixa de

Assistência Social da PMDF — Cabe, ao argumento de que não lhes é dada a opção de integrar o quadro associativo ou dele se desligar.

A ação civil pública é ação de conhecimento coletivista, que tem por objeto resguardar interesses relativos ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem econômica e urbanística.

Como sabido, a Lei n. 7.347/1985 também veio para conferir legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, essa tutela se estendeu a interesses individuais homogêneos, assim compreendidos aqueles que “têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo” (REsp n. 105.215-DE, DJ 18.08.1997, Relator eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). São individuais porque têm indivíduos como centro de imputação e são homogêneos porque, por definição legal, têm origem comum, como se dá, por exemplo, em razão da existência da potencialidade lesiva de um produto.

Delimitando os interesses abrangidos pela LACP, **Hugo Nigro Mazzili** observa que:

“Difusos — como os conceitua o CDC — são interesses ou direitos ‘transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas determinadas e ligadas por circunstâncias de fato’. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistem vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

(...)

Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação básica comum. (...) Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica”. (“A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, 15ª ed., Ed. Saraiva: São Paulo, 2002, pp. 46/47)

Quanto aos interesses individuais homogêneos, o autor coloca que “para o CDC, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato” (**op. cit.**, p. 48).

Isso posto, vale dizer, tanto os interesses individuais homogêneos quanto os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns. Contudo, os titulares dos interesses difusos são indetermináveis e o objeto de interesse é indivisível, ao passo que nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, assim como os dos coletivos, porém, o dano ou a responsabilidade que decorrem dos individuais homogêneos caracterizam-se “por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo”. (op. cit., p. 49)

Enfrentando o tema nesta Corte, o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar consignou, quando do julgamento do REsp n. 168.859-RJ, DJ 06.05.1999, que as duas Turmas integrantes da egrégia Segunda Seção desta Corte de Justiça mostravam-se favoráveis a aceitar a legitimidade do Ministério Público para promover ação coletiva na tutela de interesses individuais homogêneos, apenas quando configurado relevante interesse público.

Quando a repercussão social e a dimensão da lesão coletiva comprometessem interesses sociais compatíveis com a finalidade da instituição, estaria o Ministério Público autorizado a defender, por meio de ação coletiva, interesses individuais. Nesse sentido, o REsp n. 417.804-PR, DJ 16.05.2005, Relator eminente Ministro Teori Albino Zavascki; REsp n. 509.654-MA, DJ 16.11.2004, Relatora p/ o acórdão eminente Ministra Nancy Andrighi; REsp n. 556.618-DF, DJ 16.08.2004, Relator eminente Fernando Gonçalves; REsp n. 404.239-PR, DJ 19.12.2002, Relator eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e REsp n. 182.558-RJ, DJ 20.05.2002, *por mim relatado*.

Contudo, a hipótese dos autos não se amolda às anteriormente descritas, razão pela qual o apelo não merece prosperar.

O direito subjetivo posto em voga é individual e disponível. Muitos dos integrantes do quadro associativo podem não estar se sentindo lesados, outros podem até não querer se desligar da associação, não concordando, inclusive, com a intervenção ministerial. De fato, consta da inicial que a entidade conta com quase dez mil associados, mas, como o próprio recorrente anota, somente parte deles mostra-se irredutível com a situação.

Ademais, não se verifica a relevância da causa para a coletividade. A atuação do Ministério Público na propositura de ações coletivas para defender direitos transindividuais, repiso, deve estar amparada pela gravidade da lesão e pela sua repercussão na sociedade, de modo a garantir não só a reparação do dano, mas também a eficácia da ordem jurídica.

Com efeito, a ação civil pública, na sua essência, versa sobre interesses difusos e coletivos e, excetuando-se as situações de reflexo na coletividade, não pode

ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. Nesse sentido, é pacífica a orientação do STJ. Confirmam-se, a propósito, REsp n. 502.744-SC, DJ 25.04.2005, Relator eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca; REsp n. 617.290-MS, DJ 18.10.2004, Relator eminente Ministro Franciulli Netto; REsp n. 506.457-PR, DJ 03.11.2003, Relator eminente Ministro Felix Fischer; AgRg no REsp n. 442.822-RS, DJ 18.09.2003, Relator eminente Ministro Gilson Dipp; REsp n. 204.237-SP, DJ 1ª.08.2000, Relator eminente Ministro Paulo Gallotti, e REsp n. 248.281-SP, DJ 29.05.2000, Relator eminente Ministro Garcia Vieira, dentre outros.

Por fim, o argumento de que o recorrente estaria agindo na qualidade de substituto processual também não se sustenta. Ora, ao defender o interesse do grupo lesado, a par do próprio interesse institucional, está o *Parquet* local agindo em legitimação extraordinária, na defesa dos interesses individuais dispersos na coletividade, o que em nada altera o entendimento adotado.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Voto de acordo com o eminente Ministro-Relator, negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 650.989-SP (2004/0068820-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Armando Rosseti

Advogados: Maria Luíza Lins e outros

Recorrido: Banco do Estado de São Paulo S/A — Banespa

Advogados: Alde da Costa Santos Junior e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Execução aparelhada por banco com a expropriação final de bens pertencentes ao executado. Alegação de falsidade da assinatura do devedor. Ausência de prova quanto à culpa do banco e de seus prepostos. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

Asserções expendidas pelo acórdão impugnado no sentido de que não se demonstrou a culpa do banco e de seus prepostos quanto à falsidade da assinatura. Outros fatos alinhados pela decisão recorrida, confirmatórios do acórdão da apelação, que motivaram o decreto de improcedência do pedido inicial. Em sede de recurso especial descabe a perquirição acerca dos fatos da causa (Súmula n. 7-STJ).

A imposição da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC condiciona-se a que o Tribunal fundamente a asserção relativa ao cunho manifestamente protelatório dos embargos declaratórios. Incidência, ademais, do Verbete Sumular n. 98 desta Corte.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido apenas para cancelar a multa de 1% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezini. Sustentaram, oralmente, os Drs. Maron Kalil Haddad, pelo recorrente, e Leandro da Silva Soares, pelo recorrido.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Armando Rosseti ajuizou ação de indenização contra o “Banco do Estado de São Paulo S/A — Banespa”, objetivando ressarcimento por danos materiais e morais, incluindo lucros cessantes. Alegou que o réu promoveu duas execuções fundadas em títulos falsificados e que, após ter sido o ora autor declarado revel em uma delas, foram pracedados dois imóveis de sua propriedade, ocasionando-lhe enormes prejuízos. Aduziu que a empresa tomadora do empréstimo junto ao réu foi “Borges & Rosseti S/C Ltda”, a qual não lhe pertence nem nunca lhe pertenceu, cujos sócios desconhece. Asseverou que a falsificação de sua assinatura se acha comprovada nos autos de

uma das execuções e que, mesmo assim, continua o réu dando prosseguimento à execução remanescente, o que demonstra o enriquecimento ilícito da instituição financeira em seu detrimento.

A MM^a. Juíza de Direito julgou procedente o pedido, condenando o Banco-réu pagar ao autor: “a) uma quantia a título de dano moral no valor equivalente àquele representado pelos títulos nulos que deram base às Execuções ns. 1/1988 e 3.021/1987, atualizada desde a data do ajuizamento das mencionadas execuções com correção monetária pelos índices adotados pelo Judiciário paulista, mais juros de um por cento (1%) ao mês também contados daquela data, que haverá de ser calculada pelo contador judicial quando da liquidação desta sentença, na fase de execução; b) uma quantia a título de dano material, composta do valor real de mercado dos imóveis praceados, que serão avaliados quando da liquidação na fase de execução, e c) uma quantia a título de lucros cessantes, compostos do valor locatício mensal dos imóveis praceados, considerando-se o período de incidência a contar da data em que o réu obteve a posse de cada qual desses imóveis, impedindo a possibilidade de produção de renda mensal por parte do autor na condição de proprietário, a serem apurados também quando da liquidação na fase de execução desta sentença”. (...) Arcará o Banco-réu, por força do princípio do sucumbimento, com o pagamento das custas e despesas do processo, incluindo os salários do perito judicial e de seu assistente técnico, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios devidos aos patronos do autor, ora arbitrados na quantia correspondente a quinze por cento (15%) do valor da condenação.” (Fls. 1.065/1.066).

A Oitava Câmara do 1^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por maioria de votos, deu provimento ao apelo do réu para julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso do autor, em acórdão assim ementado:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Expropriação de bens que estavam a garantir a execução baseada em título nulo pela falsidade da assinatura nele lançada. Fato que só veio a ser afirmado nos autos da ação indenizatória. Título que permaneceu válido durante todo o processo executório. Validade da execução. Inexistência de nexos causal entre o falso e o dano resultante da perda dos bens. Culpa do réu afastada. Não-comprovação de que o autor não se beneficiou do empréstimo que lhe está sendo exigido na execução. Ação improcedente. Recurso do réu provido, prejudicado o do autor, por maioria.” (Fl. 1.173)

Oferecidos os embargos infringentes pelo demandante, a egrégia Câmara, em votação majoritária, rejeitou-os, sob a ementa seguinte:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Expropriação de bens que estavam a garantir execução baseada em título nulo pela falsidade da assinatura nele lançada. Fato que só veio a ser afirmado nos autos da ação indenizatória. Ação improcedente. Recurso do réu provido, prejudicado o do autor por maioria. Embargos infringentes. Pretendida adoção do voto vencido. Impossibilidade ante a ausência de comprovação de ser o banco o executor da falsidade ou sua culpa. Embargos rejeitados.” (Fl. 1.268)

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados com a aplicação de multa no valor de 1% sobre o valor da causa.

Inconformado, o autor manifestou recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, apontando violação dos arts. 302, 333, II; 535, II, e 538, parágrafo único, do CPC; 932, III, e 933 do Código Civil; 3º, § 2º, e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Apontou omissão do acórdão recorrido por falta de pronunciamento acerca de questões apresentadas nos embargos declaratórios. Pleiteou a exclusão da multa imposta, porquanto os aclaratórios foram opostos visando ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, sendo-lhes infundada a pecha de protelatórios, a teor da Súmula n. 98-STJ. Sustentou, a seguir, caber ao Banco o dever de apresentar o contrato social da empresa “Borges & Rosseti S/C Ltda”. Aduziu, mais, que a responsabilidade do réu repousa no fato de haver entregue a funcionário documento de uso exclusivo que, por ter sido falsificado, causou prejuízos ao recorrente. Por fim, disse que o recorrido não impugnou a sua assertiva segundo a qual a pessoa jurídica “Borges & Rosseti S/C Ltda” nunca lhe pertenceu, de cujas atividades jamais participou.

Contra-razões às fls. 1.328/1.346.

Admitido o apelo extremo na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Proemialmente, não há falar em contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, uma vez que a decisão recorrida analisou os pontos essenciais da lide, dirimindo-a com a motivação que lhe pareceu pertinente. Em verdade, o ora recorrente não pretendeu complementar o julgado proferido, mas simplesmente procurou modificá-lo com os argumentos então expendidos.

2. O Tribunal de origem desacolheu o pleito reparatório, primeiramente em sede de apelação, ao fundamento central de que não comprovada a existência donexo causal e os danos suportados pelo recursante e ainda porque

não demonstrada a culpa do Banco. Ao examinar os fatos da causa, o acórdão da apelação afirmou:

1ª não há prova de que o Banco, por qualquer de seus prepostos, tenha falsificado a assinatura do autor;

2ª os beneficiários da falsidade foram a empresa “Borges & Rosseti S/C Ltda” e seus sócios, pois usaram o dinheiro e não o devolveram; o demandante consta do título como um dos sócios da mencionada pessoa jurídica e não fez prova do fato alegado — de que não integrava a sociedade;

3ª a Execução n. 1/1988 seguiu seus trâmites de forma regular, culminando com a expropriação dos bens, sendo certo que o ora recorrente ofereceu embargos do devedor, rejeitados liminarmente;

4ª o autor tinha pleno conhecimento da execução e, bem assim, da nulidade do título, mas assistiu a todos os atos executivos sem oposição consistente, somente se insurgindo por meio desta ação indenizatória doze anos depois;

5ª a esposa do autor, Maria Zillio Rosseti, opôs embargos de terceiro, execução da qual não participou o recorrente; sua omissão nesse ponto evidencia não ser ele terceiro;

6ª nesses embargos de terceiro, o MM. Juiz de Direito concluiu ter sido a dívida contraída em benefício do casal.

Em suma, o v. acórdão da apelação asseriu inexistir prova de que o Banco tenha praticado a falsidade, que provavelmente teria sido levada a efeito por um dos beneficiários do empréstimo. Entendeu também não poder ser responsabilizada a instituição financeira por haver promovido a penhora e a arrematação, quando é certo que o autor fora citado para os termos da execução. Atribuiu o julgado ao autor o encargo de comprovar a culpa do réu, inclusive a conduta leviana do gerente da agência bancária, ônus do qual não se desincumbiu.

Os embargos infringentes foram desacolhidos com base, em substância, nos fundamentos expendidos pelo **decisum** prolatado em sede de apelação:

a) não há prova de que o Banco e seus prepostos tenham lançado a assinatura falsa no contrato bancário, tampouco de que o fato tenha ocorrido na agência do recorrido;

b) os beneficiários da falsidade foram a empresa “Borges & Rosseti S/C Ltda” e seus sócios, que usaram o dinheiro e não o devolveram;

c) o recorrente, à época da execução, já sabia da nulidade do título e não se opôs na oportunidade, só o tendo feito doze anos após;

d) não demonstrou o autor a autoria da falsificação, nem a culpa do Banco.

Consoante se pode notar, o julgado recorrido apreciou o conjunto probatório, levando em conta, inclusive, o ônus da impugnação específica dos fatos argüidos pelo autor na peça exordial, tendo-lhe conferido, quanto a certas alegações por ele produzidas, o encargo de comprová-las. Assim o fez dentro de uma ampla cognição à luz dos elementos de prova coligidos nos autos. Não se pode afirmar, por conseguinte, que tenha transgredido as regras dos arts. 302 e 333, II, do Código de Processo Civil.

Na realidade, no item alusivo à responsabilidade do Banco pelos alegados prejuízos sofridos pelo autor, a solução da causa está a depender francamente do reexame da matéria fático-probatória, o que atrai desde logo a incidência da Súmula n. 7 desta Casa.

Há assertivas postas pela decisão atacada ao confirmar o acórdão da apelação que arredam por completo a pretensão de ressarcimento formulada pelo acionante, ora recorrente, quais sejam: a inexistência de culpa da instituição financeira e de seus prepostos; a falta de demonstração acerca da autoria da falsificação; o exercício regular de um direito pelo Banco ao aparelhar a execução e dar seguimento aos atos de expropriação dos bens; o conhecimento por parte do ora recorrente da existência da nulidade do título e a sua inércia durante aproximadamente doze anos; o benefício do contrato à empresa “Borges & Rosseti S/C Ltda” e aos seus sócios que utilizaram a quantia e não a devolveram.

Nesses termos, somente com a total perquirição do quadro probatório é que se teria condições de reverter as circunstâncias indicadas tanto no julgado da apelação como no **decisum** aqui impugnado.

Não há como se cogitar de ofensa aos arts. 3^o, § 2^o, e 6^o, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, simplesmente porque, tratando-se de postulação de cunho indenizatório decorrente da prática de ato ilícito, não se aplicam as normas do estatuto consumerista à espécie.

Indica o recorrente, ainda, como contrariados os arts. 932, III, e 933 do Código Civil de 2002, os quais, à evidência, não incidem no caso em tela, uma vez que vigente à época dos fatos alegados na exordial o Código Civil de 1916. Mas, ainda que se admita a pertinência do art. 1.521, III, do CC/1916, não há como responsabilizar-se o Banco-recorrido, salvo se se alterar por inteiro a versão dos fatos carreada pelo acórdão ora hostilizado.

Por sinal, conforme magistério de **Caio Mário da Silva Pereira**, “a essência da responsabilidade civil para o legislador de 1916 reside na determinação do comportamento culposo do agente, ou sua culpa. Para se determinar a obrigação de reparar o dano cumpre, então, precisar em que consiste o comportamento

culposo. Reside a culpa na infração de uma regra de conduta preexistente, seja esta assentada em disposição de lei, seja estabelecida em cláusula contratual” (“Responsabilidade Civil. (Aspectos) no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Desconsideração da Personalidade”, in “Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas”, Ano IX, n. 7. 1º Semestre de 1995, p. 128).

In casu, não se comprovou a culpa de algum preposto da instituição financeira (Súmula n. 341-STF), nem mesmo dela própria.

3. Por derradeiro, assiste razão ao recorrente num dos itens impugnados.

Diz respeito à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. Tem decidido esta Corte que tal penalidade se condiciona a que o Tribunal fundamente a asserção relativa ao caráter meramente protelatório dos embargos de declaração (entre outros, confira-se o REsp n. 157.579-RS, de minha relatoria). Na hipótese vertente, a par de a decisão recorrida não haver justificado a imposição da pena, há a circunstância de que o autor-embargante expressamente pretendeu tornar prequestionada a matéria por ele referida. Incide aí o Verbete Sumular n. 98-STJ.

4. Isso posto, conheço, em parte, do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento para cancelar a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 658.139-RS (2004/0063876-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrentes: I. G. dos S. e outro

Advogados: Eduardo Ferreira Fischer e outros

Recorrido: M. Z. S. (menor)

Representado por: D. Z.

Advogado: Flávio José Halmenschlager

EMENTA

Civil. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Obrigação complementar e sucessiva. Litisconsórcio. Solidariedade. Ausência.

1. A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos”.

2. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras.

3. Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda.

4. Recurso especial 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 especial e dar-lhe provimento. Não participou do julgamento o Ministro Jorge Scartezini (art. 162, § 2º, do RISTJ). Ausente, justificadamente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2005 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de ação revisional de alimentos proposta por Manuela Zubaran Santos, menor impúbere, representada por sua mãe, contra Ivan Gruending dos Santos seu pai e Nelson dos Santos, avô paterno.

Na contestação, em preliminar, os réus argüiram a necessidade de citação também dos avós maternos, sob o entendimento de litisconsórcio necessário.

A preliminar foi rejeitada, **verbis**:

“Foi também repelida a preliminar de litisconsórcio necessário dos avós maternos e paternos, na medida em que há obrigação solidária, salvo melhor juízo”. (Fl. 66)

Interposto o agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a ele nega provimento, com os seguintes fundamentos:

“Agravo de instrumento. Verba alimentar. Obrigação avoenga. Ausência de solidariedade. Tempestividade. O **decisum** pregresso ostentava contradição, pelo que cabível a oposição de embargos declaratórios, interrompendo-se o prazo recursal anteriormente iniciado. A obrigação, aqui, característica guarda de divisibilidade e não solidariedade, não gerando, pois, litisconsórcio necessário. Exegese do art. 1.698 do Código Civil em vigor, cuja redação não enseja dúvida ao efeito de se cuidar de litisconsórcio facultativo impróprio.

Agravo de instrumento improvido.”

(...)

Tratando-se de obrigação, como a hipótese contempla, avoenga, não se cuida de litisconsórcio necessário, como pretendem os recorrentes e sim de litisconsórcio passivo facultativo, bastando haja a opção por um dos avós que logre suportar o encargo nos limites de suas possibilidades.” (Fls. 100/103)

No recurso especial, manejado pela alínea **a** do permissivo constitucional, Ivan Gruendling dos Santos e Nelson dos Santos sustentam violação ao art. 1.698 do Código Civil de 2002.

Admissão na origem.

Parecer do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães opinando pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O art. 397 do Código Civil revogado possui o seguinte teor:

“O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Na órbita deste diploma, esta Corte havia pacificado a tese de que, na ação de alimentos proposta por netos contra o avô paterno, seria dispensável a citação dos avós maternos, por não se tratar de litisconsórcio necessário, mas sim, facultativo impróprio. A propósito:

“Ação de alimentos proposta por netos contra o avô paterno. Citação determinada dos avós maternos. Inocorrência de litisconsórcio passivo necessário.

O credor não está impedido de ajuizar a ação apenas contra um dos coobrigados. Não se propondo a instauração do litisconsórcio facultativo impróprio entre devedores eventuais, sujeita-se ele às conseqüências de sua omissão.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 50.153-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, publicado no DJ 14.11.1994)

“Processual Civil e Civil. Complementação de alimentos. Ação proposta contra avô paterno. Legitimidade. Ausência de litisconsórcio necessário com os avós maternos. Dissídio não demonstrado. Precedentes. Orientação da Turma. Recurso não conhecido.” (REsp n. 261.772-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ 20.11.2000)

A questão debatida consiste em saber se o art. 1.698 do Código Civil de 2002 tem o condão de modificar a interpretação pretoriana firmada sobre o art. 397 do Código Civil revogado.

Eis a nova redação:

“Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, *intendida ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.*”

Em primeira análise, a interpretação literal do dispositivo parece conceder uma *faculdade* ao autor da ação de alimentos de trazer para o pólo passivo os avós paternos e/ou os avós maternos de acordo com a sua livre escolha. Todavia, essa não representa a melhor exegese.

É sabido que a obrigação de prestar alimentos aos filhos é, originariamente, de ambos os pais, sendo transferida aos avós subsidiariamente, em caso de inadimplemento, em caráter complementar e sucessivo.

Neste contexto, mais acertado o entendimento de que a obrigação subsidiária — em caso de inadimplemento da principal — deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento.

Isso se justifica, pois a necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado, maior provisionamento tantos quantos réus houver no pólo passivo da demanda.

Note-se que esse entendimento está alinhavado com outros julgados desta Corte, **verbis**:

“Civil. Família. Alimentos. Responsabilidade complementar dos avós.

Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai.

Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária.

Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos.

Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem.” (REsp n. 366.837-RJ, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ 22.09.2003).

“Civil. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Alimentos provisórios. Termo final. Trânsito em julgado.

1. A orientação pretoriana é no sentido de que havendo fixação de alimentos provisórios, na forma do disposto no art. 13, § 3º, da Lei n. 5.478, de 1968, serão eles devidos até decisão final (trânsito em julgado).

2. A responsabilidade dos avós quanto aos alimentos é complementar e deve ser diluída entre todos eles (paternos e maternos).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para estabelecer que, até o trânsito em julgado, o pensionamento deverá ser no valor estabelecido provisoriamente, reduzido em 50% (cinquenta por cento) o quantitativo estabelecido em definitivo.” (REsp n. 401.484-PB, Relator Ministro Fernando Gonçalves, publicado no DJ 20.10.2003).

Destaque-se, ainda, que a melhor doutrina civilista, apesar de antiga, não se mostra ultrapassada. A propósito:

“Outro aspecto interessante da obrigação alimentar: na hipótese de coexistirem vários parentes do mesmo grau, obrigados à prestação, não existe solidariedade. Exemplificativamente: um indivíduo de idade avançada, pai de vários filhos, carece de alimentos. Não se tratando de obrigação solidária, em que qualquer dos co-devedores responde pela dívida toda (Código Civil, art. 904), cumpre-lhe chamar a juízo, simultaneamente,

num só feito, todos os filhos. Não lhe é lícito dirigir a ação contra um deles somente, ainda que o mais abastado. Na sentença o juiz rateará entre os listisconsortes a soma arbitrada, de acordo com as possibilidades econômicas de cada um. Se um deles se achar incapacitado financeiramente, será por certo exonerado do encargo.

Anote-se ainda que divisível é a obrigação. Em tais condições, numa ação de alimentos, não pode o réu defender-se com a alegação de que existem outras pessoas igualmente obrigadas e aptas a fornecê-los.” (**Monteiro, Washington de Barros**. “Curso de Direito Civil”. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 298).

“Por isso que os ascendentes de um mesmo grau são obrigados em conjunto, a ação de alimentos deve ser exercida contra todos, e a quota alimentar é fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e as necessidades do alimentário. Assim, intentada a ação, o ascendente (avô, bisavô etc.; avó, bisavó etc.) pode opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau.” (**Miranda, Pontes de**. “Tratado de Direito Privado”, tomo IX, 1ª ed., atualizado por **Wilson Rodrigues Alves**, Campinas: Bookseller, 2000, p. 278).

“Em melhor expressão: em primeiro lugar são obrigados os pais, depois os avós, depois os bisavós, e, assim, os trisavós, etc. E em existindo um ascendente de grau mais próximo, os de grau mais remoto ficam excluídos e liberados daquela obrigação. (...)”

Exemplificando: na falta de pais, ou se estes estão impossibilitados de cumprir essa obrigação, pode o filho, sem recursos para a sua subsistência, pedir alimentos aos avós, nas mesmas condições em que pediria aos pais, a dizer: sem distinção de sexo e de regime de bens, na proporção dos seus capitais e na medida das necessidades do alimentário.

O que se faz necessário esclarecer é que se há avós paternos e maternos, são todos chamados, simultaneamente, a cumprir a obrigação, nas devidas proporções.

Os ascendentes do mesmo grau são, sem dúvida, obrigados em conjunto, como se diz no Código Civil alemão, art. 1.066.

Dessa verdade resulta que a ação de alimentos deve ser exercida contra todos e a cota alimentar será fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e necessidade do alimentário.

Ressalta ainda que pode o ascendente (avó, bisavó, etc.; avô, bisavô, etc.) opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do

mesmo grau.” (**Santos, J. M. de Carvalho**. “Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. VI, 10^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 171)

Na atualidade, frente ao novo Código Civil, preleciona **Belmiro Pedro Welter, verbis**:

“Com a promulgação do Código Civil de 2002, embora se tenha mantido o caráter de não-solidariedade da obrigação alimentar, isto é, “sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos” (art. 1.710), haverá alteração de pensionamento com relação ao recebimento da pensão, pois, de acordo com o art. 1.698 do mesmo digesto legal, ‘se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide’. Significa dizer que o demandado terá o dever, e não só o direito, de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso ele não consiga suportar sozinho esse encargo, porque o credor tem o direito de receber a integralidade dos alimentos, que deverão ser fixados nesse processo.

A esse respeito, a doutrina informa que se trata de mais uma hipótese de intervenção de terceiros, não constante da legislação processual, pelo que houve inovação pelo Código Civil, porquanto, a partir de agora, ‘não há mais dúvida de que tal chamamento é possível, o que certamente permitirá que se dê solução mais adequada à lide, quando há vários obrigados a prestar alimentos, definindo-se, desde logo, o quanto caberá a cada um’.

Como se vê, o Código Civil de 2002 contrariou a doutrina e a jurisprudência vigentes, porquanto exige, e não apenas faculta, a convocação de todos os co-obrigados para, no processo pendente, ser distribuída a pensão alimentícia, de acordo com a necessidade do alimentando e as possibilidades de todos os co-responsáveis. E isso significa que o litisconsórcio não é mais facultativo, e sim litisconsórcio passivo obrigatório simples: passivo, porque a pensão deve ser paga somente pelo demandado ou pelos demais parentes; obrigatório, porque o legislador optou pelos princípios da celeridade e da economia processual, com a concessão dos alimentos em um único processo; simples, porque a verba alimentar será distribuída entre os parentes de acordo com as suas possibilidades financeiras.” (“Alimentos no Código Civil”, Thomson, IOB, 2^a ed., pp. 222/223)

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para determinar a citação dos avós maternos, por se tratar de hipótese de litisconsórcio obrigatório simples.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, na forma do que dispõe o art. 1.698 do Código Civil de 2002, a solução que V. Ex^a. propõe é a que se impõe e com a observação de que a lei nova é aplicável ao caso.

Acompanho o voto de V. Ex^a., na linha também do voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, trata-se de ação revisional de alimentos proposta por Manuela Zubaran Santos, menor impúbere, representada pela sua mãe, contra seu pai e seu avô paterno. Os réus argüiram a necessidade de citação também dos avós maternos sob o entendimento de que haveria litisconsórcio necessário.

Essa preliminar foi rejeitada em 1^a grau, e o egrégio Tribunal de Justiça manteve a decisão. Daí o recurso especial, tendo a douta Subprocuradoria opinado pelo seu improvimento.

O Relator, o eminente Ministro Fernando Gonçalves, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, consignando, no que mais interessa, em seu judicioso voto, de que faço uma citação livre, *que a questão debatida consiste em saber se o art. 1.698 do Código Civil de 2002 tem o condão de modificar a interpretação pretoriana firmada sobre o art. 397 do Código Civil revogado.*

O art. 1.698 pontifica que, se o parente que deve alimento em primeiro lugar não estiver em condição de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestarem alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

O nosso entendimento, à luz do anterior Código Civil, era em sentido contrário ao que exposto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, que agora o retifica com fincas, dentre outros fundamentos, pelo que posto na seguinte lição doutrinária:

“Com a promulgação do Código Civil de 2002, embora se tenha mantido o caráter de não-solidariedade à obrigação alimentar, isto é, sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos — é o que está dito no art. 1.710. E haverá alteração de pensionamento com relação ao recebimento da pensão, pois, de acordo com o art. 1.698 do mesmo digesto legal, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.”

Comungo com essa mesma compreensão sobre o tema até por, se assim não fosse, o alimentando poderia, a seu alvitre, escolher um dos avós que teria que suportar, sozinho o cogitado encargo, quando a responsabilidade repousa sobre todos eles.

Em conformidade com o douto voto do eminente Relator, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para determinar a citação dos avós maternos, por se tratar de hipótese de litisconsórcio obrigatório simples.

RECURSO ESPECIAL N. 704.551-MS (2004/0163656-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Gilberto Eifler Moraes e outros

Recorrente: Antônio Pires de Almeida

Advogado: Salvador Amaro Chicarino Junior

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Recurso adesivo. Ação de indenização. Danos morais. Apropriação indevida de valores em conta-corrente. Infringência ao art. 535, II, do CPC. Inocorrência.

1. Dissídio jurisprudencial comprovado, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255, e parágrafo, do Regimento Interno desta Corte.

2. Não resta caracterizada qualquer ofensa ao art. 535, II, do Estatuto Processual Civil, se o Tribunal de origem aprecia fundamentadamente os dispositivos invocados pelo embargante. Precedentes.

3. No tocante à suposta contrariedade aos arts. 159 do Código Civil/1916, 14 do CDC, e 335 do CPC, e as alegações de não-comprovação da conduta culposa do recorrente, de inexistência de nexo de causalidade no evento danoso, as razões recursais não devem ser conhecidas.

4. O Tribunal **a quo**, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, reconheceu o evento danoso e a ilicitude da conduta do recorrente ao proceder a retirada indevida de valores da conta do recorrido, acarretando devolução posterior de cheques por improvisão de fundos.

5. Como já decidiu esta Corte, nas reparações por dano moral, como o juiz não fica jungido ao **quantum** pretendido pelo autor, ainda que o valor fixado seja consideravelmente inferior ao pleiteado pela parte, não há que se falar em sucumbência recíproca. (REsp n. 674.678-AP de minha relatoria, DJ 16.11.2004).

6. Quanto à suposta negativa de vigência ao art. 20 do CPC, referente à revisão do percentual da verba honorária, tal intento exige reexame fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7-STJ (cf. REsp n. 488.149-RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 16.06.2003; REsp n. 200.401-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.04.2002).

7. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal **a quo**, a título de danos morais, em R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais), mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a quantia certa de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

8. Recurso adesivo do autor, pleiteando a majoração da indenização por danos morais para o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), não conhecido.

9. Recurso do Banco do Brasil S/A, conhecido parcialmente e, nesta parte, provido. Recurso adesivo de Antonio Pires de Almeida 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 especial adesivo de Antonio Pires de Almeida, o autor, e conhecer parcialmente do recurso especial do Banco do Brasil e, nessa parte, lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

DJ 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Infere-se dos autos que Antonio Pires de Almeida ajuizou ação de indenização em face do Banco do Brasil. Alegou o autor que a instituição bancária sacou de sua conta de caderneta de poupança, sem sua autorização, diversas importâncias, totalizando o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), entre 1º.09.1998 e 28.09.1998. Afirmou que o Banco nunca teve autorização do autor para retirar dinheiro de sua conta de poupança e transferi-lo para contas de terceiros, sendo apenas autorizado para debitar valores e repassá-los para as suas próprias contas junto ao mesmo banco. Aduz que o valor total sacado não foi creditado em qualquer outra conta do autor, mas, sim, de terceira pessoa, ou seja, Bianchini Comércio de Cereais Ltda, da qual o autor era mero sócio com participação social apenas com 5% (cinco por cento) do capital da empresa, fato que não autoriza o Banco à referida transferência de valores. Alegou ter sofrido danos morais e materiais. Os danos materiais consistentes na retirada do valor acima mencionado de sua conta-poupança, e os danos morais em razão da devolução por falta de provisão de cheque emitido contra o mesmo Banco do Brasil em favor da empresa Madeiral, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fato que ocorreu porque o Banco-réu havia sacado indevidamente de sua conta-poupança o valor já mencionado. O autor requereu a devolução do valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), retirados de sua conta-poupança, bem como os danos materiais consistentes nos juros de 1% ao mês e correção monetária, e os danos morais que deverão ser arbitrados no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contestando, alegou o réu, em preliminar, litispendência quanto à devolução de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), uma vez que o pedido já foi feito em ação cautelar proposta pelo autor contra o réu. Quanto ao mérito, asseverou que houve autorização verbal do autor para o lançamento do débito de sua conta-poupança, por ser sócio-gerente da empresa Bianchini Comércio de Cereais Ltda, além de contestar os valores reclamados a título de dano material.

O Magistrado-sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido. Para isso considerou que o banco-réu efetuou os lançamentos de débitos na conta-poupança do autor, no valor supramencionado, e sem o seu consentimento, extrapolando o contrato havido entre as partes. Assim, julgou procedente o pedido de restituição do valor indevidamente sacado na conta-poupança do autor, para o fim de tornar definitiva a medida já concedida na ação cautelar preparatória antes intentada, e condenar o réu no pagamento de indenização ao autor por danos materiais no valor correspondente a juros de 12% (doze por cento) ao ano e correção monetária do valor retirado de sua conta. Quanto aos danos morais, o pedido não foi acolhido, considerando o Magistrado a ausência de pressupostos necessários à condenação do réu no pagamento dos danos postulados.

O autor interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, a necessidade de ser reconhecido o dano moral sofrido por ele, em razão do sofrimento e angústia causados pela conduta ilícita do banco-réu. Requereu a condenação deste no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso para condenar o banco-apelado a pagar a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de danos morais, devidamente corrigida monetariamente a contar do evento danoso (setembro/1998) e juros legais a contar da citação. Em razão da inversão da sucumbência, o apelado foi condenado a pagar a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, a teor do art. 20, § 3º, do CPC. O v. acórdão restou assim ementado:

“Ementa: Apelação cível. Reparação de danos. Danos morais em razão de apropriação indevida de valores pela instituição financeira e a devolução de cheque sem provisão de fundos. Acolhida. Recurso parcialmente provido.

Faz nascer o dever de indenizar por danos morais se, em razão da retirada indevida de valores da conta do consumidor, há devolução de cheques por improvisão de fundos.”

O Banco-apelado interpôs embargos de declaração, alegando omissão/obscuridade no tocante às questões relativas ao período de incidência da correção

monetária, da inversão do ônus da prova e dos honorários advocatícios. As razões recursais foram rejeitadas, entendendo a Corte **a quo** “que os embargos prestam-se a esclarecer, se existentes, dúvidas, omissões ou contradições no julgado. Não para que se adequem ao entendimento do embargante”.

Inconformado, o Banco-apelante interpõe recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional (art. 105, III, CF/1988). Aduz o recorrente infringência aos arts. 535, II, 335 e 20, § 3º, do CPC, bem como aos arts. 159 do Código Civil pretérito, e 14 do CDC, além de divergência jurisprudencial, postulando a redução do **quantum** indenizatório.

O autor-apelado interpõe, igualmente, recurso especial adesivo, pleiteando ampliar a condenação por danos morais ao patamar de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

As contra-razões foram ofertadas às fls. 396/402.

Admitidos ambos os recursos, às fls. 404/412, subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Primeiramente, no tocante ao recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A, e quanto à alegada infringência ao art. 535, II, do CPC, tenho que esta não ocorreu. Com efeito, o v. acórdão recorrido analisou fundamentadamente tanto em sede recursal como nos embargos (fls. 325/326) as questões suscitadas pelo recorrente relativas ao período de incidência da correção monetária, da inversão do ônus da prova, bem como dos honorários advocatícios. Logo, inexistindo omissão a ser sanada, evidenciou-se correta a rejeição dos embargos de declaração, não ocorrendo portanto, nenhuma ofensa ao mencionado art. 535, II, do CPC.

No que diz respeito à suposta violação aos arts. 159 do Código Civil/1916, 14 do CDC, e 335 do CPC, e as alegações de não-comprovação da conduta culposa do recorrente, de inexistência de nexo de causalidade no evento danoso, atribuindo a responsabilidade deste ao autor, as razões recursais não devem ser conhecidas.

O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, reconheceu o evento danoso e a ilicitude da conduta do recorrente, conforme se verifica nos trechos do voto condutor do aresto recorrido:

“Compulsando o caderno processual, verifica-se que, à fl. 45, consta um cheque no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que foi devolvido por

insuficiência de fundos em 09.09.1999, ou seja, em data posterior à apropriação da quantia de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) da conta do apelante pelo apelado. Veja que, se o dinheiro não tivesse sido retirado ilegalmente da conta do autor-apelante, haveria fundos suficientes para o pagamento do cheque. Evidência, desta feita, o nexu causal entre a conduta e o dano experimentado.” (Fl. 309).

Ademais, mesmo se assim não fosse, o reexame da comprovação do ato ilícito ensejaria revolvimento de material fático-probatório, vedado pelo Enunciado Sumular n. 7-STJ.

No tocante à alegada violação ao art. 21 do CPC e à pretensão do recorrente de sucumbência recíproca, em razão da condenação em danos morais ocorrer em valor menor ao que fora pleiteado, não prospera igualmente o recurso. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que “nas reparações por dano moral, como o juiz não fica jungido ao **quantum** pretendido pelo autor, ainda que o valor fixado seja consideravelmente inferior ao pleiteado pela parte, não há que se falar em sucumbência recíproca” (REsp. 674.678-AP de minha relatoria, DJ 16.11.2004).

Nesse mesmo diapasão:

“Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial” (REsp n. 453.703-MT, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 1^a.02.2003).

Quanto à suposta negativa de vigência ao art. 20 do CPC, referente à revisão do percentual da verba honorária, tal intento exige reexame fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7-STJ (cf. REsp n. 488.149-RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 16.06.2003; REsp n. 200.401-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.04.2002).

No tocante à insurgência com fulcro na alínea **c**, com relação ao valor indenizatório a título de danos morais fixado pelo Tribunal de origem em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), tenho que este deva ser reduzido a um patamar adequado à espécie.

Como já decidiram ambas as Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte, constatando-se exagero ou manifesta irrisão na fixação pelas instâncias ordinárias do montante indenizatório do dano moral, é possível a revisão nesta Corte da aludida quantificação (REsp ns. 437.041-TO, 403.703-SP, 479.623-SC).

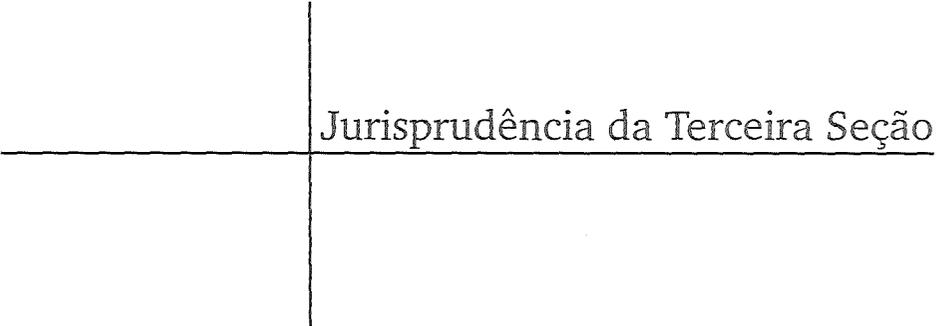
Verifica-se, **in casu**, que o autor postulou uma indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O juiz-sentenciante não acolheu neste ponto o pleito autoral, e o Tribunal **a quo**, dando parcial provimento ao recurso do autor, arbitrou a pleiteada indenização no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Contudo, tenho que, em atenção aos princípios da moderação e da razoabilidade, e observando os parâmetros avaliadores desta Corte, além de considerar os aspectos peculiares do caso em questão, o valor arbitrado pelo Tribunal **a quo** a título de danos morais mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do ato danoso, pelo que se impõe a respectiva redução à quantia certa de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

No que concerne ao recurso adesivo interposto pelo autor, pleiteando ampliar a condenação por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o recurso, pelas razões já expostas, não deve ser conhecido.

Ante o exposto e por tais fundamentos, conheço em parte do recurso do Banco do Brasil e, nesta parte, dou-lhe provimento, para diminuir o **quantum** indenizatório a R\$ 13.000,00 (treze mil reais), e não conheço do recurso adesivo interposto por Antonio Pires de Almeida. Quanto aos honorários, aplica-se a regra da compensação, devendo o **quantum** ser apurado em sede de execução.

É como voto.



Jurisprudência da Terceira Seção

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.263-DF (2003/0161213-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Paulo Sérgio Barbosa

Advogado: Carlos Estevão Mendonça de Souza

Impetrados: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministro de Estado da Fazenda e Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

Litis. Pas.: Companhia Nacional de Abastecimento — Conab

Advogados: José Manoel da Cunha e Menezes e outros

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Ex-servidor público. Adesão ao plano de desligamento voluntário. Anulação do processo de anistia. Reintegração. Ausência de causa de pedir. Precedente. Segurança denegada.

1. O ex-servidor público que adere a Plano de Demissão Voluntária Incentivada — PDVI e, por conseguinte, encontra-se desligado do serviço público, é destituído de causa de pedir em relação à declaração da condição de anistiado e à sua reintegração. Precedente.

2. A afirmação do impetrante de que fora compelido a aderir ao referido plano de demissão não encontra respaldo na prova pré-constituída, que demonstra ter agido de forma livre e espontânea. Tendo em vista que, em mandado de segurança, não cabe dilação probatória, impossível a instauração de uma fase processual para permitir que prove o alegado.

3. Processo extinto sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinto o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, de caráter preventivo, impetrado por Paulo Sérgio Barbosa contra suposto ato a ser praticado, em conjunto, pelos Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministro de Estado da Fazenda e Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, figurando como litisconsorte passivo a Companhia Nacional de Abastecimento — Conab, consistente na edição de portaria interministerial que supostamente anulará o ato que lhe concedera anistia, com base na Lei n. 8.878, de 11 de maio de 1994.

O impetrante narra que foi admitido pela ex-Companhia Brasileira de Alimentos — Cobal em 1^a.11.1977, para o exercício do cargo de Auxiliar Administrativo Nível 17, e que, desde o início do vínculo laboral, sempre trabalhou no Ministério da Agricultura, até quando foi demitido, em 09.07.1990, em razão da reforma administrativa promovida pelo Governo Collor. Aduz que foi declarado anistiado, com base na Lei n. 8.878/1994, e reiniciou suas atividades em 07.02.1995.

Relata que recebeu correspondência oriunda da Comissão Interministerial para reexame dos processos de anistia, criada pelo Decreto n. 3.363, de 11.02.2000, informando sobre a existência de parecer formulado no sentido de sua demissão, orientação esta que certamente será acolhida pelas autoridades impetradas, razão pela qual impetrou o presente **mandamus**, de caráter preventivo. Aduz que, diante da existência do parecer contrário à sua permanência no serviço público, foi “compelido” (fl. 14) a ingressar no Plano de Demissão Voluntária Incentivada — PDVI, em 26.03.2001.

Sustenta ter ocorrido a decadência da Administração para anular o ato que o anistiou, conforme art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Argumenta que adquiriu estabilidade no serviço público, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT. Defende a existência de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal favoráveis aos servidores públicos. Ao final, requer a segurança, em definitivo, para que lhe seja garantido o direito líquido e certo de permanecer no exercício do cargo, “devendo ser declarada a nulidade de qualquer processo administrativo contra ele instaurado com base no Decreto n. 3.363, de 11.02.2000, tendente a readmiti-lo do serviço público” (fl. 38).

O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão prestou informações (fls. 290/301), assim como o Ministro de Estado da Fazenda (fls. 303/318) e o Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (fls. 492/498 e 532/622).

A Companhia Nacional de Abastecimento — Conab, admitida nos autos como litisconsorte (fl. 657), apresentou contestação (fls. 665/ 745).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral José Flaubert Machado Araújo, opina pela denegação da segurança (fls. 747/750).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): O Superior Tribunal de Justiça já assentou que o ex-servidor público que adere a Plano de Demissão Voluntária Incentivada — PDVI e, por conseguinte, encontra-se desligado do serviço público é destituído de causa de pedir em relação à declaração da condição de anistiado e à sua reintegração. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

“Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Funcionário público. Anistia. Lei n. 8.878/1994. Parecer de comissão interministerial. Decreto n. 3.363/2000. Plano de demissão voluntária incentivada. Interesse e causa de pedir. Ausência.

O servidor público que adere a plano de demissão voluntária nos termos da lei, não tem direito de arrepender-se.

E, como desligou-se do serviço público por vontade própria, não tem interesse em obter anistia ou resgatar seus efeitos.

Não há causa de pedir em mandado de segurança contra ameaça de demissão, quando, antes, o servidor desliga-se voluntariamente do cargo.

Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.” (MS n. 9.266-DF, Relator Ministro Paulo Medina, Terceira Seção, DJ 29.03.2004, p. 170)

Do voto condutor, extraio o seguinte excerto:

“Vejo que o impetrante desligou-se voluntariamente do serviço público, de forma que não tem qualquer interesse em impedir sua demissão ou em obter anistia. Na verdade, a exoneração é impossível, pois carece de objeto: não há quem exonerar. E a anistia é inócua, porque sua única função seria manter o servidor no cargo, do qual ele mesmo pediu exoneração.

Ademais, se o pedido é de ordem que impeça a demissão, a causa de pedir deve ser uma ameaça de demissão. Entretanto, o impetrante antecipou-se e optou pelo PDV, não existe mais ameaça contra direito líquido e certo. Não havendo ameaça, logo, não há causa de pedir.

Com efeito, se o servidor público rompeu o vínculo laboral com a Administração por ter aderido espontaneamente a plano de demissão voluntária, tem-se por prejudicada a anistia concedida. Ou seja, não lhe surtirá efeitos a posterior anulação desse benefício, porquanto já afastado do serviço público. Daí a ausência de causa de pedir, que, na lição de **Humberto Theodoro Júnior**, “não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo” (“Curso de Direito Processual Civil”, 37ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 59).

É oportuno registrar que o impetrante afirma ter sido compelido a aderir ao Plano de Desligamento Voluntário Incentivado — PDVI. Essa afirmação, todavia, não encontra respaldo nos autos, em que a prova pré-constituída demonstra haver ingressado no referido plano de demissão de forma livre e espontânea (termo de acordo de fl. 99).

Tendo em vista que, em mandado de segurança, não cabe dilação probatória, impossível a instauração de uma fase probatória, para permitir ao impetrante que prove o alegado. A propósito, transcrevo a seguinte ementa:

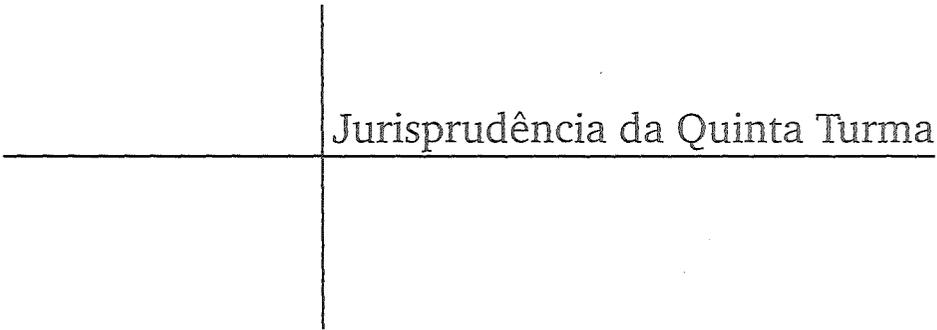
‘Recurso em mandado de segurança. Reajuste. Gratificação de encargos especiais. Isonomia. Servidores inativos. Direito líquido e certo. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade.

Na via mandamental, notadamente de cognição sumária, não se admite dilação probatória. **A fortiori**, o alegado direito líquido e certo deve vir acompanhado de prova pré-constituída. (Precedentes).

Recurso desprovido” (RMS n. 19.574-RJ, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 1ª.07.2005, p. 571)

Ante o exposto, *julgo extinto o processo sem exame de mérito*, com fundamento no art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil. Custas **ex lege**. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.



Jurisprudência da Quinta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 654.254-RS (2005/0009796-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravantes: Vera Teresinha Gomes Borges e outros

Advogados: Glênio Luís Ohlweiler Ferreira e outros

Agravada: União

EMENTA

Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução contra a Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Inaplicabilidade aos processos em curso. Requisição de pequeno valor. Tema não discutido na instância ordinária. Inovação. Impossibilidade. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

I - Após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 — o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas” — a egrégia Corte Especial deste Tribunal se posicionou no sentido de que a referida medida provisória não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência.

II - Não obstante tenha existido julgamento isolado da Corte Especial entendendo que “Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da CF/1988, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, é impossível adotarem-se os termos da MP n. 2.180-35/2001, que dispõe sobre os honorários advocatícios, tema de índole processual”. (EREsp n. 436.312-SC), a própria Corte Especial, em decisões proferidas em sessões posteriores, manteve o entendimento de que a referida medida provisória somente não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência.

III - Tratando-se de título executivo oriundo de ação coletiva interposta por sindicato, e não de ação civil pública, deve incidir a regra de que iniciada a execução após a edição da medida provisória em questão, não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

IV - Inviável a análise em sede de agravo interno de questões novas, estranhas ao acórdão proferido no recurso de apelação, às razões do recurso especial e às contra-razões, não argüidas no curso do processo. Precedentes.

V - Nos termos do Verbete Sumular n. 7-STJ, “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

VI - 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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão de fls. 149/152, a seguir transcrita:

“No tocante aos arts. 462, 730 e 731 do Código de Processo Civil, verifica-se que a agravante não prequestionou a matéria a contento, pois a discussão na instância **a quo** não chegou à exaustão. Verifica-se, pois, incidir à espécie a ausência do necessário prequestionamento para abertura da via especial.

Em que pese a oposição de embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados. A mera oposição não supre o requisito do prequestionamento. Compete ao Tribunal de origem se manifestar a respeito do tema.

Desta feita, persistindo a omissão na decisão do recurso integrativo, o recorrente deve interpor recurso especial com base na violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, para que este Superior Tribunal determine, ou não, o retorno dos autos à origem, a fim de sanar eventual mácula. O que, na hipótese dos autos, não ocorreu. Aplica-se à espécie a Súmula n. 211 do STJ. No mesmo sentido, transcrevo julgado de minha relatoria, **verbis**:

‘AgRg (Ag) Administrativo. Agravo regimental. Ausência de prequestionamento. Matéria não apreciada na instância **a quo**. Incidência das Súmulas ns. 211-STJ, 282 e 356-STF.

1. Não há que se falar em prequestionamento, quando a matéria objeto da discussão na instância **a quo** tratou de tema diverso do constante no recurso especial. Para tanto, seria necessária a oposição dos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. A esse respeito já se posicionou esta Corte nos termos da Súmula n. 211-STJ, que assim dispõe:

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

Aplicável à espécie, as Súmulas ns. 282 e 356-STF.

2. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg n. 195.922-SP, DJ 09.10.2000).

Quanto aos honorários, o Superior Tribunal de Justiça possuía jurisprudência uniforme no sentido de que seria cabível a condenação em honorários advocatícios na execução fundada em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, mesmo quando se tratasse de execução contra a Fazenda Pública. Ilustrativamente:

‘Processual Civil e Previdenciário. Fazenda Pública. Execução não embargada. Honorários advocatícios. Cabimento. Decisão monocrática. Lei n. 9.756/1998. Agravo regimental.

1. São devidos honorários advocatícios em processo de execução por título judicial, embargada ou não, ainda que proposta contra a Fazenda Pública. Precedentes da Corte Especial.

2. **Omissis.**

3. Agravo regimental não provido.’ (AgRg no REsp n. 317.848-RS, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 08.10.2001).

‘Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Rejeição.

A circunstância de se tratar de execução contra Autarquia, equiparada à Fazenda Pública, não a exime de condenação em honorários na execução embargada ou não.

Embargos de declaração rejeitados.’ (EDcl no REsp n. 227.103-RS, de minha relatoria, DJ 25.06.2001).

‘Processual Civil. Execução por título judicial. Honorários advocatícios. Cabimento. Hipótese.

A egrégia Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, interpretando o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 9.952/1994, tem decidido que são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial, mesmo que não tenham sido opostos embargos.

Embargos de divergência rejeitados.’ (REsp n. 141.511-RS, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 07.02.2000).

‘Embargos de divergência no recurso especial. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei n. 9.952/1994.

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

Embargos rejeitados.’ (REsp n. 202.083-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 30.10.2000).

Após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 — o qual dispõe que ‘não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas’ — a egrégia Corte Especial deste Tribunal se manifestou no sentido de que a referida medida provisória não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

‘Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Ipergs. Fazenda Pública. Execução. Embargos. Desnecessidade. Honorários. Inaplicação da Medida Provisória n. 2.180-35. Afastamento da teoria do ‘fato superveniente’ — art. 462 do CPC.

Não se aplica o disposto na medida provisória quanto aos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, até porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, não se autorizando que seja suprimida da parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

Embargos rejeitados.’ (REsp n. 440.046-RS, Corte Especial, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, data da decisão: 18.06.2003, DJ 19.12.2003).

Não obstante tenha existido julgamento isolado da Corte Especial entendendo que ‘Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da CF/1988, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, é impossível adotarem-se os termos da MP n. 2.180-35/2001, que dispõe sobre os honorários advocatícios, tema de índole processual.’ (REsp n. 436.312-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, *data da decisão*: 23.10.2003, DJ 08.03.2003), faz-se mister destacar que a própria *Corte Especial*, em decisões proferidas em sessões posteriores, manteve o entendimento de que a referida medida provisória somente não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

‘Embargos de divergência. Honorários de perito que elabora cálculo previsto no art. 604 do Código de Processo Civil. Honorários de advogado considerando a Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Súmula n. 168 da Corte.

1. Cabe ao exequente responder pelo pagamento do perito que contrata para elaborar a memória de cálculo prevista no art. 604 do Código de Processo Civil.

2. Já decidiu a Corte Especial que não se aplica a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 aos processos já instaurados.

3. Primeiros embargos de divergência conhecidos e rejeitados; segundos embargos de divergência não conhecidos nos termos da Súmula n. 168 da Corte.’ (REsp n. 442.151-RS, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *data da decisão*: 05.11.2003, DJ 19.12.2003).

‘Processual Civil. Embargos de divergência. Execução. Honorários advocatícios. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

I - São cabíveis honorários advocatícios em execução promovida contra a Fazenda Pública, ainda que não embargada (precedente da Corte Especial). O disposto na Medida Provisória n. 2.180-35/2001 não se aplica às execuções ajuizadas antes de sua vigência (REsp n. 426.486-RS).

II - ‘Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado’ (Súmula n. 168-STJ).

III - Embargos de divergência não conhecidos.’ (REsp n. 441.113-RS, Corte Especial, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *data da decisão*: 19.11.2003, DJ 19.12.2003).

Assim, deve prevalecer este último entendimento prescrito pela egrégia Corte Especial, em face da missão constitucional deste Tribunal, quanto à uniformização da matéria infraconstitucional em sede de recurso especial.

Na presente hipótese observa-se que a execução foi proposta em 2003, portanto, em data posterior à edição da referida medida provisória, motivo pelo qual não são devidos os honorários advocatícios.

Ante o exposto, com base no art. 544, § 3º, do Código de Processo Civil, dou provimento ao agravo de instrumento. Em consequência, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, lhe dou provimento para excluir da condenação a verba referente aos honorários advocatícios.

Os agravantes, repisando os argumentos anteriormente apresentados, alegam que a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 não incide nas execuções individuais que se tenham originado de ações coletivas. Aduzem, ainda, que em recente decisão o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inaplicabilidade da Medida Provisória n. 2.180-35/2001 em relação aos créditos definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3º do art. 100 da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Não obstante os argumentos expendidos pelos agravantes, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada.

Consoante explicitado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que seria cabível a condenação em honorários advocatícios na execução fundada em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, mesmo quando se tratasse de execução contra a Fazenda Pública. Ilustrativamente:

“Processual Civil e Previdenciário. Fazenda Pública. Execução não embargada. Honorários advocatícios. Cabimento. Decisão monocrática. Lei n. 9.756/1998. Agravo regimental.

1. São devidos honorários advocatícios em processo de execução por título judicial, embargada ou não, ainda que proposta contra a Fazenda Pública. Precedentes da Corte Especial.

2. Omissis.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp n. 317.848-RS, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 08.10.2001).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Rejeição.

A circunstância de se tratar de execução contra Autarquia, equiparada à Fazenda Pública, não na exime de condenação em honorários na execução embargada ou não.

Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no REsp n. 227.103-RS, de minha relatoria, DJ 25.06.2001).

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

A egrégia Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, interpretando o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 9.952/1994, tem decidido que são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial, mesmo que não tenham sido opostos embargos.

Embargos de divergência rejeitados.” (REsp n. 141.511-RS, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 07.02.2000).

“Embargos de divergência no recurso especial. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei n. 9.952/1994.

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

Embargos rejeitados.” (REsp n. 202.083-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 30.10.2000).

Após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 — o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas” — a egrégia Corte Especial deste Tribunal se manifestou no sentido de que a referida medida provisória não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

“Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Ipergs. Fazenda Pública. Execução. Embargos. Desnecessidade. Honorários. Inaplicação da Medida Provisória n. 2.180-35. Afastamento da teoria do ‘fato superveniente’ — art. 462 do CPC.

Não se aplica o disposto na medida provisória quanto aos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, até porque atributiva de privilégio à

Fazenda Pública, não se autorizando que seja suprimida da parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

Embargos rejeitados.” (EREsp n. 440.046-RS, Corte Especial, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, data da decisão: 18.06.2003, DJ 19.12.2003).

Não obstante tenha existido julgamento isolado da Corte Especial entendendo que “Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da CF/1988, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, é impossível adotarem-se os termos da MP n. 2.180-35/2001, que dispõe sobre os honorários advocatícios, tema de índole processual”. (EREsp n. 436.312-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, *data da decisão*: 23.10.2003, DJ 08.03.2003), faz-se mister destacar que a própria *Corte Especial*, em decisões proferidas em sessões posteriores, manteve o entendimento de que a referida medida provisória somente não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

“Embargos de divergência. Honorários de perito que elabora cálculo previsto no art. 604 do Código de Processo Civil. Honorários de advogado considerando a Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Súmula n. 168 da Corte.

1. Cabe ao exequente responder pelo pagamento do perito que contrata para elaborar a memória de cálculo prevista no art. 604 do Código de Processo Civil.

2. Já decidiu a Corte Especial que não se aplica a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 aos processos já instaurados.

3. Primeiros embargos de divergência conhecidos e rejeitados; segundos embargos de divergência não conhecidos nos termos da Súmula n. 168 da Corte.” (EREsp n. 442.151-RS, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *data da decisão*: 05.11.2003, DJ 19.12.2003).

“Processual Civil. Embargos de divergência. Execução. Honorários advocatícios. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

I - São cabíveis honorários advocatícios em execução promovida contra a Fazenda Pública, ainda que não embargada (precedente da Corte Especial). O disposto na Medida Provisória n. 2.180-35/2001 não se aplica às execuções ajuizadas antes de sua vigência (EREsp n. 426.486-RS).

II - “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula n. 168-STJ).

III - Embargos de divergência não conhecidos.” (REsp n. 441.113-RS, Corte Especial, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *data da decisão*: 19.11.2003, DJ 19.12.2003).

Assim, deve prevalecer este último entendimento prescrito pela egrégia Corte Especial, em face da missão constitucional deste Tribunal, quanto à uniformização da matéria infraconstitucional em sede de recurso especial.

Na presente hipótese observa-se que a execução foi proposta em 2003, portanto, em data posterior à edição da referida medida provisória, motivo pelo qual não são devidos os honorários advocatícios.

Repisa-se, ainda, que este Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de afastar a incidência da medida provisória em questão, quando se tratar de execução em sede de ação civil pública, em face das peculiaridades inerentes à referida ação.

Nesta hipótese, o exeqüente, não tendo participado do processo de conhecimento, vê-se obrigado a contratar advogado para executar o julgado, iniciando-se, então, uma relação processual distinta e autônoma da ocorrida na ação civil pública.

Neste sentido:

“Processo Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Execução de título judicial não embargada. Ação civil pública. Art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997. Exeqüente que não é parte na ação de conhecimento. Honorários advocatícios. Cabimento.

1. Embora o art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997 determine serem indevidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas, em se tratando de ação civil pública e não tendo o exeqüente participado da ação cognitiva, deve ser fixada verba honorária, ante a necessidade de se constituir advogado para que promova a execução do julgado.

2. Conforme precedentes das duas Turmas de Direito Público desta Corte, mostra-se cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios nas execuções, ainda que não embargadas, promovidas por beneficiários de título judicial oriundo de ação civil pública.

3. Embargos de divergência acolhidos.” (REsp n. 475.923-PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ 23.08.2004).

“Agravamento regimental. Processual Civil. Honorários advocatícios. Ação civil pública. Execução individual. Peculiaridades. Cabimento. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Não-incidência. Precedentes.

1. São cabíveis honorários advocatícios em sede de execução individual contra a Fazenda Pública, de título judicial oriundo de ação civil pública, afastando a incidência da medida provisória n. 2.180-35/2001 à espécie, em face das peculiaridades inerentes à referida ação. Precedentes do STJ.

2. Agravamento regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 665.724-RS, Relator Ministra Laurita Vaz, DJ 29.11.2004).

No caso dos autos a hipótese é diversa, infere-se não se tratar de execução em sede de ação civil pública, e sim de execução em ação ordinária de natureza coletiva, não havendo motivo para não ser aplicada a medida provisória. Neste sentido:

“Ação coletiva. Execução contra Fazenda Pública. Honorários advocatícios. Art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, modificado pela MP n. 2.180/2001. Incidência. Art. 20, § 4º, do CPC.

1. Tratando-se de título executivo proveniente de ação coletiva interposta por sindicato, e não de ação civil pública, deve incidir a regra de que iniciada a execução após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35, que modificou a redação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

2. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 611.667-RS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 29.11.2004).

Ressalta-se, ainda, que a alegação de cuidar-se a presente execução de quantia considerada de pequeno valor é estranha ao acórdão proferido no recurso de apelação, às razões do recurso especial, às contra-razões e à decisão agravada. Desta forma, constata-se que o agravamento interno não reúne condições de ser admitido, por inviável o exame do tema posto à debate somente nesta sede processual, por caracterizar inovação de fundamentos. Sobre o tema, seguem os seguintes precedentes:

“Agravamento regimental no recurso especial. Fixação de honorários advocatícios. Art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, inserido pela MP n. 2.180-35/2001. Aplicabilidade. Execução iniciada posteriormente. *Requisição de pequeno valor. tema não discutido na instância ordinária.*

A pretensão da parte-agravante é a fixação de honorários advocatícios em execução não embargada contra a Fazenda Pública iniciada posteriormente à

vigência da MP n. 2.180-35/2001, sob o argumento de que se trata de execução de pequena monta, porém tal tema não foi prequestionado, constituindo-se uma inovação que não pode ser enfrentada no presente recurso.

Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 657.959-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 14.03.2005) — grifei.

“Agravo regimental. Recurso especial. Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução judicial. MP n. 2.180-35/2001. *Não-incidência em requisições de pequeno valor. Questão nova.*

Verifica-se que o agravante levantou questão nova, e, portanto, incabível de ser suscitada em sede de agravo regimental. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 714.758-SC, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 11.04.2005) — grifei.

Ademais, ainda que ultrapassado este óbice, reexaminar o tema argüido, somente nesta sede processual, implica o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula n. 7, STJ, **verbis**:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Ilustrativamente:

“Recurso especial. Previdenciário. Execução de sentença. Súmula n. 260/TFR. Cálculos homologados que desrespeitaram o comando expresso na sentença. Coisa julgada. Inocorrência.

1. É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, na liquidação, é cabível a retificação dos cálculos homologados e não impugnados, quando constatada a ocorrência de erro material ou desrespeito ao comando expresso na sentença, sendo indevida a incidência de critérios não previstos, sob pena de violação da coisa julgada.

2. Decidindo o Tribunal **a quo** que as diferenças existentes em prol do segurado decorreu de erro material nos cálculos homologados, torna-se inviável, em sede de recurso especial, o exame da violação da coisa julgada, porque a sua verificação implicaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Em havendo os cálculos homologados por sentença desrespeitado o comando expresso na decisão exequenda (Súmula n. 260/TFR), é de se afastar a ocorrência de coisa julgada.

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 441.897-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2002).

Assim, resta afastada qualquer pretensão de alteração do julgado, tendo em vista a jurisprudência deste Tribunal, que ao consolidar o seu atual entendimento, opõe-se frontalmente à pretensão dos agravantes.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 659.221-SP (2005/0025404-0)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Leandro Zannoni Apolinário de Alencar e outros

Agravado: Lourival Santos

Advogado: Eduardo Machado Silveira

EMENTA

Processual e Previdenciário. Violação ao art. 535 do CPC. Ausência. Conclusão lógico-sistemática do **decisum**. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Alínea **c**. Divergência jurisprudencial não comprovada nos termos do art. 255/RISTJ. Agravo desprovido.

I - Descabida a interposição do recurso especial com base no art. 535 do Código de Processo Civil, sob a alegação de pretensa omissão, quando a matéria objeto do recurso restou apreciada à exaustão pela instância **a quo**.

II - Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Precedentes.

III - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

IV - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamação trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

V - A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

VI - No tocante à admissão do especial com base na alínea c, não foram colacionados julgados aptos para a comprovação do dissenso pretoriano. Note-se que devem ser juntadas cópias autenticadas dos julgados ou, ainda, deve ser citado repositório oficial de jurisprudência. Desta forma, restou desatendido o disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

VII - 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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de agravo interno interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento por este aviado. A fundamentação adotada foi a seguinte, **verbis**:

“No tocante à alínea **a**, inicialmente, com relação à violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, impõe-se frisar que compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar, que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática, adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Desta feita, escoreito o v. acórdão recorrido.

A jurisprudência desta egrégia Corte está consubstanciada neste sentido, **verbis**:

‘Processo Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão e pedido de prequestionamento. Pretensão de efeitos modificativos.

1. Embargos de declaração opostos contra v. acórdão que negou provimento a agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento a agravo de instrumento.

2. *Alegação de omissão no v. julgado. Pretensão de que seja dado efeito modificativo aos embargos.*

3. *A inexistência das pechas que autorizam o efeito modificativo do v. acórdão demonstra o manifesto caráter infringente pretendido pelo embargante de novo julgamento de questão já decidida.*

4. As eivas suscetíveis de reparação, em embargos declaratórios, são aquelas provenientes de defeitos de exteriorização do julgado.

5. Pretendido o prequestionamento dos incisos II, XXXIV, XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

6. As alegadas ofensas à Constituição não têm forma nem figura de juízo, pois que a embargante não foi privada do seu direito de recorrer.

7. Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime.’ (*EDcl no AgRg no Ag n. 281.982-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 12.03.2001*).

‘Embargos de declaração. Efeito infringente. Art. 535 do CPC. Impossibilidade. Súmula n. 260 do antigo TFR. Interpretação. Execução. Pretensão de discutir critérios de cálculo na execução. Impossibilidade.

A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, e estes só têm aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão, em raríssima excepcionalidade.

Não se prestam a um reexame da matéria de mérito decidida no acórdão embargado.

Embargos rejeitados.’ (EDcl no AgRg n. 320.004-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.03.2001).

Quanto ao tempo de serviço, a questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de trabalho e previdência Social — CTPS ad- vieram por força desta sentença.

In casu, o Tribunal **a quo** entendeu que o tempo de serviço reconhe- cido por decisão judicial, em sede de Reclamação Trabalhista, deve ser ad- mitido para fins previdenciários. Ademais, aduziu-se que o tempo de traba- lho anotado na CTPS, através de sentença trabalhista, possui força probante material, não devendo, assim, ser considerado simples prova testemunhal.

Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide traba- lhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*. Por- tanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Além disso, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço. Neste sentido, extrai-se o seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão hostilizado, **verbis**:

‘(...)

A certidão de fl. 9 confirma a propositura de reclamação tra- balhista pelo autos, em período contemporâneo àquele afirmado na petição inicial e onde houve o reconhecimento, pelo empregador, do alegado tempo de serviço.

Outrossim, as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram a prova documental.

Neste diapasão, não havia por que o INSS deixar de considerar o alegado tempo de serviço, ou seja, aquele prestado entre 13 de julho de 1978 e 15 de março de 1982.’ (Fls. 99/100).

Com efeito, a jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada

como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide. Neste sentido, seguem os seguintes precedentes, ilustrativamente:

‘Processual e Previdenciário. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Recurso especial desprovido.

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

III - A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

IV - Recurso especial conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 497.008-PE, de minha relatoria, DJ 29.09.2003).

‘Previdenciário. Pensão por morte. Filiação à Previdência. Tempo de serviço. Comprovação. Sentença trabalhista. Início de prova material. Possibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no art.

55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido e improvido.' (REsp n. 463.570-PR, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 02.06.2003).

'Agravo regimental. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não prequestionada e indemonstrada. Contagem de tempo de serviço. Sentença trabalhista. Início de prova material.

1. Em sendo a questão relativa à valoração da prova estranha ao acórdão recorrido, não há falar em divergência jurisprudencial a ser dirimida, à ausência de semelhança entre os julgados.

2. O conhecimento do recurso especial, fundado na alínea c do permissivo constitucional, requisita não apenas a apresentação dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio alegado, mas também a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, de modo a demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que os documentos constantes do processo trabalhista servem como início de prova material apta à comprovação do tempo de serviço, mesmo que a autarquia previdenciária dele não seja parte.

4. Agravo regimental improvido.' (AgRg no REsp n. 286.136-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 17.02.2003).

'Previdenciário e Processual Civil. Abono de permanência em serviço. Início razoável de prova material. Sentença trabalhista. Presunção de veracidade relativa não afastada. Recurso especial. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ.

A apresentação de início razoável de prova material é suficiente para o reconhecimento de tempo de serviço de trabalhador urbano.

Existindo sentenças trabalhistas referentes ao período de trabalho em questão, gozam estas de presunção relativa de veracidade, só podendo ser afastadas pela produção de provas que atestem sua falsidade ou as contradiga.

É defeso em sede de recurso especial o exame de provas, nos termos da Súmula n. 7-STJ, não se podendo questionar o que afirmou o Tribunal **a quo**, quando indicou a presença de início de prova material.

Recurso especial não conhecido.’ (REsp n. 328.082-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 02.09.2002).

“Processual e Previdenciário. Trabalhador urbano. Tempo de serviço. Comprovação. Reclamatória trabalhista. Art. 472 do CPC.

Embora a sentença trabalhista, por si só, não constitua prova de tempo de serviço quando da reclamação não participou a Previdência Social, se no bojo dos autos da reclamação trabalhista há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

Recurso conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 319.426-SC, de minha relatoria, DJ 27.08.2001).

Por fim, no que tange à divergência jurisprudencial, não foram colacionados julgados aptos para a comprovação do dissenso pretoriano. Note-se que devem ser juntadas cópias autenticadas dos julgados ou, ainda, deve ser citado repositório oficial de jurisprudência. Desta forma, restou desatendido o disposto no art. 255, §§ 1^a e 2^a, do RISTJ. A esse respeito:

‘AgRg (Ag) agravo regimental. Administrativo. Pressupostos. Prequestionamento. Ausência. Alínea **c**. Cotejo analítico. Art. 255/RISTJ. Não-conhecimento. Súmulas ns. 282 e 356-STF.

1. **Omissis.**

2. *A admissão do especial com base na alínea **c** impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, conforme disposto no art. 255 e parágrafos, do RISTJ.*

3. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no Ag n. 196.222-SP, de minha relatoria, DJ 08.05.2000).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.’ (Fls. 147/151).

No presente recurso, a Autarquia aduz que não existe prova material a comprovar a efetiva prestação de serviço alegada pela parte-autora. Sustenta, ainda, que a sentença trabalhista somente pode ser aceita como início de prova material se baseada em outros elementos que não sejam apenas testemunhais. Por fim, requer que seja provido o agravo interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, os mesmos não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida.

Inicialmente, quanto à alínea a, da análise dos autos, verifica-se que não houve, no v. acórdão a quo, qualquer omissão, obscuridade ou contradição que ensejasse o cabimento de embargos de declaração. Portanto, acertado o julgamento do Tribunal de origem.

Ainda, impõe-se frisar que compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Desta feita, escorreito o v. acórdão recorrido.

A jurisprudência desta egrégia Corte está consubstanciada neste sentido, **verbis**:

“Processual Civil. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Prequestionamento. Ausência. Aplicação das Súmulas ns. 282 e 356-STF. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Conclusão lógico-sistemática do **decisum**. Aplicação da Súmula n. 182-STJ. Agravo desprovido.

I - **Omissis**.

II - **Omissis**.

III - **Omissis**.

*IV - Descabida a interposição do recurso especial com base no art. 535 do Código de Processo Civil, sob a alegação de pretensa omissão, quando a matéria objeto do recurso restou apreciada à exaustão pela instância a quo. Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Tal raciocínio não origina contudo, a obrigação de dar respostas a todas as indagações formuladas em juízo, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**. Precedentes.*

V - As razões insertas na fundamentação do agravo interno devem limitar-se a atacar o conteúdo decisório da decisão hostilizada. No presente caso, tal hipótese não ocorreu. Aplicável, à espécie, a Súmula n. 182-STJ.

VI - Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 463.410-RS, de minha relatoria, DJ 03.02.2003).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Juros de mora. Taxa Selic. Lei n. 9.250/1995. Inexistência de irregularidades. Não-indicação de omissão, obscuridade ou contradição na decisão impugnada. Pretensão de rediscussão da matéria. Impossibilidade. Repetição, **litteratim**, das fundamentações de recursos anteriormente interpostos. Desobediência aos ditames do art. 535 do CPC. Intenção procrastinatória. Litigância de má-fé. Multa. Arts. 16, 17, IV e VII, e 18 do CPC. Lei n. 9.668/1998. Multa. Parágrafo único do art. 538 do CPC.

1. *Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada.*

2. *Inexistência, na petição dos embargos, de indicação de omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada. Impossível se acolher, na via aclaratória, pretensão de se rediscutir a matéria de mérito, tomando por base orientação jurisprudencial divergente.*

3. **Omissis.**

4. **Omissis.**

5. *Ocorrência de litigância de má-fé, por ‘opor resistência injustificada ao andamento do processo’ (art. 17, IV, do CPC), ao ‘interpor recurso com intuito manifestamente protelatório’ (art. 17, VII, do CPC — Lei n. 9.668/1998).*

6. *Inteligência dos arts. 16, 17, IV e VII, e 18 do CPC. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, corrigida monetariamente até seu efetivo pagamento, caracterizadora da litigância de má-fé da embargante, mais honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor da condenação, assim como a devolução de todas as despesas efetuadas pela parte contrária, devidamente atualizadas.*

7. **Omissis.**

8. *Embargos rejeitados.” (EDcl nos EDcl no REsp n. 445.040-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 24.02.2003).*

Quanto ao tempo de serviço, a questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as

anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

In casu, o Tribunal **a quo** entendeu que o tempo de serviço reconhecido por decisão judicial, em sede de reclamação trabalhista, deve ser admitido para fins previdenciários. Ademais, aduziu-se que o tempo de trabalho anotado na CTPS, através de sentença trabalhista, possui força probante material, não devendo, assim, ser considerado simples prova testemunhal.

Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Além disso, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço. Neste sentido, extrai-se o seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão hostilizado, **verbis**:

“(…)

A certidão de fl. 9 confirma a propositura de reclamação trabalhista pelo autos, em período contemporâneo àquele afirmado na petição inicial e onde houve o reconhecimento, pelo empregador, do alegado tempo de serviço.

Outrossim, as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram a prova documental.

Neste diapasão, não havia porque o INSS deixar de considerar o alegado tempo de serviço, ou seja, aquele prestado entre 13 de julho de 1978 e 15 de março de 1982.” (Fls. 99/100).

Com efeito, a jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide. Neste sentido, seguem os seguintes precedentes, ilustrativamente:

“Processual e Previdenciário. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Recurso especial desprovido.

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na

Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

III - *A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.*

IV- Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 497.008-PE, de minha relatoria, DJ 29.09.2003).

“Previdenciário. Pensão por morte. Filiação à Previdência. Tempo de serviço. Comprovação. Sentença trabalhista. Início de prova material. Possibilidade.

1. *A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.*

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido e improvido.” (REsp n. 463.570-PR, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 02.06.2003).

“Agravo regimental. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não prequestionada e indemonstrada. Contagem de tempo de serviço. Sentença trabalhista. Início de prova material.

1. Em sendo a questão relativa à valoração da prova estranha ao acórdão recorrido, não há falar em divergência jurisprudencial a ser dirimida, à ausência de semelhança entre os julgados.

2. O conhecimento do recurso especial, fundado na alínea c do permissivo constitucional, requisita não apenas a apresentação dos trechos dos

acórdãos que configurem o dissídio alegado, mas também a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, de modo a demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial.

3. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que os documentos constantes do processo trabalhista servem como início de prova material apta à comprovação do tempo de serviço, mesmo que a autarquia previdenciária dele não seja parte.*

4. *Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 286.136-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 17.02.2003).*

“Previdenciário e Processual Civil. Abono de permanência em serviço. Início razoável de prova material. Sentença trabalhista. Presunção de veracidade relativa não afastada. Recurso especial. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ.

A apresentação de início razoável de prova material é suficiente para o reconhecimento de tempo de serviço de trabalhador urbano.

Existindo sentenças trabalhistas referentes ao período de trabalho em questão, gozam estas de presunção relativa de veracidade, só podendo ser afastadas pela produção de provas que atestem sua falsidade ou as contradiga.

É defeso em sede de recurso especial o exame de provas, nos termos da Súmula n. 7-STJ, não se podendo questionar o que afirmou o Tribunal **a quo**, quando indicou a presença de início de prova material.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 328.082-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 02.09.2002).

“Processual e Previdenciário. Trabalhador urbano. Tempo de serviço. Comprovação. Reclamatória trabalhista. Art. 472 do CPC.

Embora a sentença trabalhista, por si só, não constitua prova de tempo de serviço quando da reclamatória não participou a Previdência Social, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

Recurso conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 319.426-SC, de minha relatoria, DJ 27.08.2001).

No que tange à divergência jurisprudencial, não foram colacionados julgados aptos para a comprovação do dissenso pretoriano. Note-se que devem ser juntadas cópias autenticadas dos julgados ou, ainda, deve ser citado repositório oficial de jurisprudência. Desta forma, restou desatendido o disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. A esse respeito:

“AgRg (Ag) agravo regimental. Administrativo. Pressupostos. Prequestionamento. Ausência. Alínea **c**. Cotejo analítico. Art. 255/RISTJ. Não-conhecimento. Súmulas ns. 282 e 356-STF

1. **Omissis.**

2. *A admissão do especial com base na alínea **c** impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, conforme disposto no art. 255 e parágrafos, do RISTJ.*

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 196.222-SP, de minha relatoria, DJ 08.05.2000).

Desta forma, não havendo razão alguma para a alteração do julgado, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.230-SP (2004/0129614-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outros

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Pacientes: Antônio Bias Bueno Guillon, Américo Fialdini Júnior, Célia

Procópiode Araújo Carvalho, Renata Caruso Fialdini e Iliana Graber de Aquino

EMENTA

Investigação do Ministério Público. Pretensão de nulidade. Incompetência do órgão ministerial. Múnus da atividade policial. Inocorrência. Titularidade plena do **dominus litis**. Art. 129 da CF

A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido.

A promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito.

O Ministério Público Federal, quando presente à sessão em 2ª instância para acompanhar os feitos penais em julgamento, nos termos das normas processuais e regimentais, atua como **custos legis**, sendo-lhe facultado falar após a sustentação da defesa.

Ademais, a simples inversão da ordem não autoriza, por si só, supor que houve nulidade se o ato não altera o sentido do contraditório, já que a ampla defesa foi garantida em toda a sua extensão.

Ordem denegada, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11.

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 o pedido, cassando a liminar anteriormente concedida. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentaram oralmente na sessão de 23.11.2004: Dr. Arnaldo Malheiros Filho (p/ pactes) e Ministério Público Federal.

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 1ª.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrada em favor de Antônio Bias Bueno Guillon, Américo Fialdini Júnior, Célia Procópio de Araújo Carvalho, Iliana Graber de Aquino e Renata Caruso Fialdini, os dois primeiros, diretores da Fundação Armando Álvares Penteado — Faap, a terceira, Presidente do Conselho Curador, a 4ª, advogada constituída, e a última, médica, contra decisão da Quinta Turma do TRF/3ª Região que “... denegou o **Habeas Corpus** n. 2003.03.00.024522-6 (doc. n. 1 anexo), impetrado contra ato de dois Procuradores da República em São Paulo, que contra eles instauraram e vêm conduzindo dois procedimentos investigatórios (Representações Criminais ns. 1.34.001004582/2001-49 e 1.34.001.001319/2002-89), ao arrepio da Constituição da República e do Código de Processo Penal, bem como deu provimento à Apelação Ministerial n. 2003.61.81.2007-7 (doc. n. 2), em julgamento absolutamente nulo, determinando a

quebra do sigilo bancário dos quatro primeiros pacientes...” (fl. 3). Eis as ementas dos acórdãos atacados (fls. 75/76 e 77/78):

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Meio adequado para afastar ameaça de coação à liberdade de locomoção. Atividade investigatória realizada pelo Ministério Público Federal. Possibilidade. Ausência de desrespeito a princípios de Direito Processual Penal.

1. A ameaça de coação à liberdade de locomoção está presente, tendo em vista que o procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal pode levar a um processo-crime que, por sua vez, pode acarretar condenação à pena privativa de liberdade. Assim, adequado o meio utilizado pelos recorridos, que se valeram do **habeas corpus**.

2. Cabe à Polícia Federal a função de apurar as infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União. No entanto, o Ministério Público Federal, como titular da ação penal, não está impedido de exercer atividade investigatória cautelar, como a aludida nestes autos.

3. Ao dispor a Constituição da República que a Polícia Federal exercerá com exclusividade a função de polícia judiciária da União, deixa explícito que tal função não pode ser exercida pelas polícias civis ou militares, mas não retira o direito de eventual colheita e análise de provas do crime pelo Ministério Público.

4. Não houve desrespeito a princípios do processo penal, pois as representações criminais instauradas pelo Ministério Público Federal não são processos, mas sim procedimentos administrativos, com a finalidade de o Ministério Público Federal averiguar se existem elementos para dar início a uma ação penal, a qual deverá submeter-se aos princípios do processo penal.

6. Não se mostra correto o entendimento de que o Ministério Público Federal não pode investigar, sob o fundamento de atuação tendenciosa. A circunstância de certos elementos de prova serem coligidos por uma das partes não impede seu escrutínio adequado perante o órgão jurisdicional, que tem a função de resolver o conflito com imparcialidade.

7. Declarada, **ex officio**, a invalidade dos atos decisórios. Preliminar argüida rejeitada. **Habeas corpus** denegado.”

“Constitucional. Processual Penal. Prova. Sigilo bancário. Recurso em sentido estrito recebido como apelação. Investigação. Competência. Ministério Público.

O art. 593, II, do Código de Processo Penal diz que caberá apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no capítulo anterior do Código, isto é, aquele que versa sobre o recurso em sentido estrito. Assim, recebo como apelação o recurso em sentido estrito interposto.

Da inexistência de dispositivo que atribua ao Ministério Público a função de instaurar inquérito policial e da existência de dispositivos que determinam à polícia judiciária ou às autoridades policiais a função de apurar crimes não se segue a conseqüência necessária de que os procedimentos de competência daquela Instituição estejam excluídos fatos ilícitos de caráter penal. A falta de uma regulamentação clara sobre a matéria é que suscita dúvidas sobre a legitimidade da ação ministerial no campo investigativo. Como todo exercício de poder, também o do *Parquet* enseja o risco de excesso ou abuso, e a falta de uma disciplina legal clara dificulta o controle jurisdicional adequado. É ressalvado ao particular, notadamente ao sujeito objeto de investigação, algumas garantias naturais contra eventuais excessos e abusos, o que deve ser verificado, casuisticamente.

A exemplo do que sucede com o inquérito policial e com a ação penal, a quebra do sigilo bancário, na medida em que agride um bem juridicamente tutelado, exige justa causa. Esta consiste na formulação de uma hipótese investigativa deduzida com base em elementos mínimos de que o sujeito tenha participado de um delito constatado. Não se exige que haja prova dessa participação, pois os elementos da movimentação financeira podem comprovar tanto a procedência quanto a improcedência da hipótese.

Não pode ser autorizada a quebra do sigilo bancário de apelada contra a qual não há indício de envolvimento na prática do delito.

Pedido de quebra do sigilo bancário deferido no que toca aos demais apelados, uma vez que há indícios de que a Fundação tida como entidade beneficente de assistência social repassava, de forma indireta, valores a seus dirigentes.

Recurso parcialmente provido.”

Objetiva este *writ of mandamus*, liminarmente, a suspensão dos procedimentos apuratórios e da quebra do sigilo bancário e, no mérito, “o trancamento das representações criminais e demais peças de informação existentes no Ministério Público Federal relacionadas aos pacientes e à Fundação Armando Álvares Penteado — Faap, bem como para a declaração de que tudo o quanto nelas se produziu constitui prova ilícita, inadmissível em qualquer processo, especialmente a quebra de sigilo bancário decretada ao arrepio da Constituição Federal”.

A liminar restou indeferida, consoante decisão às fls. 67/68.

Informações prestadas às fls. 74/78.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 84/89, pelo indeferimento do *writ*.

Levado o feito a julgamento na sessão do dia 23 e após ter sido suscitado, pelo patrono dos pacientes, semelhança com outro que este Relator acabara de proferir voto favorável, atinente à discussão de crime de sonegação fiscal, a Turma decidiu por sobrestar o julgamento, até que solvida a dúvida, e, concomitantemente, deferiu a liminar, suspendendo o curso das investigações na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Não vejo como conferir abrigo à primeira pretensão de nulificar os procedimentos apuratórios, em face de possível ilegitimidade investigatória do **dominus litis**. É que a titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem assim, o material probatório dela decorrente.

Lembro, ainda, que o modelo pátrio se vincula ao chamado sistema processual, no qual o inquérito é precedente do contraditório, isto é, representa atividade inquisitorial à parte da ação penal, e não sujeita às nuances formais da ampla defesa. É por esse sentido que a jurisprudência e a doutrina uníssonas preconizam a natureza meramente informativa do procedimento de inquérito, podendo ser realizado por várias autoridades administrativas. A propósito, é o julgado:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crime de roubo qualificado. Liberdade provisória indeferida. Vício ocorrido no inquérito policial. Irrelevância. Peça meramente informativa. Negativa de autoria. Impossibilidade de exame. Dilação probatória. Decisão judicial satisfatoriamente fundamentada. Ameaça às testemunhas. Excesso de prazo. Diligência requerida pela defesa. Aplicação das Súmulas n. 52 e 64 do STJ.

1. Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito processual não implica nulidade da ação penal, mormente se já recebida a denúncia, como **in casu** ocorreu, em razão de ser aquele peça meramente informativa e não probatória. Precedentes do STJ.

2. A ação de **habeas corpus** ‘constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório — como

a sustentada tese negativa de autoria — tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária’ (RHC n. 9.947-PR, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23.10.2000, p. 148).

3. Devidamente fundamentada e demonstrada, com expressa menção aos fatos concretos do processo, a necessidade da manutenção da custódia cautelar do paciente, não há falar em constrangimento ilegal por ausência de motivação na negativa judicial do pedido de liberdade provisória.

4. Demora da instrução criminal corroborada pelos atos processuais praticados pela defesa do acusado, durante a fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Aplicação dos Enunciados das Súmulas ns. 52 e 64 do STJ.

5. Ordem denegada.” (HC n. 29.873-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 17.11.2003)

No contexto, portanto, a promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional e do sistema pátrio, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir deles, a indicação necessária à formação da **opinio delicti**. Noutra banda, a exclusão dessa ou daquela pessoa do rol de investigados, sob o argumento de que nada tem com a entidade, não restringe a atuação ministerial ao mesmo tempo que não permite uma maior discussão em sede heróica.

No tocante ao outro tema, a opinião deste Relator assemelha-se à da Corte **a quo**, no sentido de reconhecer que a presença do *Parquet* Federal na sessão de julgamento se faz na condição de **custos legis**, a teor das disposições regimentais do Colegiado e das normas processuais aplicáveis à espécie, a não ser que fosse o caso de julgamento de ação penal originária perante o Tribunal, na qual o *Parquet* atuaria como parte. Ademais, a simples indicação de nulidade, sem a devida comprovação de prejuízo efetivo à defesa, não condiz com a realidade do processo penal, na linha do festejado princípio *pas de nulité sans grief*.

A propósito, o voto vencido do eminente Ministro Fernando Gonçalves, quando do julgamento do HC n. 18.166-SP, precedente citado na impetração, bem dispôs, a meu ver, acerca da controvérsia, **verbis**:

“Neste contexto, não se visualiza nulidade ou prejuízo apto à sua declaração, pois, como amplamente reconhecido e admitido, o Ministério Público em 2ª instância atua, não como parte, mas como guardião da lei (**custos legis**), sendo-lhe possível, inclusive, confessar a acusação.

Nesta ordem de idéias, incisiva a regra do parágrafo único do art. 610 do Código de Processo Penal que, em detalhamento, ao processo e julgamento do recurso em sentido estrito dispõe que, após os anúncios de

praxe, feita a exposição pelo Relator ‘o presidente concederá a palavra aos advogados ou às partes que o solicitarem e ao Procurador-Geral, quando o requerer.

Do mesmo modo, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 159, § 2^o) autoriza o uso da palavra pelo MP, quando na qualidade de fiscal da lei, após o recorrente e o recorrido. A mesma disposição, consoante as informações (fl. 98) consta do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3^a Região — art. 143, § 2^o.”

Ora, a despeito dos abalizados entendimentos contrários, outra não pode ser a melhor solução, sob pena de levar os julgamentos nas instâncias superiores a intermináveis discussões e a reiteradas impugnações, lembrando que o momento das arguições muitas vezes permite alusões fáticas por parte tanto da defesa como da acusação, independentemente da ordem de sustentação.

Por fim, dito pelo patrono, da Tribuna, que o caso assemelhava-se à questão da necessidade do exaurimento do procedimento fiscal, para, a partir daí, permitir-se a invasão da discussão penal, tal não se confirma nos autos.

Realmente, a despeito de haver informações instrutórias do Instituto Nacional do Seguro Social, o fato é diverso, a teor da narrativa do pedido ministerial da quebra de sigilo bancário, constante às fls. 103/104 do apenso I, **verbis**:

“A Procuradoria da República em São Paulo instaurou em 21 de março de 2002 procedimento de investigação destinado a apurar eventual sonegação de tributos e contribuições federais pela Fundação Armando Álvares Penteado — Faap.

Segundo restou apurado, a Faap, embora fosse, até 05.10.2002, uma fundação educacional definida como entidade filantrópica pelo Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS, não atende aos requisitos mínimos exigidos pela legislação vigente para a concessão do privilégio fiscal, havendo fortes indícios de que essa fundação remunera indiretamente seus diretores, mediante a devolução de parte do dinheiro pago aos prestadores de serviço, e destina apenas uma quantia ínfima de sua receita à gratuidade.

Conforme demonstram os documentos em anexo, a advogada Iliana Graber de Aquino é sócia de Américo Fialdini Júnior, Diretor Tesoureiro da Faap, nas empresas Figra S/C Ltda e FGA Participações S/C Ltda.

Segundo apurou o INSS, Iliana recebeu da Faap, em apenas dois dias de fevereiro de 2002, os valores brutos de R\$ 212.382,07 e R\$ 319.073,68 a título de “honorários advocatícios”. Tal quantia foi depositada em sua conta-poupança no Banco Sudameris (conta n. 018/71811379).

Curioso ressaltar que, de acordo com a nota de honorários referentes aos serviços prestados à Faap (documento em anexo), no mês de janeiro de 2002, Iliana trabalhou 386 (trezentos e oitenta e seis) horas, o que equivale a dizer que trabalhou praticamente dezoito horas por dia útil em pleno mês de férias forenses!

Consta também que Iliana recebeu ajuda de custo para viagem à China no valor de R\$ 21.600,00 (vinte e um mil e seiscentos reais), juntamente com Célia Procópio e Antônio Bias. Célia e Antônio são casados e ocupam, respectivamente, os cargos de Presidente do Conselho de Curadores e Diretor-Presidente da Faap. (Documento em anexo)

Os fatos apurados são gravíssimos e há indícios que Iliana transferia uma parcela dos recursos por ela recebidos para seu sócio Américo Fialdini Júnior e para Célia e Antônio Bias.”

Vê-se, portanto, que as investigações não incidem somente sobre o substrato tributário, mas evoca a presença de outras condutas a serem analisadas oportunamente pelo **dominus litis**. Ademais, sequer existe lançamento de débito tributário a ser discutido, consoante se extrai da informação prestada pela Gerência Executiva do INSS em São Paulo, à fl. 40 do apenso 1, nos seguintes termos:

“Em consulta ao nosso sistema informatizado Dataprev, não constam registros de débitos para a Entidade.”

Ante o exposto, denego a ordem, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 41.719-RO (2005/0021053-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Miguel Pereira Neto e outros

Impetrada: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: José Bocamino (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Prisão preventiva. Réu policial federal suspeito de fazer parte de organização criminosa. Reserva indígena de

Roosevelt-RO. Escuta telefônica. Nulidade. Inviabilidade. Prova justificada. Pretensão de revogação. Requisitos da custódia atendidos. Proteção da ordem pública.

Não se pode admitir que as escutas telefônicas realizadas em procedimento de investigação sejam consideradas ilícitas se toda a condução sobreveio de acompanhamento estreito do magistrado da causa, que determinou as diligências a partir de indícios veementes da existência da organização criminosa.

A prisão se mostra justificada quando o julgador, convencido dos indícios e das provas da autoria, demonstra a necessidade de proteção da ordem pública, tendo em vista a extensão da conduta correspondente à organização criminosa atuante na extração ilegal de diamantes de reserva indígena e promotora de vários outros crimes.

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 o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de José Bocamino, contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado (fl. 42):

“**Habeas corpus**. Processo Penal. Prisão preventiva. Extração ilegal de diamante na reserva Roosevelt-RO. Pacientes denunciados pelos crimes de receptação qualificada, quadrilha, corrupção ativa, contrabando e descaminho e crime contra o meio ambiente. Prisão fundamentada na garantia da ordem pública. Organização criminosa. Indícios de intensa participação

do paciente. Lei n. 9.034/1995. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Pacientes denunciados pelos crimes dos art. 180, § 2º (receptação qualificada), art. 288 (quadrilha), art. 333, parágrafo único (corrupção ativa), art. 334, **caput** (contrabando e descaminho), todos do Código Penal, e art. 55 da Lei n. 9.605/1998 (Leis dos Crimes Ambientais). Incidência da Lei n. 9.034/1995 por requerimento expresso da denúncia.

2. Prisão preventiva decretada, em decisão devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista as graves conseqüências dos crimes e fundadas suspeitas de que os pacientes ocupam posições de comando em organização criminosa voltada para a prática de vários crimes na Reserva Indígena Roosevelt em Rondônia.

3. Indícios de intensa participação dos pacientes na organização criminosa. Impossibilidade de concessão de liberdade provisória, a teor do disposto no art. 7º da Lei n. 9.034/1995.

4. Ordem denegada.”

Segundo consta dos autos, o paciente, delegado de polícia federal, foi denunciado por fazer parte de organização criminosa atuante na reserva indígena Roosevelt - RO, na qual são praticados inúmeros delitos, a saber, extração ilegal de diamantes, receptação qualificada, quadrilha, corrupção ativa, contrabando, descaminho e crime ambiental. Ocorre que, em face da participação intensa do acusado nas condutas delituosas, o MM. Juiz da Seção Judiciária local houve por bem receber a peça acusatória e decretar-lhe a prisão preventiva, ao argumento da necessidade de proteção da ordem pública.

Inconformada, a defesa do paciente impetrou ordem de **habeas corpus** no Tribunal Regional, que, ao analisá-lo, manteve a prisão cautelar e denegou a ordem à unanimidade, consoante ementa citada.

Daí este *writ*, no qual se reproduz, em síntese, os mesmos argumentos anteriores, quais sejam, ilegalidade das escutas telefônicas e ausência de requisitos para a prisão, já que não comprovada a participação do paciente no evento delituoso, bem assim não demonstrada a necessidade de proteção da ordem pública.

A liminar restou indeferida (fl. 127).

Ouvida a Subprocuradoria Federal, sobreveio parecer pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A exemplo do que atestou o Tribunal **a quo**, não vejo como anular o procedimento das escutas telefônicas. Realmente, não se pode admitir que as provas colhidas em procedimento de investigação sejam consideradas ilícitas se toda a condução sobreveio de acompanhamento estreito do magistrado da causa, que determinou as diligências a partir de indícios veementes da existência da organização criminosa. É o que bem ressaltou o acórdão vergastado à fl. 44.

No outro sustentáculo da impetração temos o tema da necessidade da prisão processual. Quanto a este aspecto deve-se anotar que, no HC n. 41.706-RO, levado a julgamento em primeiro lugar, considerei legítimo e legal o recolhimento prévio e o fiz baseado, tanto pelos fundamentos da decisão atacada, quanto pelas ponderações do parecer do *Parquet*. O caso aqui não é diverso, motivo pelo qual adiro, na mesma proporção, aos termos da opinião ministerial, **verbis** (fls. 255/259):

“11. Quanto à prisão preventiva do paciente, não vejo nenhuma ilegalidade a ser sanada via remédio heróico. Examinando o r. decreto preventivo, observa-se que o MM. Magistrado, após indicar a prova da existência do crime e os suficientes indícios de autoria, demonstrou a coexistência desses pressupostos com a necessidade de se resguardar a ordem pública e preservar a paz social, ressaltando que:

‘Os elementos de convicção contidos nos autos veiculam indícios suficientes de autoria quanto aos delitos atribuídos aos denunciados, ao menos para formulação de um juízo sobre o pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público Federal.

(...)

Com efeito, o conteúdo das extensas conversas telefônicas trazidas aos autos, em especial entre os denunciados José Bocamino e José Roberto Gonzáles Santos, permitem que se infira a participação de ambos numa organização criminosa destinada a extrair e comercializar minério de diamante da Reserva Indígena Roosevelt. Assim, a título de exemplo, à fl. 27 consta conversa em que o denunciado José Bocamino comunica a José Roberto Gonzáles a compra de uma máquina destinada à extração de diamantes, já instalada dentro da Reserva Roosevelt. Às fls. 34/35, consta conversa entre ambos, cujo assunto é a negociação de outras máquinas para tal finalidade. Inúmeras outras conversas fazem referência ao garimpo clandestino de diamantes, e as

providências adotadas por eles e por terceiros para sua implementação. Emblemático é o diálogo contido à fl. 80 dos autos, entre ambos os denunciados, que ora transcrevo: (...)

Outrossim, ambos os denunciados mantiveram, ao longo do tempo, incessante contato com os membros da organização criminosa já denunciada nos Autos n. 2004.41.00.001387-4, em especial com Marcos Glikas e Marcos Aurélio Soares Bonfim, ali apontados como mentores da quadrilha (p. ex. fls. 37, 38, 39, 59, 60, 65, 80 e diversas outras), evidenciando que referida organização criminosa é uma, ainda que conte com diversas membros que sequer se conhecem.

(...)

Do exposto, restam presentes os indícios de autoria. Quanto aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva dos denunciados, conforme exige o art. 312 do Código de Processo Penal, esses também se fazem presentes, encontrando respaldo na necessidade de garantia da ordem pública.'

12. Em que pese os argumentos da defesa, a medida, longe de representar uma punição antecipada, é meio hábil e necessário para acautelar o meio social naquela região, já tão afetada pelos conflitos interétnicos, acirrados mais ainda pela ação dessas organizações criminosas, como destacou o ilustre Magistrado:

'As conseqüências deletérias da atuação dessas organizações criminosas se fazem sentir com facilidade naquela região: devastação do meio ambiente; desestruturação das comunidades indígenas que ali habitam, seja pela corrupção causada pela oferta desmesurada de dinheiro em troca do acesso à jazida, seja pelo recebimento de armas de fogo, também em troca desses favores; violência que volta e meia vitima garimpeiros que se arriscam a adentrar na reserva sem o beneplácito de quadrilhas mais fortes. (...)'

13. De sua parte, os eminentes julgadores da Corte **a quo**, ao examinar a ordem originária, entenderam justificada a segregação, 'dada a gravidade dos fatos apresentados que demonstram que o funcionamento da organização criminosa tem prejudicado sobremaneira a região da Reserva Roosevelt' (...) 'considerando, ainda, a determinação constante do art. 7^a da Lei n. 9.034/1995'.

14. Com razão. A Lei n. 9.034/1995, que trata do crime organizado, veda expressamente a concessão de liberdade provisória 'aos agentes que

tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa' e, no caso em exame, isso ficou bem claro no r. decreto preventivo, do qual se destaca:

Assim, também considerei interessar à ordem pública que permaneçam encarcerados apenas os agentes que, pelos indícios apurados na investigação policial, *ocupam posição de comando na organização criminosa*, a autorizar a conclusão de que poderão reativá-la, caso sejam soltos.

Trata-se do caso dos denunciados.

Estes, *Delegado* e Agente da Polícia Federal no Estado de São Paulo (José Bocamino e Luiz Cláudio Santana), e suposto agente do Estado de Rondônia, a serviço de sua empresa de mineração (José Roberto Gonzáles dos Santos), *estariam profundamente envolvidos com a extração de diamantes da Reserva Indígena Roosevelt, envolvimento verificado tanto na fase de preparação (contato com os índios, aquisição de maquinário etc.), como na mais adiantada, de venda para o exterior do minério extraído (como registra nos contatos telefônicos, no mais das vezes intermediado por Marcos Glikas, com pessoas envolvidas com o comércio de diamantes no exterior, em especial Marcos Galish, conforme interessante diálogo entre esses dois últimos, constante às fls. 64/65).*

Além disso, *sobressai das interceptações telefônicas que o denunciado José Bocamino, ao lado dos acusados Marcos Glikas e Marcos Aurélio Soares Bonfim, seriam os principais fomentadores da atividade de garimpagem ilegal sob o aspecto financeiro.*

Tais constatações, **de per si**, bastariam para firmar a necessidade de custódia cautelar dos denunciados, a fim de fazer cessar qualquer atividade da organização criminosa por eles, de acordo com os indícios trazidos ao conhecimento do Juízo, integrada.” (Sem grifos no original)

15. Como ensina **Júlio Fabbrini Mirabete**, in “Código de Processo Penal Interpretado”, 7ª ed., Atlas, 2000, o conceito de ordem pública também visa acautelar a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do delito e sua repercussão e a conveniência da medida preventiva deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à ação do meio ambiente à prática delituosa e às suas conseqüências.

16. Ora, os fatos contidos nos autos são graves, cabendo ao Poder Judiciário cuidar para que se restabeleça, logo, a ordem pública, subvertida pela ação do crime organizado, especialmente, quando, como no caso em tela, o paciente, servidor público federal (Delegado de Polícia Federal), tendo por missão coibir tais ações, entrega-se à sua prática desabusada.

17. A título de argumentação, destaco que, nos termos da Lei Fundamental — art. 231 — cabe ao Poder Público — União — ‘proteger e fazer respeitar’ os direitos originários dos índios ‘sobre as terras que tradicionalmente ocupam’.

18. Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Batista**, in “Liberdade Provisória”, a prisão preventiva ‘responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas; de *defesa pública*, para impedir que certos facinorosos, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio’ (sem grifo no original).

19. Em conseqüência do exposto, a medida constrictiva não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, como já decidiu essa Corte Superior, não impede a tutela cautelar, não sendo suficientes, ademais, a primariedade, os bons antecedentes e outras qualidades pessoais, eventualmente apresentadas, para, por si sós, garantir ao acusado o direito à liberdade provisória, quando devidamente fundamentada a segregação.

20. Sobre o tema, o seguinte precedente desse Superior Tribunal de Justiça:

‘Processual Penal. Receptação. Formação de quadrilha. Lavagem de dinheiro. Corrupção ativa e passiva. Crimes ambientais. Excesso de prazo. Matéria não ventilada perante o Tribunal **a quo**. Supressão de instância. Prisão preventiva. Fundamentação suficiente.

É inviável o exame de matéria não ventilada perante o Tribunal **a quo**, sob pena de suprimir-se instância. Assim, a alegação de ocorrência de excesso de prazo não pode ser apreciada por esta Corte.

De outro lado, a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Ressaltou o **decisum** impugnado a necessidade da custódia visando à proteção da ordem pública, que restou ameaçada com a atuação de uma organização criminosa complexa, da qual faz parte o paciente, que se dedica à prática de diversos crimes, dentre eles, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, comércio ilegal de diamantes, além de crimes ambientais.

Ordem conhecida parcialmente e, nessa parte, denegada.’ (HC n. 33.429-RO, DJ 24.05.2004, Relator Ministro Jorge Scartezzini)”

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 45.779-SP (2005/0115674-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil

Advogados: Alberto Zacharias Toron e outro

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Maria Cláudia de Seixas

Sustentação oral: Alberto Zacharias Toron, pela paciente

EMENTA

Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 138 c.c. o art. 141, II, do CP. Trancamento da ação penal. Atipicidade.

I - O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II - Para que a conduta descrita no art. 138 do Código Penal seja típica, é necessário que as declarações do autor da acusação sejam falsas, ou quanto a ocorrência dos fatos, ou quanto à autoria (*Precedentes*).

III - Evidenciado, **in casu**, não se tratar, objetivamente, de falsas afirmações, as realizadas por advogada, no exercício da função, é de se determinar o trancamento da ação penal, pois o que se tem é o simples **animus narrandi**, talvez, até **criticandi**, mas não **animus caluniandi**.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Maria Cláudia de Seixas, denunciada como incurso nas sanções do art. 138 c.c. o art.141, inciso II, ambos do Código Penal, contra v. acórdão prolatado pela colenda Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional da 3ª Região, que restou assim ementado:

“Habeas corpus. Delito de calúnia. Tipicidade.

Fatos de petição judicial relatando suposta omissão de magistrado na prática de ato devido no sentido no art. 319 do Código Penal, ainda afirmando expressamente sobre motivos no interesse ou sentimento pessoal.

Questão suscitada que remonta ao sentido subjetivo da conduta, ao plano das representações e vontade da gente, não faltando, no caso, indícios do dolo e devendo as questões suscitadas ser deslindadas no exame das provas produzidas.

Matéria que demanda exame aprofundado de provas e não-absolvição sem o processo devido.

Ordem denegada” (fl. 123).

Sustenta o impetrante ausência de justa causa para a ação penal porquanto o fato que lhe é imputado seria atípico eis que: a) o fato imputado à vítima seria verdadeiro; b) não houve uma afirmação concreta de que o magistrado teria cometido o crime de prevaricação; c) não houve a indicação do sentimento ou interesse que o magistrado procurou satisfazer em sua conduta omissiva, em não cumprir a liminar, anteriormente concedida pelo egrégio Tribunal; e, d) estaria a paciente, advogada, acobertada pela imunidade profissional.

A liminar restou indeferida à fl. 103.

Informações prestadas à fl. 116.

Pedido de reconsideração foi negado (fls. 135/136).

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pela concessão da ordem (fls. 139/144).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pelo que se depreende dos autos, a ora paciente, atuando como advogada de vários réus no Processo n. 98.030.2229-6, requereu ao magistrado que expedisse carta rogatória a fim de que fosse ouvida

determinada testemunha. Ante a negativa do MM. Juiz, impetrou **habeas corpus**, no qual fora concedida a ordem, determinando a expedição da referida carta.

Não obstante, o magistrado condicionou a expedição ao pagamento de custas, o que determinou a impetração de novo *writ* junto ao egrégio Tribunal que, liminarmente, concedeu a ordem para que fosse expedida a carta sem a necessidade do pagamento de custas naquele momento.

Concedida a liminar, transcorrido mais de um ano, esta não foi cumprida. Assim, a paciente peticionou ao Relator do referido **mandamus**, informando o ocorrido, o que ensejou a representação do magistrado e, por conseguinte, o oferecimento da denúncia por crime de calúnia, da qual se colhe o seguinte trecho:

“Consta do incluso procedimento administrativo que, em 20 de julho de 2004, em petição dirigida ao egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos autos do **Habeas Corpus** n. 2003.03.00.031 740-7-SP a denunciada caluniou o Juiz Federal Nino Oliveira Toldo, titular da 3ª Vara Federal de Ribeirão Preto, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, consistente em deixar de cumprir decisão emanada de liminar para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Conforme se observa pelo teor do **habeas corpus** acostado às fls. 11/14, impetrado por Roger Galino em benefício de Edmundo Rocha Gorini, Carlos Roberto Liboni, Mauro Sponchiado, Paulo Saturnino Lorenzato, Edson Savério Benelli e Gilmar de Matos Caldeira, a denunciada, que naquela ocasião figurava como advogada, argumentou que o não-cumprimento da liminar concedida naquele processo para deferir a expedição da carta rogatória sem o recolhimento de custas ensejou a demora no andamento do processo, culminando na imputação de crime de prevaricação.

Segundo se observa do teor das certidões de fls. 122/124, a denunciada alegou em síntese:

(...) ora, quem está tumultuando o feito nesse caso, é nada mais nada menos do que o digno magistrado a quo (ora apontado como autoridade coatora), que há mais de um ano não cumpre decisão emanada de liminar!! Enquanto isso, o feito está paralisado!! Que garantia se espera ter de um magistrado a quo que não cumpre decisão judicial de autoridade ad quem?

Se fosse o particular, não teríamos a menor dúvida, iria responder pelo crime previsto no art. 330 do Código Penal!

Mas, neste caso, pode em tese, estar o magistrado **a quo** incorrendo na prática do delito de prevaricação — art. 319 do Código Penal.

Pois, o seu silêncio em não cumprir a liminar constitui fato que emerge a seguinte dedução:

Se assim vem procedendo, é para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, não há outra explicação para tanto.

Postura judicial dolosa e lamentável, que afronta sobremaneira direitos constitucionais' (fls. 119/120).

Cumpre, portanto, analisar se a conduta da paciente se subsume, ou não, ao tipo inscrito no art. 138 do Código Penal.

Eis sua redação:

“Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

Com efeito, calúnia é a falsa imputação a alguém de *fato definido como crime*. Desta forma, de tal definição destacam-se a *falsidade (elemento normativo)* e *fato tido como crime*, quanto a este, é indispensável que o fato seja crime, é dizer, não configura tal delito o fato de se atribuir à alguém a prática, por exemplo, de uma contravenção penal ou até mesmo de um ilícito civil, não se podendo, nas palavras de **E. Magalhães Noronha**, como é óbvio, ampliar o conceito deste.

No **punctum crucis**, colho os seguintes excertos doutrinários:

“O que é indispensável é que o fato seja definido como crime, não se podendo, como é óbvio, ampliar o conceito deste, lembrando-se que, em outros lugares, o sentido é restrito, como na denúncia caluniosa (art. 339 e § 2º), quando a lei acrescentou um parágrafo ao dispositivo para incluir a contravenção.” (**E. Magalhães Noronha**, in “Direito Penal, 2º Volume — Dos Crimes contra a Pessoa. Dos Crimes contra o Patrimônio”, Editora Saraiva, 11ª ed., p. 112).

“A falsa imputação deve referir a crime. O texto do art. 138 é restritivo. Nem há dizer-se que a palavra crime é compreensiva de contravenção, pois o Código, toda vez que quer aludir também a esta, fá-o expressamente” (**Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso**, in “Comentários ao Código Penal, Volume VI — Arts. 137 a 154”, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 66).

“Para a configuração do delito é necessário que o sujeito atribua ao ofendido, falsamente, a prática de fato definido como crime. Se há atribuição de prática de contravenção, não existe tipicidade do fato como calúnia, subsistindo o delito de difamação” (**Damásio E. de Jesus**, in “Direito Penal, 2º Volume — Parte Especial”, Ed. Saraiva, 17ª ed., 1995, p. 188).

“A conduta típica é imputar, ou seja, assacar, atribuir a alguém a prática de um ilícito penal, ou seja, é atribuir a alguém o cometimento de um delito determinado. Fato e pessoa determinados.

O tipo objetivo reclama a co-existência de três elementos:

a) imputação da prática de um fato determinado, ou seja, concreto, específico. Faz-se indispensável que o agente, de modo expresso, precise o fato e em que circunstâncias o mesmo se deu, mas não se exige que se as pormenorize, ou seja, que se faça necessária uma descrição pormenorizada; sendo suficiente ‘uma síntese lógica, inteligível ou compreensível por todos’ (**Stoppato**). A atribuição de generalidades ou circunstâncias de fato suscetíveis de interpretações díspares não configura um delito de calúnia, pelo que sequer pode compor e justificar uma queixa-crime. Por igual, também se despreza a atribuição de fatos futuros.

b) ser esse fato tipificado como crime, excluída a contravenção, que pode vir a configurar a difamação; quando houver ofensa à dignidade ou ao decoro, posto que a lei refere-se exclusivamente a crime. Pode este estar previsto no próprio Código Penal ou em leis penais extravagantes. A exclusão atinge também os atos preparatórios não puníveis. Não constituem calúnia as referências genéricas a fatos e qualificativos, como os epítetos de ladrão, estelionatário, rufião etc.

c) falsidade da imputação, que se presume, tanto que se admite ao agente provar a veracidade de sua afirmação com a exceção da verdade (art. 138, § 3º). Haverá, portanto, o delito tanto quando o fato imputado não existiu como quando existiu, mas a vítima não foi o seu autor, ou seja, quando real o acontecimento não foi o indigitado o seu autor.” (**José Henrique Pierangeli**, in “Manual de Direito Penal Brasileiro — Parte Especial — Arts. 121 a 234”, Ed. RT, 2005, p. 199).

“A conduta típica consiste em imputar (atribuir) a alguém falsamente a prática de fato definido como crime. Faz-se mister, em primeiro lugar, a falsidade da imputação. Condiciona-se a calúnia à falsidade da imputação (presumida). Admite-se, regra geral, a prova da veracidade de seu conteúdo (**exceptio veritatis**). A falsidade da imputação se verifica não apenas quando o fato imputado não é verdadeiro, mas também quando, embora verdadeiro, tenha sido praticado por outra pessoa. Em síntese: a falsidade pode recair, alternativamente, sobre o próprio fato ou sobre sua autoria.

Demais disso, exige-se que a imputação verse sobre fato definido como crime. Ou seja, a falsa imputação deve referir-se a crime (ação ou omissão típica, ilícita e culpável). De conseguinte, a falsa imputação de contravenção penal não perfaz a descrição típica da calúnia, mas pode, eventualmente, constituir difamação.

Frise-se, ainda, que o fato imputado deve ser determinado. Tal não implica a necessidade de descrição pormenorizada, isto é, não é preciso que o agente o narre em detalhes, sem omitir suas mais específicas circunstâncias. Basta que da imputação se individualize o delito que se atribui, mesmo que o relato não seja minucioso. Os fatos genericamente enunciados, porém, não configuram calúnia, mas injúria. Assim, dizer, por exemplo, que alguém é 'ladrão' caracteriza injúria; diversamente, dizer que alguém se apoderou do veículo de um amigo constitui calúnia" (**Luiz Régis Prado**, in "Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 2 — Parte Especial — Arts. 121 a 183", Ed. RT, 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2002, pp. 224/225).

O autor do delito inscrito no art. 138 do Código Penal deve saber, outrossim, da falsidade das afirmações que faz a respeito de outrem. Ausente tal circunstância, não se realiza a figura delituosa, em razão do não-cumprimento de um dos elementos do tipo.

In casu, os fatos trazidos à apreciação neste *writ*, dão conta que ante a longa demora no cumprimento da liminar concedida no **Habeas Corpus** n. 15.142, a paciente então noticiou os fatos à eminente Desembargadora-Relatora de ação mandamental, aduzindo que "nesse caso, pode em tese, estar o magistrado incorrendo na prática do delito de prevaricação — art. 319 do Código Penal" (fl. 80).

De outro lado, o MM. Juiz, ao representar contra a paciente, perante o Procurador da República, em momento algum contesta a veracidade do alegado — ou seja, que a liminar, durante este lapso temporal não havia sido cumprida — apenas informa que esclareceu ao egrégio Tribunal as razões da demora. Dessarte, os fatos *objetivamente como narrados* pela paciente foram corroborados pelo MM. Juiz.

Nesse contexto, não há falar em prática de crime de calúnia, uma vez que ausente o elemento normativo do tipo referente à falsidade. Quanto à ausência deste elemento, esclarece a doutrina mais uma vez:

"A imputação para constituir crime, tem de ser falsa. A falsidade da imputação pode ter duas ordens de razões: pode ocorrer a falsidade porque o fato não existiu, ou porque, embora o fato tenha existido, a imputação da autoria não é verdadeira, ou seja, o fato existe, mas o imputado não é não é seu autor. Logo, a falsidade da imputação pode recair sobre o fato ou sobre a autoria do fato. Na primeira hipótese, o fato é inexistente; na segunda, a existência ou ocorrência do fato é verdadeira, falsa é a imputação da autoria. Qualquer das duas falsidades satisfaz a elementar normativa exigida pelo tipo

penal” (**Cezar Roberto Bitencourt**, in “Tratado de Direito Penal, volume 2 — Parte Especial”, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2004, pp. 342/343).

Assim, o entendimento desta Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Recurso ordinário. Ação penal. Injúria e difamação. Advogado. Atuação nos limites da imunidade profissional. Delitos inexistentes. Calúnia. Ciência da falsidade. Elementar do tipo. Ausência. Crime não configurado.

I - Não obstante a advogada, em sede de contestação e exceção de suspeição, tenha deduzido alegações graves acerca da conduta do membro do *Parquet* que propôs a ação civil pública, não praticou os delitos de injúria e difamação, porquanto não desbordou dos limites da atuação profissional insculpidos no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

II - O autor do delito inscrito no art. 138 do Código Penal deve saber da falsidade das afirmações que faz a respeito de outrem. Ausente tal circunstância, não se consuma a figura delituosa, em razão do não-cumprimento de um dos elementos do tipo.

III - Ciência da falsidade, por parte da paciente, afastada por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, transitado em julgado, que rejeitou a ação penal movida por denúncia caluniosa, em razão dos mesmos fatos.

Recurso provido.” (RHC n. 14.621-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 10.05.2004).

“Penal. Lei de Imprensa. Queixa-crime contra juiz de Tribunal Regional do Trabalho. Imputação dos crimes tipificados nos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967. Ocorrência, em tese, do crime de injúria. Não-configuração do crime de calúnia.

Para a configuração do crime de calúnia faz-se necessário que o agente tenha consciência da falsidade da imputação, situação inócurren-te na espécie.

Configuração, em tese, do crime de injúria.

Queixa recebida em parte.” (Apn n. 148-DE, Corte Especial, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 09.04.2001).

Ademais, não houve, em análise perfunctória, a imputação concreta de prática de crime de prevaricação pelo magistrado, eis que a paciente, ao relatar os fatos, agindo tão-somente com **animus narrandi**, anotou que “em tese” estaria incidindo o magistrado com aquela conduta, naquele tipo penal.

Além disso, acrescente-se que estava, a paciente, naquele momento, defendendo direitos de seus clientes no exercício da advocacia, o que permite revelar não terem sido tais comentários desferidos ao acaso, com o mero intuito de ofender a honra do magistrado, mas sim, no desempenho da nobre função pública que é a advocacia, ausente, portanto, o **animus caluniandi**.

Finalmente, vale ressaltar que, ainda que não fossem admitidos os argumentos acima expendidos, não poderia, da mesma forma, a conduta da paciente ser entendida como subsumida ao crime de calúnia, eis que, ao ser acusada de atribuir ao magistrado a prática do crime de prevaricação, em nenhum momento declinou, como determina este tipo (art. 319 do CP), quais seriam os interesses ou sentimentos pessoais que buscaria satisfazer o magistrado com sua omissão.

Dessarte, há que se reconhecer a atipicidade da conduta, sendo portanto, medida necessária o trancamento da ação penal.

Ante o exposto, concedo a ordem a fim de determinar o trancamento da Ação Penal n. 2004.61.02.009649-0, em curso na Segunda Vara Federal de Ribeirão Preto-SP.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.527-RR (2004/0087589-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrentes: Cledson Marques Feitosa e outros

Advogados: Alexander Ladislau Menezes e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Roraima

Impetrado: Coordenador-Geral do Concurso Público da Polícia Civil do Estado de Roraima

Recorrido: Estado de Roraima

Procuradores: Dircinha Carreira Duarte e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Exame psicotécnico previsto em lei e pautado em critérios objetivos. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita. Incurção no mérito administrativo. Precedentes desta Corte. Recurso desprovido.

1. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, é lícita a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso.

2. As alegações referentes à invalidade do exame aplicado e pendência de aprovação pelo Conselho Federal de Psicologia demandariam necessária dilação probatória, o que é inadmissível no âmbito do remédio heróico, bem como incursão no próprio mérito administrativo.

3. Recurso 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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Cledson Marques Feitosa e outros, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima ementado nos seguintes termos, no que diz respeito à hipótese:

“[...]”

É legítima a aplicação, em concurso público, de testes psicológicos em fase de análise pelo Conselho Federal de Psicologia, desde que haja previsão legal, sua aplicação não tenha caráter sigiloso e que possua um grau mínimo de objetividade propiciando ao candidato exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório. Esclarecido, ainda, que os testes sob apreciação quando de sua aplicação, já foram devidamente autorizados pelo Conselho Federal de Psicologia.

A falta de objetividade de um exame, como o teste psicológico, é verificada através do critério de sua avaliação, sendo considerado subjetivo aquele em que o examinador puder inserir conclusões pessoais dependentes exclusivamente de seu juízo íntimo, como nos casos de entrevista, o que o torna imprestável para a seleção de candidatos por afrontar à regra constitucional.

Quando as questões apresentadas forem comuns a todos os candidatos e a correção dos quesitos for exclusivamente submetida a programa de informática, não há como se inquirir de subjetivo o teste psicológico, que traçou, uniformemente, o perfil profissiográfico dos candidatos, levando em consideração o exercício do cargo pretendido com as especificações laborais que a lei previamente estabeleceu.

Os critérios de correção de testes psicológicos não podem ser discutidos pelo magistrado, uma vez que envolve conhecimento de pressupostos técnicos, coerência e consistência dos itens que o compõem, por se constituir em técnica especializada de competência exclusiva do corpo de psicólogos formadores da banca examinadora do certame, não cabendo, portanto, ao Poder Judiciário intervir no mérito do resultado de avaliação psicológica aplicada por banca examinadora oficial do concurso público, para modificar o parecer exarado de 'não recomendado' para o de 'recomendado', o que caracterizaria usurpação de atribuição em área científica alheia, portanto inadmissível." (Fls. 331/332)

Aduzem os recorrentes, nas razões do recursais, que são ilegais os testes aplicados sem a chancela do Conselho Federal de Psicologia, por esbarrarem na disposição do art. 10 da Resolução CFP n. 25/2001. "Sendo assim, os testes não traziam segurança científica para sua aplicação, pondo em descrédito o resultado apresentado pela banca avaliadora do concurso acerca do perfil psicológico do candidato" (fl. 341). Sustentam, ainda, a ausência de publicidade do perfil ideal, predefinido para o cargo e dos critérios de avaliação do exame psicotécnico.

Contra-razões ofertadas às fls. 375/381.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso consoante parecer de fls. 346/350, **litteris**:

"Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Polícia Civil do Estado de Roraima. Avaliação psicotécnica. Falta de divulgação dos testes e dos critérios de avaliação no edital. Ofensa ao princípio da publicidade. Possibilidade de reprovação arbitrária e eivada de subjetivismo. Potencial ofensa aos princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade. Parecer tendente ao provimento do recurso ordinário e à conseqüente concessão da segurança."

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Não obstante os argumentos expendidos nas razões recursais, os recorrentes não conseguiram infirmar os fundamentos esposados pelo Tribunal de origem para denegar a segurança, substanciados, na esteira da reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, na licitude da exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso. Por oportuno, do voto condutor do acórdão recorrido colhem-se os seguintes trechos:

“Da admissibilidade, objetividade e publicidade do exame psicotécnico.

A admissibilidade da exigência do exame psicotécnico, para investidura em cargos públicos, recai em dois requisitos essenciais, quais sejam: a previsão legal e a aferição de critérios objetivos dos testes a serem aplicados, a fim de possibilitar ao candidato amplo acesso aos termos de sua avaliação.

No caso em análise, a exigibilidade do exame psicológico se encontra amparado pelo *art. 47 da Lei Complementar n. 55/2001 — Lei Orgânica da Polícia Civil.*

Quanto aos critérios utilizados na aplicação do exame psicológico, estes emergem através de regras claramente definidas, quanto à sua publicidade e objetividade, afastando, portanto, os malsinados caracteres de sigilo e irrecorribilidade havidos em alguns exames desta natureza.

Oportuno asseverar que o procedimento seletivo em questão, a fim de preservar os princípios e garantias constitucionais, adotou critérios transparentes desde o início do certame, através de regras contidas no Edital de Abertura do Concurso n. 1/2003, sendo complementado, no desenrolar do evento, por outras normas cada vez mais esclarecedoras (Editais ns. 9, 12 e 13/2003), impondo, portanto, a adoção de critérios transparentes, fundados em elementos objetivos, submetendo-os, inclusive, *à possibilidade de contraditório pelos interessados, garantindo-se aos candidatos considerados não recomendados no teste psicológico, o direito de recurso, por banca examinadora diversa da originária, com previsão, inclusive, da possibilidade de acompanhamento por psicólogo durante a sessão de conhecimento das razões de inaptidão.*

Quanto aos critérios objetivos do exame psicotécnico, eis o disposto no item 6.24.1 e 6.24.2 do Edital de Abertura do Certame n. 1/2003, o item 5.2, 5.3 e 5.4 do Edital n. 9/2003 e na Lei Complementar n. 55/2001.

Edital n. 1/2003:

‘6.24.1 A avaliação psicológica, *de caráter apenas eliminatório*, valerá dez pontos.’

‘6.24.2 A avaliação psicológica terá por objetivo selecionar candidatos que possuam as *características de inteligência, de aptidão e de personalidade necessárias ao desempenho adequado das atividades inerentes a cada cargo*, inclusive para portar arma de fogo.’ Grifei

Edital n. 9/2003:

A avaliação psicológica consistirá na aplicação de técnicas e instrumentos psicológicos que *avaliam personalidade e aptidões específicas, visando aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes ao cargo*, inclusive para portar arma de fogo.

5.3 Será considerado recomendado o candidato que se *adequar à profissiografia do cargo*.

5.4 Será considerado recomendado o candidato que demonstrar *inadequação à profissiografia do cargo*.’

Lei Complementar n. 55/2001:

Art. 33. Ao Delegado de Polícia Civil, além de outras atribuições, compete:

I - dirigir, coordenar, supervisionar e fiscalizar as atividades administrativas e operacionais do órgão ou unidade policial sob sua direção;

II - cumprir e fazer cumprir, no âmbito de sua competência, as funções institucionais da Polícia Civil;

III - instaurar e presidir inquéritos e lavrar termos circunstanciados, de conformidade com o disposto na Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995;

IV - expedir intimações e determinar, em caso de não-comparecimento injustificado, a condução coercitiva;

V - planejar e dirigir operações policiais de natureza ostensiva ou reservada, desenvolvidas na área circunscricional de sua competência, com vista à prevenção e à repressão criminal;

VI - assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato sob investigação, conforme dispuser a lei processual;

VII - requisitar, exames periciais, inclusive de sanidade mental e complementar, destinados a colher e resguardar indícios ou provas da ocorrência de infrações penais;

VIII - requisitar fundamentadamente, informações e documentos de entidades públicas e privadas; e

IX - requisitar serviços e técnicos especializados de órgãos públicos e de concessionárias de serviços públicos.

Parágrafo único. Considera-se autoridade policial civil o Delegado de Polícia Civil que, investido por lei, tem a seu cargo a direção e mando das atividades de polícia judiciária e administrativa.

(...)

Art. 46. São requisitos básicos para o ingresso na Carreira Policial Civil:

I - ser brasileiro;

II - ter, no mínimo, vinte e um anos de idade;

III - estar quite com as obrigações militares e eleitorais;

IV - não possuir antecedentes criminais;

V - possuir habilitação legal para a condução de veículos automotores, para a carreira de Agente de Polícia Civil;

VI - comprovar, quanto ao grau de escolaridade, a conclusão de:

a) curso de Bacharelado em Direito, em escola oficial ou reconhecida, para o ingresso na carreira de Delegado de Polícia Civil;

(...)

e) Ensino Médio, para as Carreiras de Escrivão de Polícia Civil, Agente de Polícia Civil, Agente Carcerário e Perito papiloscopista;

f) Ensino Fundamental, para as carreiras de Auxiliar de Necropsia e Auxiliar de Perito Criminal;

VII - satisfazer aos demais requisitos previstos em regulamentos ou em edital de concurso.

Art. 47. O concurso público será realizado em duas fases:

I - a primeira fase constará de:

a) provas escritas de conhecimentos gerais e específicos;

b) *exame psicotécnico*;

c) exame médico;

d) prova de capacitação física para todos os candidatos às carreiras de Agente e Delegado da Polícia Civil; e

e) investigação relativa aos aspectos moral e social.'

Datíssima **venia** do entendimento esposado pelo impetrante, os critérios adotados para a realização da avaliação psicotécnica do certame em questão não impuseram ao candidato declarado ‘não recomendado’ a impossibilidade de se insurgir na esfera administrativa contra o resultado que o alijara da seleção.” (Fls. 310/313, grifo no original).

Sobre o tema, confirmam-se, dentre outras, as seguintes decisões monocráticas proferidas em casos idênticos: RMS n. 18.524-RR, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 14.12.2004; RMS n. 18.523-RR, de minha relatoria, DJ 31.05.2005; RMS n. 18.582-RR, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 16.12.2005; RMS n. 18.520-RR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.10.2005.

De outra parte, importa ressaltar que o acolhimento das alegações referentes à invalidade do exame aplicado e pendência de aprovação pelo Conselho Federal de Psicologia demandaria necessária dilação probatória, ante a ausência de prova pré-constituída, o que é inadmissível no âmbito do remédio heróico, bem como a incursão no próprio mérito administrativo.

A propósito, colaciono os seguintes julgados proferidos em hipóteses análogas à dos autos:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Não-recomendação de candidato. Debate que envolve dilação probatória. Impossibilidade.

A controvérsia travada nos autos depende de dilação probatória, porque envolve questões relacionadas aos critérios do referido exame.

Necessidade de dilação probatória.

Recurso desprovido.” (RMS n. 18.627-RR, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 20.06.2005)

“Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Polícia Civil. Exame psicotécnico. Critérios objetivos. Possibilidade. Dilação probatória. *Writ*. Via inadequada.

I - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que seja possível se exigir, como requisito para a investidura em determinados cargos públicos, a aprovação do candidato em exame psicotécnico, no entanto, é necessário, além da previsão em lei, que a avaliação se dê mediante critérios cientificamente objetivos.

II - **In casu**, tendo o exame se pautado em critérios objetivos, com publicidade e recorribilidade, verifica-se a legalidade do exame psicotécnico.

III - O **mandamus** não admite dilação probatória, somente se ajustando ao âmbito de seu cabimento o direito que se mostra líquido e certo, em prova pré-constituída.

Recurso desprovido.” (RMS n. 18.521-RR, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 1ª.07.2005)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 20.637-SC (2005/0147013-9)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Thatiane do Nascimento Machado

Advogado: Alexandre D'Alessandro Filho

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

Impetrado: Secretário de Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Osmar José Nora e outros

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Mandado de segurança. Decadência. Não-ocorrência. Natureza preventiva. Concurso público. Polícia Militar de Santa Catarina. Altura mínima. Exigência editalícia sem amparo legal. Ocorrência. Ilegalidade reconhecida.

1. Tratando-se de mandado de segurança preventivo, é de ser afastada a alegação de decadência, com fulcro no art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Precedente.

2. A vedação à existência de critérios discriminatórios de idade, sexo e altura, em sede de concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa, todavia, é imprescindível que mencionado critério esteja expressamente previsto na lei regulamentadora da carreira. Precedentes do STF e STJ.

3. **In casu**, inexistente previsão legal de altura mínima, para ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, uma vez que não basta, para viabilizar a adoção do critério discriminatório, a exigência genérica de “capacidade física”, prevista na Lei Estadual n. 6.218/1983.

4. Recurso ordinário conhecido e provido.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Thatiane do Nascimento Machado, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que restou ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Mandado de segurança. Concurso público. Sargento da Polícia Militar. Limite de altura previsto no edital. Inexistência de ofensa aos princípios da igualdade e razoabilidade. Ausência de direito líquido e certo.

A exigência constante de edital de concurso para ingresso na carreira de Policial Militar de estatura mínima, para o sexo feminino, de 1,60m (um metro e sessenta centímetros) não configura ofensa ao princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, uma vez que, em determinados casos, o requisito está relacionado com a indispensabilidade de apresentação de qualidades específicas por parte dos concorrentes, as quais possam acarretar o melhor desempenho das funções, em virtude da natureza do cargo.” (Fl. 77)

Informa, inicialmente, a Impetrante que, por força de liminar, “está frequentando normalmente o Curso de Formação de Sargentos no Centro de Ensino

da Polícia Militar de Santa Catarina e já atuando na prática, tudo comprovado documentalmente nestes autos e até mesmo comentado acima, nas considerações preambulares.” (Fl. 101)

No mais, sustenta que a exigência de altura mínima de 1,60m (um metro e sessenta centímetros) para as candidatas ingressarem nos quadros da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, prevista no edital do certame, é inconstitucional, por flagrante ofensa ao princípio da igualdade, trazendo à colação julgados desta Corte Superior de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal no sentido da tese apresentada.

Em contra-razões, alega o Estado de Santa Catarina, preliminarmente, a ocorrência de decadência do direito de ora recorrente impetrar o mandado de segurança, ao argumento de que, pretendendo a impetrante impugnar exigência contida no edital do concurso, o termo inicial do prazo decadencial se deu no momento da inscrição da candidato no certame, em 10.11.2003. Assim, tendo sido o *writ* ajuizado apenas em 11.05.2004, é de ser reconhecida a decadência, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Quanto ao mérito, afirma que as normas regentes dos concursos públicos para o ingresso na carreira militar são distintas da dos concursos para o serviço público civil, em face das peculiaridades inerentes à própria carreira, conforme estabelece o art. 42 da Carta da República de 1988.

Assim sendo, sustenta que a vedação constitucional de discriminação de idade, sexo, altura, para ingresso no serviço público militar não é absoluta, sendo certo que a exigência de altura mínima para o ingresso no posto de 3º Sargento se mostra razoável, diante da natureza das atribuições inerentes ao cargo.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado às fls. 144/150, opina pelo não-provimento do recurso ordinário, por entender que “o prazo decadencial para o ajuizamento de mandado de segurança contra critérios editalícios tem como termo **a quo** a publicação do edital do certame”. (Fl. 144)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, cumpre esclarecer que a Recorrente, devidamente inscrita e aprovada na 1ª Prova do certame público para preenchimento do cargo de 3º Sargento, objetiva evitar a exclusão do concurso na fase de avaliação física. Nesse contexto, é de ser afastada a alegação de ocorrência de decadência, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, em face da natureza preventiva do presente *writ*.

A propósito:

“Tributário. Finsocial. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Compensação. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Não-ocorrência. Precedentes.

Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não se há que falar em decadência, nem tampouco em aplicação do art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Recurso especial conhecido e provido para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que aprecie as questões suscitadas na apelação.” (REsp n. 765.024-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 12.12.2005)

De outra parte, é certo que a vedação à exigência de idade, sexo, altura, em sede de concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa; todavia, segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível que o critério discriminatório esteja expressamente previsto em lei.

Nessa esteira, é de ser reconhecida a ilegalidade da exigência de altura mínima para o ingresso na carreira da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, em razão da evidente falta de respaldo legal, uma vez que o art. 11 da Lei Estadual n. 6.218/1983 — Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina — se refere apenas à exigência genérica de “capacidade física”, o que é insuficiente para viabilizar a adoção do mencionado critério discriminatório.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes proferidos pela Suprema Corte, em casos análogos:

“Ementa: agravo regimental no agravo de instrumento. Exigência de altura mínima para o ingresso nos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal. Inexistência de lei formal restritiva de direito. Fixação em edital. Impossibilidade. Concurso público para o cargo de policial militar do Distrito Federal. Altura mínima. Impossibilidade de sua inserção em edital de concurso. Norma restritiva de direito que somente na lei tem sua via adequada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, AgRg no Ag n. 518.863-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJ 11.11.2005)

“Administrativo e Processual Civil. Concurso público para a Polícia Militar do Distrito Federal. Divergência jurisprudencial. Não-demonstração. Acórdãos paradigma e recorrido. Leis diferentes. Exigência editalícia. Altura mínima. Ausência de previsão legal. Art. 11 da Lei n. 7.289/1984. Lei

editada pelo Congresso Nacional, mas de cunho local. Impossibilidade de ser analisada em sede especial. Incidência da Súmula n. 280-STF

1. Não restou demonstrada a divergência na interpretação de lei federal dada por diferentes tribunais, uma vez que os acórdãos paradigma e recorrido tratam de leis diferentes, implicando ausência de similitude fática. Precedentes.

2. O precedente da Suprema Corte, proferido no RE n. 178.209-DF, não tem o condão de afastar, por si só, o entendimento consolidado desta Corte no sentido de que as leis de aplicação restritas ao Distrito Federal, a despeito de terem sido publicadas pelo Congresso Nacional, não são passíveis de serem examinadas por esta Corte, em face do óbice do Enunciado n. 280 da Súmula da Suprema Corte. Precedentes.

3. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o termo genérico ‘capacidade física’, previsto no art. 11 da Lei n. 7.289/1984 não pode ser traduzido como exigência de altura mínima para o exercício do cargo de policial militar, devendo, portanto, ser considerada inexistente tal exigência na referida lei. Precedente da Suprema Corte.

4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no Ag n. 603.639-DF, Quinta Turma, da minha relatoria, DJ 1^a.02.2005.)

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Polícia Militar do Distrito Federal. Exigência de altura mínima. Lei local. Alegação de ausência de fundamentação não verificada.

Se a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ratificou os fundamentos do despacho **a quo**, não há que se falar em ausência de fundamentação. Ademais, a jurisprudência desta Corte é forte no sentido do acórdão recorrido.

Agravo desprovido.” (STJ, AgRg no Ag n. 554.654-DF, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 03.05.2004.)

Destaco o teor da decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento do Ag n. 480.510-DF, publicado no DJ 24.06.2004, que bem reflete a uníssona jurisprudência da Suprema Corte, **litteris**:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Distrito Federal de decisão que inadmitiu recurso extraordinário contra acórdão, proferido pela Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que manteve sentença que entendera contrariar a Constituição Federal, por não ser previsto em lei, o limite mínimo de 1,65 m de altura para a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal.

2. Alegam os recorrentes violação dos arts. 5º, **caput**, e 37, I e II, da Constituição, uma vez que não poderia o Edital n. 234/1998 fixar altura mínima para ingresso nos quadros da Polícia Militar. É que a legislação ordinária que regularia a matéria (Lei n. 7.289/1984, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal) não faz qualquer ressalva acerca de altura mínima para admissão no quadro, mas apenas expressamente exige o cumprimento da exigência de possuir capacidade física. A falta de previsão legal explícita caracterizaria descumprimento de preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade, ao se criar requisito não previsto em lei, e o princípio da isonomia, ao se estabelecer fator discriminatório ilegítimo no edital.

3. *Após o exame dos autos e da legislação pertinente, chega-se à conclusão de que, com efeito, a Lei n. 7.289/1984, em seu art. 11, não veda a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal aos candidatos de estatura inferior a 1,65m, mas tão-somente, e de forma aberta, preceitua que a matrícula nos estabelecimentos de ensino policial militar respeitará ‘condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral’. Nesse sentido, entendo que é inaplicável a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que autoriza a fixação, em lei, de altura mínima para o ingresso no serviço público, a depender das peculiaridades e especificidades da atividade pública a ser exercida, mesmo para a carreira específica de policial militar (cf. RE n. 148.095, Relator Ministro Marco Aurélio, e RE n. 176.081, Relator Ministro Octávio Gallotti). Não havendo qualquer limitação de estatura prevista em lei ordinária, não pode o edital arbitrar uma altura mínima abaixo da qual se vedaria o ingresso na carreira de policial militar. Isso porque os arts. 37, I, e 143, § 3º, da Constituição estabelecem verdadeira reserva legal, e, por isso, somente a lei pode determinar critérios específicos de admissão a cargos militares (MS n. 20.973, Relator Ministro Paulo Brossard).*

4. Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2004.” (Grifei)

Por fim, a título de ilustração, transcrevo os seguintes dispositivos do Estatuto da Polícia Militar de Santa Catarina, Lei Estadual n. 6.218/1983, **in verbis**:

“Capítulo II

Do ingresso na Polícia Militar

Art. 10. O ingresso na Polícia Militar, ressalvado o previsto no art. 5º, é facultado a todos os brasileiros, sem distinção de raça ou de crença religiosa,

mediante inclusão, matrícula ou nomeação, cumpridas as condições previstas em lei, complementadas por regulamentos, normas e instruções.

Art. 11. Para o ingresso na Polícia Militar e matrícula nos estabelecimentos de ensino policial-militar destinados à formação de Oficiais e Graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual e psicológica, *capacidade física* e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça, e nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.” (Grifei)

Ante o exposto, *conheço* do recurso ordinário e *dou-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 611.711-PR (2003/0207141-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Nereu Bufren

Advogados: Nereu Lima e outro

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal. Recurso especial. Violação do art. 41 do CPP. Descrição individualizada da conduta de cada agente. Autoria coletiva. Impossibilidade de descrição **ab initio**. Ausência de prequestionamento. Violação do art. 59 do Código Penal. Circunstâncias judiciais. Reexame de prova. Art. 158. Código de Processo Penal. Ausência de laudo pericial. Exame de corpo de delito indireto.

A jurisprudência tem mantido o entendimento de que, dada a homogeneidade na conduta dos sócios ou administradores, resta inviável, **ab initio**, a individualização pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos na direção da empresa, uma vez que só a instrução criminal pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita. Nesse passo, é de se permitir, estando os fatos devidamente descritos na peça inicial, e havendo indícios da participação dos sócios na administração da pessoa jurídica, que a individualização da conduta dos sócios se proceda na instrução criminal.

Não se conhece de recurso especial quando a verificação do tópico exige reexame do material cognitivo (Súmula n. 7-STJ).

Conforme disposição do art. 158 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito pode ser de forma direta ou indireta, com base no conjunto probatório constante dos autos.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, 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 unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial fundamentado na alínea **a** da Constituição Federal, interposto por Nereu Bufren, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, mantendo o aresto que negou provimento à apelação, restando assim ementado (fl. 318):

“Penal. Apelação criminal. Uso de documento público falso. Certidão negativa de débitos previdenciários. Escritura de compra e venda de imóvel. Comprovação de autoria e materialidade.

1. Conforme o art. 167 do Código de Processo Penal, ausência de perícia técnica não dá causa à nulidade processual se puder ser substituída pela prova testemunhal. Além disso, a falsidade documental é atestada por funcionário público, depoimento este que possui presunção legal de veracidade, devendo o réu desconstituí-la.

2. Para haver o crime de uso de documento falso, há que se comprovar a efetiva falsidade do mesmo. O objeto material deste crime omissivo é o resultado do delito previsto no art. 297 do Código Penal: para que haja o

crime de uso, deve ter havido o prévio crime de falsificação material. Contudo, certamente isso não obriga que a autoria de ambos os crimes deva ser a mesma.”

Sustenta o recorrente violação do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que não houve a descrição individualizada da conduta do agente do delito, bem como dos arts. 158 e 386 do mesmo diploma processual, ante a ausência do exame de corpo de delito. Alega, ainda, violação do art. 59 do Código Penal, pois houve excesso no limite de aplicação da pena.

O feito foi admitido regularmente.

É o relatório do necessário.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O recurso não merece prosperar. Para tanto, vejamos as razões de tal postura adotada.

No tocante à negativa de vigência do art. 41 do CPP, não merece prosperar a irresignação.

Consoante asseverou o acórdão impugnado, em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva — como no caso —, a jurisprudência tem mantido o entendimento de que, dada a homogeneidade na conduta dos sócios ou administradores, resta inviável, **ab initio**, a individualização pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos na direção da empresa, uma vez que só a instrução criminal pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita. Nesse passo, é de se permitir, estando os fatos devidamente descritos na peça inicial, e havendo indícios da participação dos sócios na administração da pessoa jurídica, que a individualização da conduta dos sócios se proceda na instrução criminal. Assim, é de se permitir atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, para que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos agentes no evento delituoso. Nesse sentido:

“**Habeas corpus.** Crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. Trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. Não-individualização da conduta dos denunciados, nos crimes societários. Temperamento do art. 41 do CPP

Não é inepta a denúncia que permite o enquadramento típico.

Em tema de crime de sonegação de tributos a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa, certo, ainda, por outro lado, que nos crimes societários, em que não se mostre de logo possível a individualização dos comportamentos, tem a

jurisprudência admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos pacientes no evento delituoso. Precedentes do STJ e do STF.

Ordem denegada.” (HC n. 10.873-SP, Relator Ministro José Arnaldo, DJ 21.02.2000, grifei)

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Quadrilha. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Indícios de autoria. Delito plurissubjetivo de condutas paralelas e delito eventualmente plurissubjetivo. Narrativa genérica. Condutas homogêneas. Prisão preventiva. Fundamentação.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável se não demandar o profundo exame probatório.

II - Nos delitos plurissubjetivos de condutas paralelas e nos eventualmente plurissubjetivos, quando as ações são homogêneas, não se torna imprescindível a pormenorização da atuação de cada agente.

III - (...) **Omissis**” (HC n. 11.349-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.06.2000, grifei)

“Penal. Processual. Crime societário. Denúncia. Individualização da conduta. Inépcia. Ação penal. Trancamento. **Habeas corpus**.

1. Nos crimes societários ou de autoria coletiva, não é imprescindível que a denúncia descreva a participação individual de cada acusado.

2. Descrevendo a denúncia crime em tese, havendo, portanto materialidade e autoria, não se fala em inépcia para trancar ação penal por falta de justa causa.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 10.988-AC, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 15.05.2000, grifei)

STJ: “O crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narração genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa.” (RSTJ 25/367-8)

Do Supremo Tribunal Federal:

“Inépcia da denúncia. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido; no caso, a denúncia indica o fato imputado ao

paciente e possibilita o exercício do direito de defesa. Precedente.” (STF, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 07.02.1997, p. 1.337) — **Alfredo de Oliveira Garcindo Filho**, “Jurisprudência Criminal do STF e do STJ”.

“Nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, não se faz indispensável a individualização da conduta específica de cada agente.” (RT 597/416-7)

No mesmo sentido: STF: RTJ 100/566, 104/1002; RSTJ 42/84, 65/157, 68/91; TACRIMSP: RT 538/352, 583/377, 595/354 e 377 (**apud Júlio Fabbri ni Mirabete**, “Código de Processo Penal Interpretado”, 3ª ed., p. 90).

Ademais, o recorrente não cuidou de fazer o necessário prequestionamento do ponto suscitado encontrando óbice nas Súmulas ns. 282 e 356 do STF.

Quanto à suposta violação do art. 59 do Código Penal, resta inviável sua apreciação, pois, após apreciar as razões trazidas a este Tribunal, vê-se que, para o deslinde da questão, seria imperativo o reexame do conjunto probatório e, como sabido, este Tribunal não é ambiente para tal discussão.

Nesse sentido:

“Processual Penal. Recurso especial. Júri. Suspeição do jurado. Qualificadora.

I - Não se conhece de recurso especial quando a verificação do tópico exige reexame do material cognitivo (Súmula n. 7-STJ). Tal se dá na hipótese de questionamento acerca da suspeição de jurado em **questio facti** não claramente delineada.

II - A decisão dos jurados não pode ser reformada mas, isto sim, cassada. Se ela pressupõe a ocorrência de nebulosa suspeição de jurado, a matéria escapa do âmbito do recurso especial. Recurso não conhecido.” (REsp n. 464.422, minha relatoria, DJ 20.10.2003)

“Recurso especial. Penal. Pretensão de reexame de prova. Impossibilidade em sede de recurso especial. Súmula n. 7 do STJ. Inépcia da denúncia. Matéria preclusa.

Em sede de recurso especial não cabe reexame do conjunto fático-probatório dos autos, pois se trata de matéria constitucional, própria do recurso extraordinário, além de ser vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Precedentes.

Após a prolação da sentença condenatória não há que se falar em inépcia da denúncia, eis que operada a preclusão quanto aos supostos vícios da inicial acusatória.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 629.180, minha relatoria, DJ 06.09.2004)

No que toca à violação do art. 386, VI, do CPP, melhor sorte não assiste ao recorrente. Para apreciar a questão posta, seria necessário revolver todo o contexto probatório, situação impossível pela via eleita, esbarrando, assim, no óbice da Súmula n. 7.

Nesse sentido:

“Recurso especial. Processo Penal. Alegações inviáveis na seara do apelo extremo. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Não-indicação de dispositivos violados. Dissídio pretoriano. Transcrição de ementas. Insuficiência.

O recorrente sustenta inúmeras alegações que, sem sombra de dúvidas, são descabidas na via do recurso especial, por demandarem reexame de provas — Súmula n. 7 do STJ.

Não deve ser conhecido o recurso que não indica, sequer vagamente, qual ou quais dispositivos infraconstitucionais teriam sido violados pelo acórdão recorrido.

Inservível o dissídio jurisprudencial quando há a mera transcrição de ementas, não existindo o necessário confronto analítico entre as decisões paradigmáticas.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 612.802, minha relatoria, DJ 02.08.2004, p. 546)

Por fim, quanto à alegada violação do art. 158 do Código de Processo Penal, esta também não merece prosperar, uma vez que, conforme disposição do próprio artigo, o exame de corpo de delito pode ser de forma direta ou indireta, com base no conjunto probatório, o que é a hipótese dos autos.

Ademais, já proferi decisão nesse sentido. Vejamos:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Lesão corporal grave. Ausência do exame de corpo de delito. Existência nos autos de outro elemento de prova (prova testemunhal) capaz de suprir a referida ausência. Nulidade. Inocorrência.

A ausência de laudo pericial assinado por dois peritos não impede que seja reconhecida a materialidade das lesões. Isso porque o art. 158 do CPP prevê, além do exame de corpo de delito direto, o indireto, que pode ser, entre outros, exame da ficha clínica do hospital que atendeu à vítima, fotografias, filmes, atestados.

Nos delitos materiais, a ausência do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros meios de prova (confissão, prova testemunhal etc.). Precedentes.

Ordem denegada.” (HC n. 37.760, minha relatoria, DJ 16.11.2004)

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e nesta parte lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 738.289-GO (2005/0052281-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Agnaldo Nogueira

Advogado: Antônio Tavares

EMENTA

Penal. Recurso especial. Crime de descaminho. Suspensão condicional do processo. Necessidade de cumprimento integral dos compromissos assumidos para a extinção da punibilidade. Decurso do período de prova sem revogação expressa. Irrelevância. A revogação deve orientar-se pelos princípios da ampla defesa e do contraditório. Recurso provido.

1. A inobservância das condições legais ou judiciais impostas ao beneficiado pela suspensão condicional do processo constitui fato extintivo do direito à declaração de extinção da punibilidade baseada no término do período de prova.

2. A revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período.

3. A manifestação judicial de revogação do benefício da suspensão condicional do processo deve ser precedida da oportunidade de oitiva do acusado, de forma a propiciar-lhe defesa quanto à efetiva ocorrência da causa impeditiva da extinção da punibilidade, prestigiando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório.

4. Recurso provido para reformar a decisão que declarou a extinção da punibilidade do recorrido, devendo o pedido de revogação do benefício da suspensão condicional do processo ser apreciado mediante a prévia concessão de prazo para manifestação do acusado.

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 provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, à unanimidade, negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela acusação.

O recorrido Agnaldo Nogueira foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal e, ato contínuo, lhe foi proposta a suspensão condicional do processo — **sursis** processual (fls. 2/4).

Aceita a suspensão, o acusado ficou sujeito a período de prova de 2 (dois) anos, com início em 15.05.2000, mediante os compromissos seguintes: proibição de freqüentar casas de tavolagem, de prostituição e outros locais de má fama; proibição de ausentar-se da comarca onde reside por períodos superiores a 8 (oito) dias sem prévia autorização do Juízo; comparecimento mensal em cartório para informar as suas atividades; e prestação de serviços à comunidade no primeiro ano do prazo, por 8 (oito) horas semanais, substituída por prestação pecuniária (fl. 171).

Findo o período de prova, o Ministério Público verificou o não-cumprimento da totalidade dos compromissos, por ausências injustificadas, pelo que requereu a revogação do benefício (fl. 213).

O Juízo de 1ª grau, entretanto, declarou extinta a punibilidade do acusado (fls. 215/217).

Irresignado, o representante do *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito perante o Tribunal **a quo**, que negou-lhe provimento (fl. 246).

Neste recurso especial, é alegada, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência aos §§ 3ª e 4ª do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (fls. 264/269).

O prazo para a apresentação das contra-razões decorreu **in albis**, conforme consta da certidão à fl. 270v.

O presente recurso foi admitido pelo Presidente do Tribunal supra-referido, nos termos da manifestação à fl. 272.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, entendendo que a revogação pode ocorrer mesmo após o termo final do período de prova se constatado o não-cumprimento do compromisso, opinou pelo provimento do recurso (fls. 276/279).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A interpretação sistemática do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 conduz, inexoravelmente, à conclusão de que a extinção da punibilidade fica afastada quando verificada a ocorrência de fato obstativo elencado na lei.

A inobservância das condições legais ou judiciais impostas ao beneficiado pela suspensão condicional do processo constitui fato extintivo do direito à declaração de extinção da punibilidade baseada no término do período de prova.

Assim, a revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período.

Sobre a matéria, segue a jurisprudência deste Superior Tribunal:

“Recurso especial. Processo Penal. **Sursis** processual. Art. 89, § 3ª, da Lei n. 9.099/1995. Revogação.

A teor do art. 89, § 3ª, da Lei n. 9.099/1995, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não-culpado.

A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo, se constatado o não-cumprimento de condição imposta durante o curso do benefício desde que não tenha sido proferida a sentença extintiva da punibilidade.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 708.658-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 05.09.2005, p. 473)

“Recurso especial. Penal e Processual Penal. Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Acusado processado durante o período de prova. Revogação do benefício. Expiração do prazo suspensivo. Irrelevância. Recurso provido.

1. O traço essencial da suspensão condicional do processo, de imposição excepcional, é, precisamente, a sua revogabilidade, o que exclui, a seu respeito, a invocação da coisa julgada, não havendo razão que impeça a sua desconstituição pelo conhecimento subsequente de fato que determina o seu incabimento.

2. O término do período de prova sem revogação do **sursis** processual não induz, necessariamente, à decretação da extinção da punibilidade delitiva, que somente tem lugar após certificado que o acusado não veio a ser processado por outro crime no curso do prazo ou não efetuou, sem motivo justificado, a reparação do dano. .

3. Recurso provido.” (REsp n. 573.964-SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 15.08.2005, p. 370)

“Criminal. REsp. Suspensão condicional do processo. Descumprimento das condições. Reparação do dano. Revogação automática do **sursis**. Decisão declaratória. Possibilidade de proferimento após o período de prova. Recurso provido.

I - A suspensão condicional do processo é automaticamente revogada, se o réu vem a descumprir as condições impostas pelo Juízo.

II - Sendo a decisão revogatória do **sursis** meramente declaratória, não importa que a mesma venha a ser proferida somente depois de expirado o prazo de prova.

III - Deve ser revogado o benefício da suspensão condicional do processo, dando-se prosseguimento à ação penal.

IV - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 704.891-GO, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30.05.2005, p. 411)

E, ainda, do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: Suspensão condicional do processo: a revogação do benefício pode se dar após o termo final do seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele: precedente” (HC n. 80.747, Pertence, DJ 19.10.2001) (HC n. 84.890-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 03.12.2004, p. 42)

“Ementa: **Habeas corpus**. Revogação do **sursis** processual após o período de prova, mas por fatos ocorridos até o término daquele período. Pretensão de que seja declarada extinta a punibilidade do paciente, que estaria consumada no momento em que se verifica o término do período de prova. Caso em que a revogação teve como fundamento o descumprimento das condições estipuladas e aceitas na concessão do benefício, relativas ao comparecimento mensal e obrigatório em Juízo e à proibição de se ausentar da Comarca sem prévia autorização (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995). Não se discute, portanto, aqui, a revogação pelo fato de o beneficiário vir a ser processado por outro crime (art. 89, § 3º, primeira parte), cujo exame da constitucionalidade, à luz do princípio da não-culpabilidade, foi afetado ao Plenário (HC n. 84.660). A melhor interpretação do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995 leva à conclusão de que não há óbice a que o juiz decida acerca da revogação do **sursis** ou da extinção da punibilidade após o final do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo após expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Precedente: HC n. 80.747. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 84.593-SP, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 03.12.2004, p. 41)

Outrossim, a manifestação judicial de revogação do benefício da suspensão condicional do processo deve ser precedida da oitiva do acusado, de forma a propiciar-lhe defesa quanto à efetiva ocorrência da causa impeditiva da extinção da punibilidade, prestigiando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois, não se olvide, a revogação do benefício causa efetivo gravame ao acusado.

Pelo exposto, *dou provimento* ao recurso especial para reformar a decisão que declarou a extinção da punibilidade do recorrido, devendo o pedido de revogação do benefício da suspensão condicional do processo ser apreciado mediante a prévia concessão de prazo para manifestação do acusado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 761.950-RS (2005/0102791-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Vitalino Francisco das Neves (preso)

Advogados: Osmar Fritsch e outros

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 213, c.c. o art. 224, alínea **a**, do Código Penal. Violência real. Crime hediondo. Aumento previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

I - *Se a violência é presumida*, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver *violência real* contra vítima que esteja entre as indicadas no art. 224 do Código Penal, como ocorreu **in casu**.

II - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio **ne bis in idem**. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. (*Precedentes*)

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 14.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas

a e c da **Lex Fundamentalis**, em face de v. acórdão prolatado pela colenda Oitava Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n. 70008925687.

Consta dos autos que o ora recorrido foi denunciado nos seguintes termos:

“No dia 5 de fevereiro de 2003, por volta das 10 horas, no interior do Município de Lagoão, o denunciado Vitalino Francisco das Neves, fazendo uso de um revólver (não apreendido), mediante violência física e grave ameaça, constrangeu a vítima Sandra Adriane Pinto Elias, de 11 anos de idade, (fl. 12), à prática da conjunção carnal, desvirginando-a, conforme se afere do auto de exame de corpo de delito.

Na ocasião, Vitalino Francisco das Neves dirigiu-se até a casa de Loreni Ortiz Pinto e formulou proposta de emprego à menor impúbere para que fosse trabalhar na casa de Brasília Soares dos Santos (mãe adotiva do denunciado). Com efeito, após prévio consentimento da genitora da vítima, ambos partiram de moto rumo à cidade de Barros Cassal. Entrementes, no curso do trajeto, o denunciado, munido de um revólver e mediante ameaças de morte, derrubou a criança ao solo, arrancou-lhe as vestes e introduziu o pênis na vagina, do que resultou o defloramento da vítima e hiperemia nas faces esquerda e direita do vestíbulo vaginal, consoante auto de exame de corpo de delito” (fl. 259).

Pela prática de tais atos, o recorrido restou condenado como incurso no art. 213, **caput**, do Código Penal, c.c. os arts. 1º, V, e 9º da Lei n. 8.072/1990, à pena de nove anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Irresignada, apelou a defesa, tendo o v. acórdão dado parcial provimento ao recurso, para afastar a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Esta a ementa do julgado:

“Estupro. Violência real. Vítima menor de 14 anos. Palavra da vítima amparada por outros elementos probatórios. Condenação mantida. Causa de aumento prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Inaplicabilidade.

Referida causa de aumento somente incide quando do fato resultar lesões corporais de natureza grave, ou morte.

Apelo parcialmente provido” (fl. 329).

Daí o presente apelo especial, em que o *Parquet* alega, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Para tanto, ressalta que a majorante prevista no referido dispositivo é aplicável aos delitos sexuais praticados com violência presumida.

Admitido o recurso (fls. 394/395v.), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso, às fls. 450/451.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca-se, no presente recurso, em síntese, o reconhecimento da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

O reclamo deve ser provido.

O caso é de *violência real*. Estupro praticado contra menor de 11 anos. Não é o caso de *violência ficta* em que *não há dissenso da ofendida*. Aqui, ela foi constrangida. A incidência da majoração não gera, na hipótese, **bis in idem**. Tal ocorreria, quero crer, quando da violência presumida (inexistência, por óbvio, da violência real ou grave ameaça), pois aí a tipificação se dá por equiparação (situação do art. 224 do CP, por si, ensejando o reconhecimento de violência que, na verdade, *não ocorre*) e a majoração seria, de fato, automática e dupla valoração. Todavia, quando há grave ameaça ou violência efetiva contra a ofendida o **bis in idem** deixa de acontecer com a incidência do art. 9º. Carece de fundamento, **v.g.**, falar-se de violência ficta com lesão grave ou morte. Se não há violência real, como pode haver lesão grave ou morte? Isto somente seria possível na inocorrência da ficção ou presunção. Aliás, a majoração, em casos como este, ora sob análise, se justifica — sem exigência adicional — dado o acentuado desvalor da ação (violência real contra criança). É indiscutível que o estupro (ou o atentado violento ao pudor) praticado com violência real ou grave ameaça contra quem se encontra numa das hipóteses do art. 224 do Código Penal merece uma reprovação jurídico-penal mais acentuada do que aquele, **v.g.**, cometido contra pessoa adulta.

Tem-se no *Pretório excelso*:

“**Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida: vítima menor de 14 anos. Acréscimo de metade da pena (art. 9º da Lei n. 8.072/1990). Inocorrência de **bis in idem**.”

1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990): ‘As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 213 e... 214 e sua combinação com

o art. 223, **caput** e parágrafo único... do Código Penal, são acrescidos de metade... estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal’.

2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9^o da LCH).

3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9^o da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não-ocorrência de **bis in idem**. Precedentes.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 74.780-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.02.1998).

“**Habeas corpus**. Alegações de cerceamento de defesa que não estão fundamentadas, e, além disso, a segunda demandaria análise aprofundada da prova, não sendo cabível o **habeas corpus**, por seu rito restrito. Inexistência, no caso, do alegado **bis in idem**, no tocante à idade da vítima do estupro. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 75.849-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 08.05.1998).

No voto condutor do v. aresto *supra* tem-se:

“De outra parte, a alegação de que houve **bis in idem** por ter servido a idade da vítima como elementar do crime de estupro com violência presumida e também como causa de aumento de pena por aplicação do art. 9^o da Lei n. 8.072/1990, é afastada sem maiores considerações, porque o acórdão atacado salientou: ‘houve violência real e grave ameaça, já que o petionário dominou a vítima com força física, tapou sua boca com a mão mantendo-a, ainda, sob constante ameaça de faca’. Assim independentemente da idade da vítima, houve estupro com violência real e grave ameaça, não se podendo, portanto, sequer pretender-se que a idade dela tenha sido usada com dupla eficácia, para dar ensejo ao exame da ocorrência, ou não, de **bis in idem**”.

E nesta Corte:

“Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Violência real. Majorante do art. 9^o da Lei n. 8.072/1990.

Ausência de circunstância qualificadora. Irrelevância. Concurso entre violência real suficiente para implementar o tipo penal e circunstância constante do art. 224 do CP. Ordem denegada.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que na forma simples, conforme prescreve o art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990.

2. As hipóteses de crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante violência presumida não foram excepcionadas pela Lei n. 8.072/1990, restando aplicáveis as regras repressivas especiais também a esses casos.

3. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável **bis in idem**, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

4. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só ensejaria a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à verificação de qualquer das circunstâncias objetivas de presunção de violência, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

5. Efetivamente, nesses casos, não se trata de **bis in idem**, mas da efetiva aplicação da majorante às hipóteses em que concorrem violência real suficiente para a condenação pelos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor e qualquer das causas de presunção de violência.

6. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal, independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

7. O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo **caput** dos arts. 213 e 214, quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal.

8. Nos termos expostos, não há falar em **bis in idem**, mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez.

9. Ordem denegada.” (HC n. 38.824-RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 22.08.2005).

“**Habeas corpus**. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Acréscimo de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Violência real e grave ameaça. **Bis in idem**. Inocorrência.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (forma básica), se praticados com efetiva violência real ou grave ameaça, farão incidir a majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando a vítima se encontrar nas hipóteses do art. 224 do Código Penal.

Ordem denegada.” (HC n. 32.836-SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 27.09.2004).

“Penal. Recurso especial. Atentado violento ao pudor. Forma básica. Majoração do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Violência real ou grave ameaça.

Em se tratando de crime praticado com efetiva violência real ou grave ameaça, o atentado violento ao pudor, em sua forma básica, além de ser considerado hediondo, faz incidir o aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, quando a vítima se encontra nas hipóteses do art. 224 do Código Penal (precedentes).

Recurso provido.” (REsp n. 314.143-RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 11.03.2002).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, fazendo incidir a majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, restabelecer a condenação em seus próprios termos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 766.673-RS (2005/0113973-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorridos: Wagner Ruffoni Padilha (preso) e Wagner Fonseca de Lima (preso)

Advogados: Helena Maria Pires Grillo — Defensora Pública, e outro

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Aplicação da majorante do emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Pena aquém do mínimo. Atenuantes.

I - Na dicção da douda maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (*precedentes*).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (*precedentes do Pretório excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalís**, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Depreende-se dos autos que os recorridos restaram condenados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sendo que Wagner Ruffoni Padilha foi apenado em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ao passo que Wagner Fonseca de Lima mereceu a reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ambos no regime semi-aberto.

Irresignada, apelou a defesa. A colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação, excluir a majorante do emprego de arma de fogo e reduzir a pena de Wagner Ruffoni Padilha para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a de Wagner Fonseca de Lima para 4 (quatro) anos de reclusão.

Tem-se no corpo do voto condutor do v. acórdão increpado:

“O juízo de reprovação emergente do ato singular vai mantido. O recurso defensivo, todavia, vinga no momento da dose da pena-vênia.

A condenação está autorizada pela prova: a) os apelantes confessaram em juízo a autoria do crime, em concurso, inclusive com divisão de tarefa — Padilha rendeu o segurança e Lima desapossou a vítima; e, b) as vítimas reconheceram os apelantes, também em juízo, como autores do crime.

Então, o resultado esperado era único: condenatório!

A defesa levanta preliminares de nulidade dos reconhecimentos policial e judicial. Sem razão.

Um — inexistente nulidade em inquérito porquanto sua utilidade, no momento judicante, é igual a zero, ou seja, serve apenas de instrumento para oferecimento da denúncia;

Dois — em juízo é desnecessária a formalidade do art. 226 do Código de Processo Penal, porque o reconhecimento é celebrado com todas as garantias do devido processo legal.

No entanto, entendo deva ser excluída a majorante do uso de arma: a) os apelantes dizem que aquela utilizada era de brinquedo e apreensão não houve; b) entendo necessária realização de perícia em arma para apuração do potencial ofensivo:

1. Roubo. Majorante do emprego de arma. Perícia. Necessidade.
2. Prova. Palavra da vítima. 3. Recepção. Transporte e aquisição.
Vínculo.

1. A revogação da Súmula n. 174 do egrégio STJ, com sua implicação no reconhecimento da exasperante e, agora, recente decisão do STF, no RHC n. 81.057-SP, julgado em 25.05.2004, que decidiu pela atipicidade do delito de porte de arma (art. 10, Lei n. 9.437/1997), à vista dos princípios da disponibilidade e da ofensividade, já que a arma de fogo seria inidônea para a produção de disparo, repercute na majorante do roubo, mormente quando não foi apreendida e periciada

a arma empregada, que, se não a desqualifica como ameaça nem retira o seu potencial de intimidação para realização do tipo, sua incerteza sobre sua eficácia lesiva não é plataforma para a majorante do art. 157, 2ª, 1, do Código Penal. [...]'. (Apelação-Crime n. 70008203820, Relator Desembargador Aramis Nassif, Quinta Câmara Criminal, TJRS, j. em 03.07.2004).

No mesmo sentido:

“Roubo majorado. Materialidade e autoria comprovadas. Afastamento da causa especial do aumento do emprego de arma. Perícia não realizada. Incerteza quanto à potencialidade lesiva. Grave ameaça, no entanto, mesmo assim, configurada. Incidência da majorante do concurso de agentes. Agravante da reincidência desconsiderada. Pena redimensionada. Apelação parcialmente provida’ (Apelação-Crime n. 70008529109, Relator Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, TJRS, j. em 13.05.2004)

Penas alteradas.

As bases ficam no mínimo: antecedentes configuram **bis in idem** e personalidade e conduta social não podem vir contra o cidadão por agredir o princípio da inviolabilidade da intimidade.

Atenuantes podem deixar a pena aquém do mínimo — (precedentes: Acórdãos n. 70000592683 e n. 70000767269, Quinta Câmara Criminal, TJRS, e Acórdão n. 296021173, Quarta Câmara Criminal do Extinto Tribunal de Alçada-RS — Julgados n. 100/143). Em favor do apelante Lima há duas (confissão e menoridade diminuição de um ano; em prol do apelante Padilha há apenas a da confissão: redução de seis meses).

Aumento pelo concurso é de um terço.

Final: Lima, 4 anos de reclusão, e Padilha 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos regime carcerário e pecuniária — muita não pode ser excluída porque pena o é!

Diante do exposto, repelida preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo para, ao se excluir a majorante do uso de arma, fixar a condenação do apelante Wagner Fonseca de Lima em 4 anos de reclusão, e do apelante Wagner Ruffoni Padilha em 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos demais comandos sentenciários” (fls. 191/193).

Daí o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2ª, inciso I, do Código Penal, sustentando: a) que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime

de roubo, deve ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e b) que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuantes, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

Contra-razões às fls. 224/241.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 243/244).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 250/255, se manifestou pelo provimento do apelo excepcional em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Penal. Roubo majorado. Emprego de arma. Perícia. Desnecessidade. Impossibilidade. Súmula n. 231 do STJ. Pelo provimento.

Para a caracterização da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP é dispensável a apreensão da arma de fogo, bem como a realização de perícia para a comprovação da sua potencialidade lesiva. Precedentes.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime. Incidência da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Parecer pelo provimento do recurso” (fl. 250).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Sustenta o recorrente, em síntese: a) que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime de roubo, deve ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e b) que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

No que respeita ao *primeiro tópico*, a pretensão recursal merece ser acolhida.

Depreende-se dos autos que, não obstante a arma de fogo não tenha sido apreendida, as demais provas colhidas no feito foram suficientes para o reconhecimento da majorante. Confira-se, oportunamente, o seguinte trecho da r. sentença condenatória:

“A materialidade resultou demonstrada através da prova oral, faltando, pois, perquirir a autoria e a conseqüente culpabilidade.

Wagner Fonseca de Lima e Wagner Ruffoni Padilha, quando interrogados, admitindo a autoria, alegaram terem realizado o assalto se valendo de uma arma de brimquedo, entretanto, considerando a aparência, parecia verdadeira e hábil a intimidar, acrescentando que idealizaram a subtração ao verem o dinheiro no caixa retirando o que lá havia.

Rita de Cássia Fraga Matos, ao tempo do fato fiscal de caixa, ao sair da sala onde o dinheiro era depositado se deparou com Wagner Fonseca Lima, e no momento em que, acreditando se dirigisse ao banheiro, explicou onde se localizava, levantando a camisa mostrou que trazia uma arma de fogo junto ao corpo, fazendo com que ela retomasse.

Ao ver a arma se sentiu intimidada e, sem refletir, chamou André Luciano, seu colega, oportunizando ao assaltante que subtraísse o dinheiro que guardavam no interior das pochetes, sofrendo o Supermercado Nacional prejuízo em tomo de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Após ter-se apossado do dinheiro fechou a porta da sala e se retirou, tomando ciência, posteriormente, que a ação foi praticada por dois indivíduos, sendo que o outro, também fazendo uso de um revólver, intimidando o segurança, inviabilizou qualquer reação.

Elizete da Silva Vasconcelos, caixa do estabelecimento comercial ofendido, teve sua atenção voltada para Wagner Ruffoni Padilha quando o viu junto ao segurança, parecendo que o estava empurrando, encaminhando-o em direção à sala do cofre.

Ao retomar e ao passar pelo caixa onde atendia mostrou a coroa de um revólver que carregava junto à cintura, aproximando-se e subtraindo o dinheiro que lá se encontrava, bem como do caixa ao lado, afastando-se em seguida” (fls. 149/150).

Com efeito, a apreensão da arma objeto do crime e a realização da respectiva perícia não se afiguram imprescindíveis para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante. Nesse sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial desta Corte Superior. Confira-se:

“Recurso especial. Penal. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade. Reincidência. Afastamento. Impossibilidade.

Não é imprescindível a apreensão da arma de fogo, mesmo com o exame pericial, para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se as provas levantadas nos autos efetivamente atestam a ocorrência da majorante.

Não deve ser mantida a decisão que afasta a aplicação da agravante de reincidência, por entender que o aludido instituto perdeu a sua função teleológica, de acordo com o art. 61, I, do Código Penal.

Recurso provido.” (REsp n. 744.761-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.09.2005).

“Processual Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I, II e V, e art. 158, § 1º, do CP. Arma não apreendida. Aplicação da majorante do emprego de arma.

Conforme o entendimento firmado nesta Corte, é aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida, se o v. acórdão guerreado aponta outros elementos probatórios que confirmam a sua efetiva utilização no crime (precedentes).

Recurso desprovido.” (REsp n. 604.472-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 05.09.2005).

“Criminal. REsp. Roubo qualificado. Uso de arma de fogo. Qualificadora excluída em 2º grau. Ausência de perícia. Desnecessidade. Existência de outros elementos para caracterizar o emprego da arma. Persistência da majorante. Dissídio jurisprudencial. Atenuante da menoridade. Fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Pena de multa. Isenção. Impossibilidade. Violação ao princípio da legalidade. Recurso provido.

I - A ausência do laudo pericial não afasta a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, se existem outros elementos nos autos a comprovar a efetiva utilização da arma de fogo pelos agentes.

II - Não se admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda que a título provisório, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade do agente. Precedentes.

III - Incidência da Súmula n. 231-STJ.

IV - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

V - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

VI - Recurso provido.

VII - Remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para redimensionamento das penas.” (REsp n. 740.029-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

“**Habeas corpus.** Direito Penal. Roubo. Regime prisional inicial. Critérios informadores. §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade.

São critérios informadores da fixação do regime prisional inicial a quantidade da pena, a existência de reincidência (CP art. 33, § 3º).

É inadmissível a fixação do regime prisional inicial com fundamento tão-somente na gravidade do delito, desprezando-se os critérios dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

No crime de roubo, aplicada pena superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos, havendo primariedade e em sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que se consubstancia na fixação da pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional inicial semi-aberto, sob pena de violação aos §§ 2º e 3º do art. 33 do Estatuto Criminal.

A jurisprudência desta Corte é sólida quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2º, I, Código Penal), caso tenha sido comprovada a sua utilização por outros meios probatórios.

Writ parcialmente concedido, para fixar o regime inicial semi-aberto de cumprimento da pena.” (HC n. 30.000-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.02.2004).

“Recurso especial. Penal. Roubo em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo. Apreensão. Desnecessidade.

1. Não demonstrado nas instâncias ordinárias não ter havido concurso de pessoas na prática delituosa, não se há de pretender fazê-lo em sede de recurso especial, mesmo porque, como cediço, não se admite, já agora, ter-se por verdadeiro fato até então não evidenciado.

2. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a incidência do disposto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se elementos outros existem nos autos, tais como a confissão do réu em sede policial e o depoimento de testemunhas, a comprovar a efetiva utilização do instrumento.

3. A apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de sua potencialidade ofensiva.

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 265.026-PB, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1º.07.2002).

Quanto ao *segundo tópico*, mais uma vez, a irrisignação merece ser acolhida.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma *garantia* do réu (v.g., art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, e arts. 381 e 387 do CPP) e da *sociedade* (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na **Lex Fundamentalis** (“a lei regulará a individualização...”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação *concreta* (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** do art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Lei Maior, e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretensão exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 1940, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou — nem sequer mereceu destaque — o entendimento de que as *agravantes* e *atenuantes* (ao contrário das *majorantes* e *minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g., as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi** dos arts. 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi** do art. 68 do CP). Como se vê, **primo ictu oculi**, até “à vol d’oiseau”, o

critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de *ampla indeterminação* que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP é de se grifar, em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. E, no art. 67, assevera: “do limite indicado”. É, destaque, o *sistema da indeterminação relativa* (v.g.: **Jair Leonardo Lopes**, in “Curso de Direito Penal”, PG, 2ª ed., RT, pp. 231 e ss.; **Damásio E. de Jesus**, in “Direito Penal”, vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso**, in “Lições de Direito Penal”, PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa**, in “Direito Penal”, PG, vol. I, Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt**, in “Código Penal Anotado”, RT, 1997, pp. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos**, in “Direito Penal. A nova Parte Geral”, p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne**, in “Teoria e Prática da Aplicação da Pena”, Juruá, p. 99, 1995 e **Fernando Galvão**, in “Aplicação da Pena”, p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista**, in “Introdução Crítica ao Direito Penal”, e **H. H. Jescheck**, in “Tratado de Derecho”, 4ª ed., Granada, 1993, pp. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann** e **Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinqüentes. Caso contrário, *na participação de somenos* (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cf. ensinanças de **René A. Dotti**, in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, pp. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes**, **op. cit.**, p. 183). *Por último*, a expressão “*sempre atenuam*” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação

mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da *ampla indeterminação*). E isso, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*:

“O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos ‘segundos códigos’ do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.” (**A. Silva Franco** in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 6ª ed., 1997, RT, p. 1072).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação. Atenuante. Fixação da pena. Súmula n. 231-STJ.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime.

Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a **res furtiva** saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal — RTJ 135/161-192, Sessão Plenária).

Incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 744.120-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 05.09.2005).

“Criminal. REsp. Furto tentado. Consideração de processos em andamento como maus antecedentes. Impossibilidade. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula n. 231-STJ. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de maus antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.

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 - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

IV - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

VI - Remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para redimensionamento da pena” (REsp n. 722.751-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

“Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 61, I, do Código Penal. Agravante. Reincidência. Pena aquém do mínimo. Atenuantes. Processos em curso. Maus antecedentes.

I - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório excelso e do STJ).

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (precedentes).

III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes do Pretório excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ).

Recurso parcialmente provido” (REsp n. 730.109-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 1º.08.2005).

“Recurso especial. Penal. Roubo. Momento consumativo. Prescindibilidade da posse tranqüila da **res**. Pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte. Recurso provido.

1. O Direito Penal brasileiro, ao perfilhar a expressão ‘subtrair’ adotou a teoria da **aprehensio** ou **amotio**, em que o delito de roubo se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente de a **res** permanecer sobre a posse tranqüila do agente.

2. A incidência da atenuantes da menoridade não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

3. Recurso especial provido para reconhecer a forma consumada e fixar a pena em seu patamar mínimo legal” (REsp n. 735.440-RS, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 27.06.2005).

Ademais, a **quaestio** está sumulada: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (*Súmula n. 231-STJ*).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para o fim de reconhecer a incidência da majorante do emprego de arma de fogo e afastar a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência das atenuantes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 774.126-RS (2005/0136142-4)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros

Recorrido: Vitalino Port

Advogados: Ademir José Frohlich e outro

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria. Recolhimento extemporâneo das contribuições. Incidência de juros moratórios e multa. Art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

1. Para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na Administração Pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991.

2. Reconhecida a exigibilidade do pagamento da indenização, é imperioso averiguar qual a legislação que deve ser aplicada ao caso concreto, visto que somente com o advento da Lei n. 9.032, de 28.04.1995 é que surgiu a obrigatoriedade do seu recolhimento para a contagem recíproca do tempo de serviço rural e estatutário.

3. Constatase, todavia, que somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei n. 8.212/1991, é que se tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Isto porque, antes desta alteração legislativa, não havia sequer previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização, para fins de contagem recíproca.

4. Inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP n. 1.523/1996, ou seja, 11.10.1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período.

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente na sessão de 27.09.2005: Dr. Eduardo de Freitas Torres (p/ recte).

Brasília (DF), 11 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, forte nas alíneas **a** e **c** do

permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, levando-se em conta a remuneração do autor percebida por ocasião do requerimento administrativo, afastou a incidência de multa e juros de mora no cálculo da indenização das contribuições previdenciárias relativas à contagem recíproca em regimes previdenciários diversos, para fins de aposentadoria.

Em seu recurso (fls. 214/218), além de divergência jurisprudencial, alega a autarquia-recorrente que o reconhecimento da exigibilidade da indenização prevista no art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991, sem o acréscimo de juros moratórios e multa, contraria o art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

Oferecidas contra-razões (fls. 226/231) e admitido o recurso na origem (fl. 233), foram os autos encaminhados a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A controvérsia dos autos refere-se, em síntese, à necessidade, ou não, da incidência de juros moratórios e multa — previstos no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991 — sobre o recolhimento da indenização das contribuições previdenciárias referentes ao tempo de serviço rural, para fins de validade da contagem do tempo de serviço para aposentadoria de servidor público.

O Tribunal **a quo**, quando do julgamento da apelação, assim decidiu (fl. 209):

“Tributário. Certidão de tempo de serviço. Tempo rural. Contagem recíproca. Inativação no serviço público. Contribuições impagas. Indenização. Juros e multa.

1. A Constituição Federal (art. 202, § 9º) exige para a admissão da contagem recíproca em regimes previdenciários distintos o recolhimento das contribuições correspondentes ao tempo trabalhado. No caso em tela, não tendo sido recolhidas as contribuições a tempo e modo, se faz necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991 para o cômputo na postulada certidão de tempo de serviço. 2. Nos termos do § 3º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 “No caso de indenização para fins de contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei n. 8.213/1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta lei”. 3. Sendo o valor da contribuição

apurado com base na remuneração percebida por ocasião do requerimento administrativo, não se configura a situação moratória do devedor, razão pela qual não falar em multa e juros.”

A princípio, a matéria ora em exame não comporta maiores discussões no âmbito deste Superior Tribunal, que já firmou entendimento no sentido de que, para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na Administração Pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991, acrescida de juros moratórios e multa, a teor do previsto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, que assim dispõe:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

§ 1º Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.

§ 2º Para apuração e constituição dos créditos a que se refere o parágrafo anterior, a Seguridade Social utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição do segurado.

§ 3º No caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta Lei.

§ 4º Sobre os valores apurados na forma dos §§ 2º e 3º incidirão juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.”

Infere-se do supracitado dispositivo que a expedição de certidão de tempo de serviço rural, para fins de aposentadoria no serviço público, está condicionada ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária.

Assim, reconhecida a exigibilidade do pagamento da indenização, é imperioso averiguar qual a legislação que deve ser aplicada ao caso concreto, visto

que somente com o advento da Lei n. 9.032, de 28.04.1995 é que surgiu a obrigatoriedade do seu recolhimento para a contagem recíproca do tempo de serviço rural e estatutário.

In casu, o pedido de averbação da atividade rural prestada em regime de economia familiar foi homologado pela autarquia previdenciária, que reconheceu o período compreendido entre janeiro de 1966 e junho de 1976. No entanto, a expedição da certidão do tempo de serviço ficou condicionada ao pagamento da contribuição no período correspondente, acrescida de juros moratórios e multa, conforme estabelecido no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

Verifica-se dos autos que o aresto recorrido afastou a aplicação da multa e juros por entender não configurada a mora do devedor, porquanto o valor da contribuição foi apurado com base na remuneração percebida à época do requerimento administrativo.

Discordo do posicionamento adotado pelo Tribunal **a quo**, tendo em vista que o acréscimo dos juros de mora e multa, no pagamento de contribuições previdenciárias devidas e não pagas na época de sua exigibilidade, está previsto na legislação previdenciária, razão pela qual não se pode olvidar essa obrigatoriedade.

Constata-se, todavia, que somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei n. 8.212/1991, é que se tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Isto porque, antes desta alteração legislativa, não havia sequer previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização, para fins de contagem recíproca.

Nesse sentido, é o pensamento do Ministro José Delgado, apreciando caso análogo:

“Recurso especial. Tributário. Previdenciário. Pedido de aposentadoria. Contribuições previdenciárias em atraso. Exigência com fundamento em lei posterior. Impossibilidade. Descabimento de multa e juros. Inaplicabilidade do § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. **Reformatio in pejus**. Vedação.

1. Ao condicionar o deferimento de benefício de aposentadoria de profissional autônomo a recolhimento de parcelas previdenciárias não pagas (período de 02/1993 a 06/1995) e ao aplicar lei posterior a esse interregno para exigí-las (Lei n. 8.212/1991, com as alterações conferidas pelas Leis ns. 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.876/1999), a Autarquia Previdenciária caracterizou retroação legal em prejuízo do segurado.

2. Devem ser afastados os juros e a multa das contribuições concernentes ao lapso de 02/1993 a 06/1995, na medida em que, nesse interregno, inexistia previsão legal para que fossem exigidos esses consectários. Essa autorização somente veio a se dar com a edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997), que, conferindo nova redação à Lei n. 8.212/1991 (acrescentou o seu § 4º), passou a admitir a aplicação de juros e multa nas contribuições vertidas a título indenizatório.

3. Em homenagem ao princípio da vedação à **reformatio in pejus**, no caso concreto, mantém-se, nos termos do acórdão recorrido, a incidência de juros e manter multa nos meses de maio e junho de 1995.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 541.917-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 27.09.2004)

Desse modo, entendo que, para se apurar os valores da indenização, devem ser considerados os critérios legais existentes ao momento sobre o qual se refere a contribuição. Assim, inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP n. 1.523/1996, ou seja, 11.10.1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período. Após essa data, devem incidir juros de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento) na apuração do valor da contribuição previdenciária paga em atraso, nos termos do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação conferida pela Lei n. 9.876/1999.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para determinar a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado em processo da relatoria do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, onde Ex^a. deu parcial provimento ao recurso especial do INSS, para determinar a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996.

No seu laborioso voto, o Relator dirigiu a **quaestio** aos exatos termos, **verbis**:

“A controvérsia dos autos refere-se, em síntese, à necessidade, ou não, da incidência de juros moratórios e multa — previstos no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991 — sobre o recolhimento da indenização das contribuições previdenciárias referentes ao tempo de serviço rural, para fins de validade da contagem do tempo de serviço para aposentadoria de servidor público.

(...).

A princípio, a matéria ora em exame não comporta maiores discussões no âmbito deste Superior Tribunal, que já firmou entendimento no sentido de que, para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na Administração Pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991, acrescida de juros moratórios e multa, a teor do previsto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, que assim dispõe:

‘Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

§ 1º Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.

§ 2º Para apuração e constituição dos créditos a que se refere o parágrafo anterior, a Seguridade Social utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição do segurado.

§ 3º No caso de indenização para fins de contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta Lei.

§ 4º Sobre os valores apurados na forma dos §§ 2º e 3º incidirão juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.’

Infere-se do supracitado dispositivo que a expedição de tempo de serviço rural, para fins de aposentadoria no serviço público, está condicionada ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária.

Assim, reconhecida a exigibilidade do pagamento da indenização, é imperioso averiguar qual a legislação que deve ser aplicada ao caso concreto, visto que somente com o advento da Lei n. 9.032, de 28.04.1995 é que surgiu a obrigatoriedade do seu recolhimento para a contagem recíproca do tempo de serviço rural e estatutário.

In casu, o pedido de averbação da atividade rural prestada em regime de economia familiar foi homologado pela autarquia previdenciária, que reconheceu o período compreendido entre janeiro de 1966 e junho de 1976. No entanto, a expedição da certidão do tempo de serviço ficou condicionada ao pagamento da contribuição no período correspondente, acrescida de juros moratórios e multa, conforme estabelecido no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

Verifica-se dos autos que o aresto recorrido afastou a aplicação da multa e juros por entender não configurada a mora do devedor, porquanto o valor da contribuição foi apurado com base na remuneração percebida à época do requerimento administrativo.

Discordo do posicionamento adotado pelo Tribunal **a quo**, tendo em vista que o acréscimo dos juros de mora e multa, no pagamento de contribuições previdenciárias devidas e não pagas na época de sua exigibilidade, está previsto na legislação previdenciária, razão pela qual não se pode olvidar essa obrigatoriedade.

Constata-se, todavia, que somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei n. 8.212/1991, é que se tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Isto porque, antes desta alteração legislativa, não havia sequer previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização, para fins de contagem recíproca.

Nesse sentido, é o pensamento do Ministro José Delgado, apreciando caso análogo:

‘Recurso especial. Tributário. Previdenciário. Pedido de aposentadoria. Contribuições previdenciárias em atraso. Exigência com fundamento em lei posterior. Impossibilidade. Descabimento de multa e juros. Inaplicabilidade do § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. **Reformatio in pejus**. Vedação.

1. Ao condicionar o deferimento de benefício de aposentadoria de profissional autônomo a recolhimento de parcelas previdenciárias não pagas (período de 02/1993 a 06/1995) e ao aplicar lei posterior a esse interregno para exigí-las (Lei n. 8.212/1991, com as alterações conferidas pelas Leis ns. 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.876/1999), a Autarquia Previdenciária caracterizou retroação legal em prejuízo do segurado.

2. Devem ser afastados os juros e a multa das contribuições concernentes ao lapso de 02/1993 a 06/1995, na medida em que, nesse interregno, inexistia previsão legal para que fossem exigidos esses consecutórios. Essa autorização somente veio a se dar com a edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997), que, conferindo nova redação à Lei n. 8.212/1991 (acrescentou o seu § 4º), passou a admitir a aplicação de juros e multa nas contribuições vertidas a título indenizatório.

3. Em homenagem ao princípio da vedação à **reformatio in pejus**, no caso concreto, mantém-se, nos termos do acórdão recorrido, a incidência de juros e manter multa nos meses de maio e junho de 1995.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.' (REsp n. 541.917-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 27.09.2004)

Desse modo, entendo que, para se apurar os valores da indenização, devem ser considerados os critérios legais existentes ao momento sobre o qual se refere a contribuição. Assim, inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP n. 1.523 ou seja, 11.10.1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período. Após essa data, devem incidir de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento) na apuração do valor da contribuição previdenciária paga em atraso, nos termos do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação conferida pela Lei n. 9.876/1999.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para determinar a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996.

É o voto.”

Diante da relevância do tema, resolvi pedir vista para tecer algumas considerações.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o reconhecimento do tempo de serviço laborado antes da vigência da Lei n. 8.213/1991, concernente à atividade privada, urbana ou rural, para fins de aposentadoria no serviço público, *depende do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, consoante assevera a jurisprudência desta Corte*. Ilustrativamente, em casos análogos:

“Embargos de declaração em recurso especial. Omissão. Existência. *Contagem recíproca de tempo de serviço. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de aposentadoria no serviço público. Contribuição. Necessidade.*

1. 1. ‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.’ (Art. 202, § 2º, da Constituição da República).

2. ‘(...) para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando — diante desse explícito requisito constitucional — que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.’ (ADIn n. 1.664/UF, Relator Ministro Octavio Gallotti, **in** DJ 19.12.1997).

3. *A contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada, seja ela urbana ou rural, só pode ser aproveitada para fins de aposentadoria no serviço público, quando houver prova de contribuição naquele regime previdenciário, incorrente, na espécie.*’ (RMS n. 11.188-SC, da minha relatoria, **in** DJ 25.03.2002).

2. Embargos de declaração acolhidos.” (EDcl no REsp n. 509.176-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1ª.07.2005).

“1. Previdenciário. Servidor público estatutário. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Regime geral de caráter contributivo e filiação obrigatória.

2. *Aposentadoria em cargo público. Tempo de serviço. Atividade rural. Contagem recíproca. Recolhimento de contribuição previdenciária. Comprovação. Necessidade. Precedentes do STF e STJ.*

3. Parecer do MPF pela procedência da ação rescisória, visto ter ocorrido violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), pois a contagem do tempo de serviço rural para fins de *aposentadoria estatutária, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal de 1988, somente é possível mediante a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.*

Ação julgada procedente.” (AR n. 1.760-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.06.2004).

“Agravo regimental em recurso ordinário. Previdenciário. Contagem recíproca de tempo de serviço. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de *aposentadoria no serviço público*. Contribuição. Necessidade.

1. ‘1. ‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a *contagem recíproca do tempo de contribuição* na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.’ (art. 202, § 2º, da Constituição da República).

2. ‘(...) para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando — diante desse explícito requisito constitucional — que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.’ (ADIn n. 1.664-DE, Relator Ministro Octavio Gallotti, in DJ 19.12.1997).

3. *A contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada, seja ela urbana ou rural, só pode ser aproveitada para fins de aposentadoria no serviço público, quando houver prova de contribuição naquele regime previdenciário, inócurrenente, na espécie.*’ (RMS n. 11.188-SC, da minha relatoria, in DJ 25.03.2002).

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RMS n. 15.481-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 06.10.2003).

“Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Previdenciário e Constitucional. *Servidor público estadual*. Contagem recíproca. Atividade rural. Lei n. 8.213/1991, Art. 55. Necessidade de comprovação do recolhimento das contribuições (art. 202, § 2º, constituição federal). Precedentes.

Nos termos de farta jurisprudência desta Corte, em respeito ao disposto no art. 202, § 2º, da Constituição Federal, com vistas à aposentadoria, para que se proceda à contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana, é necessária a prova da contribuição naquele regime previdenciário.

Recurso provido, com a conseqüente denegação da ordem.” (REsp n. 327.465-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 07.04.2003).

“Recurso em mandado de segurança. Previdenciário e Constitucional. Servidor público estadual. Contagem recíproca. Atividade rural. Lei n. 8.213/1991, art. 55. Necessidade de comprovação do recolhimento das contribuições (art. 202, § 2º, Constituição Federal). Precedentes.

Nos termos de farta jurisprudência desta Corte, em respeito ao disposto no art. 202, § 2º, da Constituição Federal, com vistas à aposentadoria, para que se proceda à contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana, é necessária a prova da contribuição naquele regime previdenciário.

Recurso desprovido.” (RMS n. 14.371-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 1ª.07.2002).

Este entendimento decorreu da literalidade do art. 202, § 2º, da Constituição Federal, em sua redação original, que determinava ser necessária a prova da contribuição previdenciária, em casos de contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana. Atualmente, a contagem recíproca, mediante indenização, está prevista no art. 201, § 9º, da Carta Magna. Ademais, o art. 96 da Lei n. 8.213/1991, encartado na Seção que cuida da *Contagem Recíproca de Tempo de Serviço* assentava, em sua redação original, no inciso IV, a contagem do tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social, com a indenização da contribuição correspondente ao período respectivo e acréscimos legais.

Neste contexto, o primeiro decreto regulamentador da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, o Decreto n. 611, de 21 de julho de 1992, ao cuidar da Contagem Recíproca de Tempo de Serviço, assim preconizou, **verbis**:

“Art. 200. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata este Capítulo será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas:

Omissis.

IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da

contribuição correspondente ao período respectivo, na forma do disposto nos arts. 189 a 191;

Omissis.”

O art. 189 do Decreto n. 612/1992 estabeleceu o valor devido ao INSS, a título de indenização pelas contribuições não pagas. Já o art. 191 era explícito ao estipular que “não incidirão juros de mora e multa sobre o valor apurado no art. 189”.

Assim, consoante esclareceu o eminente Ministro-Relator somente a partir da edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11.10.1996, convertida na Lei n. 9.528/1997, acrescentou-se o § 4º ao art. 45 da Lei da Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio — Lei n. 8.212/1991 — que passou a exigir a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Em igual sentido, o art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991, com a redação conferida pela Lei n. 9.528/1997, passou a prever a incidência de juros moratórios e multa. Destaque-se que a Lei n. 9.876/1999, ao ditar nova redação ao § 4º fixou juros de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento). Ainda, o inciso IV do art. 96 da Lei n. 8.213/1991 que preceituava juros moratórios de 1% (um por cento) foi alterado pela Medida Provisória n. 2.022-17/2000, a fim de se adequar à redação do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação da mencionada Lei n. 9.876/1999.

Desta forma, conforme evidenciou o voto do eminente Ministro Arnaldo Esteves, para se apurar os valores da indenização, *deve-se, de fato, levar em consideração os critérios legais vigentes no momento sobre o qual se refere a contribuição.*

In casu, o autor, funcionário público municipal, requereu, em 09.03.1999, a averbação de tempo de serviço em atividade rural, exercida em regime de economia familiar no período compreendido entre janeiro de 1966 a junho de 1976. O acórdão recorrido assinala que tal período foi reconhecido pela Autarquia Previdenciária, condicionando, contudo, a expedição da certidão de tempo de serviço ao pagamento da contribuição no período correspondente, acrescida de juros moratórios e multa, conforme o prescrito no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.213/1991.

Neste sentido, não existindo a previsão de juros e multa no período reconhecido pela Autarquia Previdenciária, entre janeiro de 1966 a junho de 1976, porquanto esta previsão somente passou a vigorar com a edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11.10.1996, incabível a retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados. Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente:

“Recurso especial. Tributário. Previdenciário. Pedido de aposentadoria. Contribuições previdenciárias em atraso. Exigência com fundamento em lei posterior. Impossibilidade. Descabimento de multa e juros. Inaplicabilidade do § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. **Reformatio in pejus**. Vedação.

1. Ao condicionar o deferimento de benefício de aposentadoria de profissional autônomo a recolhimento de parcelas previdenciárias não pagas

(período de 02/1993 a 06/1995) e ao aplicar lei posterior a esse interregno para exigi-las (Lei n. 8.212/1991, com as alterações conferidas pelas Leis ns. 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.876/1999), a Autarquia Previdenciária caracterizou retroação legal em prejuízo do segurado.

2. *Devem ser afastados os juros e a multa das contribuições concernentes ao lapso de 02/1993 a 06/1995, na medida em que, nesse interregno, inexistia previsão legal para que fossem exigidos esses consectários. Essa autorização somente veio a se dar com a edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997), que, conferindo nova redação à Lei n. 8.212/1991 (acrescentou o seu § 4º), passou a admitir a aplicação de juros e multa nas contribuições vertidas a título indenizatório.*

3. Em homenagem ao princípio da vedação à **reformatio in pejus**, no caso concreto, mantém-se, nos termos do acórdão recorrido, a incidência de juros e manter multa nos meses de maio e junho de 1995.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 541.917-PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 27.09.2004).

Portanto, acompanho o eminente Relator no entendimento de que os juros moratórios de multa devam ser afastados em período anterior à edição da MP n. 1.523/1996. Após essa data, incidirão juros de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento) na apuração do valor da contribuição previdenciária paga em atraso, nos termos do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação dada pela Lei n. 9.879/1999. Ademais, como o INSS, no especial, aduz que, se o entendimento do acórdão **a quo** for mantido, restará definitivamente ajustado que, em nem um caso, é aplicável o § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991, acarretando violação ao princípio da igualdade com relação aos segurados que efetuaram o pagamento das contribuições em atraso com a incidência de juros moratórios e multa. Igualmente, também devo acompanhar o Relator para dar parcial provimento ao especial, no sentido de que somente após o advento da Medida Provisória n. 1.523/1996, será cabível a incidência de juros moratórios e multa, com fulcro no multicitado § 4º do art. 45 da Lei da Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio.

Ante o exposto, acompanho o Relator, para dar parcial provimento ao recurso especial, determinando a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, convertida posteriormente na Lei n. 9.528/1998.

É como voto.

Jurisprudência da Sexta Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 641.647-SP (2004/0162724-1)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Embargantes: Ruth Lopes Raymundo e outro

Advogado: Rodolfo Zalcman

Embargado: Carlos Eduardo Yamashitafuji Nakano

Advogado: Oliveiros Alberto dos Santos

EMENTA

Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. Locação. Pleito que objetiva novo exame de toda a matéria já debatida.

1. A intervenção desta Corte nos critérios utilizados pelo julgador de 1ª grau para fixar a verba honorária pericial, após petição elaborada pelo *expert* discriminando a realização de seu mister de acordo com o estipulado pelo juízo, implica necessário reexame do contexto probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

2. Em sendo objetivo dos embargantes, nova manifestação desta Corte, acerca de toda a matéria já debatida à exaustão, através dos recursos pretéritos, bem como não constituindo atribuição do Superior Tribunal de Justiça o exercício de 3ª instância, não há justificativa ao manejo aclaratórios, cujo caráter protelatório resta evidente.

3. Embargos rejeitados, com a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

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, rejeitar os embargos de declaração, com imposição de multa. 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), 18 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de embargos de declaração, interpostos em face do teor do acórdão que julgou o agravo regimental, nos termos da ementa abaixo transcrita (fl. 762):

“Agravo regimental em agravo de instrumento. Locação. Pleito que objetiva o conhecimento e provimento do especial para que seja reformada a decisão do juízo monocrático que fixou verba honorária de perito em valor diverso do pretendido pelos agravantes.

1. A intervenção desta Corte nos critérios utilizados pelo julgador de 1ª grau para fixar a verba honorária pericial, após petição elaborada pelo *expert* discriminando a realização de seu mister de acordo com o estipulado pelo juízo, implica necessário reexame do contexto probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

2. A análise das demais matérias que circundam o cerne do presente recurso, igualmente, encontram óbice no enunciado sumular acima transcrito.

3. Agravo regimental não provido.”

Em suas razões, os embargantes praticamente reiteram todos os termos contidos em suas anteriores manifestações, argumentando, agora, a existência de obscuridade, omissão e contradição, na decisão embargada, cuja conclusão fora no sentido de que a matéria pertinente aos honorários periciais, por certo redundaria em novo exame de questões fáticas, notadamente dos critérios utilizados pelo juízo monocrático para a fixação da verba acima mencionada; pugnam pela reforma do julgado com o reconhecimento dos vícios de obscuridade, contradição e omissão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Os embargos devem ser rejeitados.

Os embargos declaratórios interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabe, todavia, redescidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de **Pontes de Miranda**, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes (RJTJESP 98/377, 99/345, 115/206; RTJ 121/260).

Sempre vale reprisar **Pimenta Bueno**, ao anotar que, nesta modalidade recursal, *“não se pode pedir correção, alteração ou mudança alguma, nem modificação que aumente ou diminua o julgamento; e só sim e unicamente o esclarecimento do que foi decidido, ou da dúvida em que se labora. Eles pressupõem que na declaração haja uniformidade de decisões e não inovação, porque declarar não é por certo reformar, adicionar, corrigir ou estabelecer disposição nova”* (RJTJESP 92/328).

Os embargantes buscam com os presentes embargos, uma vez mais, e por via inadequada, a obtenção da reforma da decisão proferida no juízo monocrático, cujo teor fixou os honorários periciais em valor diverso do que entendem ser o correto, razão pela qual o **decisum** vergastado, por entender que *“eventual incursão nos elementos de convicção do magistrado ao fixar a verba honorária é vedada pelo Enunciado da Súmula n. 7 deste Sodalício”*, houve por bem aplicar ao caso o mencionado enunciado sumular.

Portanto, em sendo objetivo dos embargantes, nova manifestação desta Corte, a respeito de toda a matéria já debatida à exaustão, através dos recursos pretéritos, bem como não constituindo atribuição do Superior Tribunal de Justiça o exercício de 3ª instância; em outras palavras, inexistindo, nestes autos justificativa à oposição dos presentes aclaratórios, que não a de recurso com nítido caráter protelatório, de rigor a sua rejeição, com a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

À guisa de conferência, vale trazer à baila, julgado deste Sodalício, cujo teor bem se amolda ao caso vertente:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo regimental. Interposição de recurso via ‘fax’. Original. Intempestividade. Lei n. 9.800/1999. Art. 2º. Preclusão consumativa. Inexistência de obscuridade. Pretensão infringente e procrastinatória. Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. I - É intempestivo o recurso interposto via ‘fax’, se o original é apresentado após o transcurso do prazo estabelecido no art. 2º da Lei n. 9.800/1999, aplicada a preclusão consumativa. II - O prazo previsto no dispositivo legal é contínuo, tratando-se de simples prorrogação para a apresentação do original da petição recursal, razão pela qual não é suspenso aos sábados, domingos ou feriados. Precedentes. III - Inexiste obscuridade no acórdão embargado, que expôs com clareza todos os aspectos pertinentes ao julgamento do recurso. IV - Embargos declaratórios rejeitados, com aplicação de multa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC.”

2. Ante o exposto, rejeito os embargos, aplicando aos embargantes multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, consoante autorização expressa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.855-SP (2003/0101687-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Vitore André Zilio Maximiano — Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Oswaldo Nocete Júnior (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Art. 16 da Lei de Tóxicos. Regime aberto. Concessão.

1. É de se fixar o regime aberto para o cumprimento da pena de detenção, se as circunstâncias do crime e os antecedentes do agente, viciado no uso de entorpecente, não impedem e, até, determinam o seu estabelecimento, mormente quando não há notícia da prática de qualquer outra infração penal, desde o tempo em que se cometeu o delito que determinou a edição da sentença condenatória.

2. Ordem 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 Paulo Gallotti, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvendo apelo interposto por Oswaldo Nocete Júnior, preservou-lhe a pena de 6 meses de detenção, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, eis que o único fundamento utilizado para a fixação do regime prisional foi o da reincidência, sendo certo que "(...) deve ser considerado no caso concreto que as duas condenações anteriores registradas pelo paciente foram igualmente pela prática delituosa tipificada no art. 16 da Lei de Entorpecentes." (Fl. 5).

Sustenta, ainda, que "A pessoa que adquire, guarda ou traz consigo substância entorpecente para uso próprio está por merecer do Estado tratamento médico e não a imposição de medida restritiva de sua liberdade". (Fl. 6).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para que seja deferido o regime aberto para o cumprimento de sua reprimenda.

A liminar foi concedida, para determinar a internação do paciente sob custódia, em estabelecimento próprio para tratamento de dependentes de substâncias entorpecentes (fls. 48/49).

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

"Habeas corpus. Delito tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Reincidência específica. Condenação anterior. Regime prisional inicialmente semi-aberto imposto ao réu reincidente. Constrangimento ilegal não configurado. Tratamento de dependência toxicológica em local adequado. Possibilidade.

Hipótese de condenado reincidente na prática do delito de uso de substância entorpecente (art. 16 da Lei n. 6.368/1976).

Não se tem mostrado suficiente o cumprimento de pena em regime aberto, face à não-reabilitação do paciente com relação às condenações anteriores.

Não se configura constrangimento ilegal na imposição do regime prisional, se o mesmo foi estabelecido de forma fundamentada pela sentença condenatória, com supedâneo no art. 33 do Código Penal, no caso de réu reincidente.

Deve ser mantida a internação sob custódia do réu para tratamento clínico, uma vez que o mesmo necessita de cuidados especiais.

Parecer pela denegação do *writ*.” (Fl. 56).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, **habeas corpus** contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvido apelo interposto por Oswaldo Nocete Júnior, preservou-lhe a pena de 6 meses de detenção, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, eis que o único fundamento utilizado para a fixação do regime prisional foi o da reincidência, sendo certo que “(...) deve ser considerado no caso concreto que as duas condenações anteriores registradas pelo paciente foram igualmente pela prática delituosa tipificada no art. 16 da Lei de Entorpecentes”. (Fl. 5).

Sustenta, ainda, que “A pessoa que adquire, guarda ou traz consigo substância entorpecente para uso próprio está por merecer do Estado tratamento médico e não a imposição de medida restritiva de sua liberdade”. (Fl. 6).

Esta, a sentença condenatória, no que interessa à espécie:

“(…) O acusado confessou espontaneamente o delito e é reincidente, conforme se verifica pela certidão de fl. 66. A recidiva deve ser compensada com a atenuante genérica, de modo que a pena deverá ser a do mínimo legal. (...) *Por ser reincidente específico o acusado não faz jus a qualquer benefício legal, mas poderá recorrer em liberdade. Pelo mesmo motivo, iniciará o cumprimento da pena em regime semi-aberto. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por multa, nos termos da Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça. Incabível também a aplicação de pena alternativa, vez que o acusado é reincidente específico em crime doloso. (...)*” (fls. 29/30 — nossos os grifos).

E este, o fundamento do acórdão impugnado:

“(…)”

Por outro lado, constata-se que o acusado é duplamente reincidente no mesmo crime (fls. 66 e 70). Nas duas condenações anteriores, ele já foi beneficiado com o **sursis** e não se recuperou, voltando a delinquir. Mesmo agora, apesar de ter-se internado na entidade Soproh — Sociedade de

Promoção Humana, para a regeneração de dependentes de drogas (fl. 57), não há certeza de que tenha se recuperado, pois não há qualquer informação daquela instituição nesse sentido, Observa-se que a internação, que deveria durar nove meses (fl. 57), ao que parece, não perdurou nem por três meses (fl. 86).

Assim, em face dessa dupla reincidência e da incerteza da regeneração da vida delituosa, o apelante não faz jus a penas alternativas, ao sursis e ao regime aberto. Esses benefícios exigem que o réu seja primário e portador de bons antecedentes, além de presunção de que não voltará a delinquir, o que não ocorre na espécie.

Esclareça-se que não houve reabilitação do acusado com relação às condenações anteriores. A reabilitação não se dá pelo simples decurso do prazo de dois anos; ela deve ser requerida judicialmente, após cumprir o réu todos os requisitos enumerados no art. 94 do Código Penal e no art. 744 do Código de Processo Penal; e deve ser julgada pelo juiz, com recurso de ofício (art. 746 do CPP).

Quanto à aplicação da Lei n. 9.099/1995, a fase de eventual concessão da suspensão condicional do processo (art. 89) já está ultrapassada. A questão já foi ventilada na ocasião própria, tendo o dr. Promotor de Justiça deixado de fazer a proposta do **sursis** processual, justamente, em razão da reincidência do denunciado (fl. 63). Portanto, nada mais cabe discutir sobre o assunto.

*O regime prisional, no caso, não podia ser outro senão o mais gravoso previsto para a pena de detenção, o qual é o semi-aberto, conforme estabelece o art. 33, **caput**, segunda parte, do Código Penal.*

Isto posto, nega-se provimento ao apelo do réu, devendo ser expedido contra ele o competente mandado de prisão para cumprimento da pena corporal em regime semi-aberto.” (Fls. 33/34 — nossos os grifos).

Ao que se tem, a recusa da imposição alternativa de pena de multa ou restritiva de direito encontra fundamentação no **decisum** do 1º grau e no acórdão de sua confirmação, não havendo como pretender que, no âmbito angusto do **habeas corpus**, como é da sua natureza, se proceda ao exame do conjunto da prova, necessário, por certo, ao reexame do mérito da questão vinculada nesta impetração heróica.

Há, todavia, questão que reclama superação por afirmável a caracterização de constrangimento ilegal, qual seja, a do regime do cumprimento de pena, por contrário à lei que se negue o aberto pelo só fato da reincidência, como invocado

na espécie, recusada que tem sido a interpretação isolada e só literal da alínea c do § 2º do art. 33 do Código Penal, para incluídamente se admitir o regime aberto para o reincidente condenado anteriormente à multa, como fez o Supremo Tribunal Federal, no HC n. 67.632-SP, in DJ 1ª.12.1989, p. 17.760 (in Delmanto, “Código Penal Comentado”, 6ª ed., Renovar, 2002, p. 74), o que bem se ajusta às normas inséras no § 3º do art. 44 e no § 1º do art. 77 do Código de Processo Penal.

In casu, as circunstâncias do crime, como descrito na sentença, e os antecedentes do agente, viciado no uso de entorpecente, não impedem e, até, determinam o estabelecimento do regime aberto, mormente quando não há notícia da prática de qualquer outra infração penal, desde o tempo em que se cometeu o delito matéria do presente **habeas corpus**.

Pelo exposto, concedo a ordem, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena detentiva imposta ao paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.881-SP (2003/0209938-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Carlos Roberto dos Santos Coelho

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Carlos Roberto dos Santos Coelho (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Violência presumida. Ausência de lesão corporal de natureza grave ou morte. Crimes hediondos. Cumprimento da pena integralmente em regime fechado.

1. Seguindo a linha de decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, o estupro e o atentado violento ao pudor nas formas simples e qualificada, vale dizer, mesmo que deles não resulte morte ou lesão corporal grave, ainda que praticados mediante violência presumida, constituem crimes hediondos, a teor do que dispõe o art. 1º, incisos V e VI, combinado com o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, impondo-se o desconto das penas corporais correspondentes integralmente no regime fechado.

2. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 23 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por Carlos Roberto dos Santos Coelho, em causa própria, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que negou o pedido de progressão do regime prisional ali formulado.

Consta do processado que o paciente foi condenado, pela prática dos delitos previstos nos arts. 213, **caput**, e 214, **caput**, ambos combinados com os arts. 224, **a**, e 69 do Código Penal, a 42 anos de reclusão, a serem cumpridos integralmente no regime fechado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso de apelação para, reconhecendo a continuidade delitiva, reduzir a pena a 15 anos e 6 meses de reclusão, mantendo a vedação de progressão de regime.

Busca-se o afastamento do óbice à progressão de regime ao argumento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, na forma simples, não são hediondos.

O Ministério Público opina pela denegação da ordem (fl. 52).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Embora ressalvando meu ponto de vista, a ordem não deve ser concedida.

Na verdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do HC n. 81.288-1-SC (DJ 25.04.2003), assentou entendimento de que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, também nas suas formas simples,

isto é, das quais não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, são considerados hediondos, em razão do que dispõe o art. 1º, incisos V e VI, combinado com o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Veja-se:

“Penal. Crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Código Penal, arts. 213 e 214. Lei n. 8.072/1990, redação da Lei n. 8.930/1994, art. 1º, V e VI.

I - Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples — Código Penal, arts. 213 e 214 — como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, **caput**, e parágrafo único), são crimes hediondos. Lei n. 8.072/1990, com redação da Lei n. 8.930/1994, art. 1º, V e VI.

II - **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 81.288-1-SC, Relator p/ o acórdão o Ministro Carlos Velloso, DJ 25.04.2003)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Delito hediondo. Regime integralmente fechado de cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Ordem denegada.

I - O estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedente do STF

II - A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/1990 deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

III - Ordem denegada.” (HC n. 19.478-SC, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 29.04.2002)

Desta forma, tratando-se de condenação pela prática de estupro e de atentado violento ao pudor, o desconto da reprimenda imposta deve se operar integralmente no regime fechado, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com ressalva de minha compreensão sobre o tema, segundo a qual, na linha da jurisprudência anterior, só com o resultado morte ou lesão corporal grave se alcançava essa rigorosa classificação.

Ante o exposto, denego a ordem de **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 34.704-RJ (2004/0048086-9)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: César Teixeira Dias

Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Pacientes: César Marcelo Ribeiro da Silva (preso), Ekner Rubens Maia (preso) e Luiz Cláudio Vasconcelos (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Concussão. Defesa preliminar do art. 514 do CPP. Ausência. Constrangimento ilegal inexistente. Denúncia fundada em inquérito policial. Ordem denegada.

1. A resposta prévia do réu, disciplinada no art. 514 do Código de Processo Penal, não constitui privilégio outorgado ao funcionário público, mas, ao contrário, um sucedâneo da restrição que lhe impõe a lei em obséquio do Poder Público.

2. Em havendo instauração de inquérito policial, arreda-se a incidência da norma inserta no art. 514 da Lei Adjetiva Penal (precedentes).

3. 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, Paulo Medina e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 1º.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que,

denegando *writ* impetrado em favor de César Marcelo Ribeiro da Silva, Ekner Rubens Maia e Luiz Cláudio Vasconcelos, preservou-lhes a condenação às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, a serem inicialmente cumpridas em regime semi-aberto, cumuladas com a perda dos cargos públicos, pela prática do delito tipificado no art. 316 (duas vezes), combinado com os arts. 71 e 92, inciso I, alínea **a**, todos do Código Penal.

Esta, a propósito, a ementa do acórdão impugnado:

“Crimes praticados por funcionários públicos no exercício da função. Notificação prévia.

Torna-se dispensável o uso da regra do art. 514 do Código de Processo Penal, na dicção de julgados do STF e STJ, quando a denúncia lastreia-se em inquérito policial.

Sendo a soma das penas mínimas superior a dois anos, afasta-se a fiançabilidade estatuída no indicado dispositivo processual penal.” (Fl. 95).

Alega o impetrante a nulidade absoluta do processo, eis que “(...) Os tipos delituosos apontados como vulnerados pelos pacientes — art. 316 do Código Penal — estão entre aqueles etiquetados como afiançáveis, razão pela qual sob o manto formal dos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, cumpre ao juiz, antes de receber a denúncia, mandar notificar o acusado para que responda, por escrito, em 15 dias, sob pena de *nulidade insanável*, **ex vi** do art. 564, III, e, do mesmo último **Codex** mencionado.” (Fl. 3).

Sustenta que “(...) A desobediência à norma do art. 514 do CPP é de tal monta inafastável, imperativa e inconstitucional, que mesmo não houvesse sido argüida, diga-se, tempestivamente (art. 571, II), pela defesa, poderia fazê-lo o MP ou ser declarada a nulidade do feito ‘de ofício’, em razão de tratar-se de matéria de ordem pública — constitucional e infraconstitucional —, pois que ofendido o art. 5º, LIV (devido processo legal), e LV (contraditório e ampla defesa) da Carta Magna, bem como o art. 514 da Lei Adjetiva Penal.” (Fl. 9).

Assevera, ainda, que o “(...) O art. 316 do CP, seja por que ótica observado, será sempre *afiançável*, sendo que nem mesmo a decretação da prisão preventiva, como **in casu** ocorreu desnecessariamente, há de ressaltar-se sempre, *não* tem os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal o condão de suprimir a afiançabilidade do art. 316 do mesmo Livro por si só.” (Fl. 11).

Aduz, de resto, que os pacientes encontram-se presos desde março de 2003.

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que seja declarada a nulidade do feito, **ab initio**.

Liminar indeferida às fls. 103/106 dos autos.

Informações prestadas às fls. 109/110.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, a questão é a da ausência de oportunização da defesa para a resposta preliminar de que cuida o art. 514 do Código de Processo Penal.

A ordem é de ser denegada.

É que a resposta prévia do réu não constitui privilégio outorgado ao funcionário público, mas, ao contrário, um sucedâneo da restrição que lhe impõe a lei em obséquio do Poder Público, permitindo ao *Parquet* o ofertamento até de denúncia nua, incompatível, por certo, com a nova ordem constitucional (art. 513 do Código de Processo Penal).

O fundamental, contudo, na espécie, é que houve instauração de inquérito policial, o que, de acordo com jurisprudência predominante dos tribunais superiores, afasta a incidência da norma inserta no art. 514 da Lei Adjetiva Penal.

A propósito, os seguintes precedentes:

“(...) A formalidade do art. 514 do CPP, de outra parte, é de ser observada quando a denúncia é instruída com documentos ou justificação a que se refere o art. 513 do mesmo diploma legal, sendo dispensável, no caso de a denúncia basear-se em inquérito policial. (...)” (HC n. 70.536-RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, *in* DJ 03.12.1993).

“Mesmo sendo o réu funcionário público, não se exige a notificação prévia contida no art. 514 do CPP quando a denúncia se estriba em inquérito policial; somente é obrigatória quando a peça vestibular vier instruída com documentos ou justificação a que se refere o art. 513 do mesmo Código” (RSTJ 73/108).

Pelo exposto, e não havendo constrangimento a ser reparado, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 35.309-RJ (2004/0063099-1)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Ana Maria Mauro — Defensora Pública

Impetrada: Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Ricardo da Silva Viana (preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. **Habeas corpus**. Falsidade ideológica. Art. 307 do CP. Acusado que declara nome e idade falsos perante a autoridade policial e o Ministério Público. Atipicidade. Exercício de autodefesa. Direito ao silêncio.

É atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, e após, ao Ministério Público, nome e idade falsos, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio.

Ordem 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 Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 21.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Ana Maria Mauro em favor de Ricardo da Silva Viana, contra acórdão da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos da Apelação Criminal n. 2003.050.04584.

O paciente foi condenado, em grau de apelação, a 5 (cinco) meses de detenção, em regime semi-aberto, porque incurso nas sanções do art. 307 do Código Penal. No que atina ao delito descrito no art. 157, § 2º, I e II, c.c. o art. 14, II, ambos do CP, a pena cominada foi de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime inicialmente fechado, mais 20 (vinte) dias-multa.

Alega a impetrante que “o réu não tem o dever de dizer a verdade sobre sua identidade, até porque, qualificá-lo é incumbência do titular da ação penal (art. 41 do CPP)” (fl. 5)

Aduz, ainda, que “o réu que falseia informações sobre sua identidade, à autoridade policial ou judicial, não comete injusto penal, por absoluta impropriedade da conduta, face aos mecanismos de identificação a disposição do Poder Público, desde a fase inquisitorial”. (Fl. 5)

Assevera, por fim, “as informações do réu sobre sua identidade, nos procedimentos criminais, por si só não têm valor probatório, assim, se mentirosas, não têm qualquer potencialidade e produzir vantagem, quanto mais processual.” (Fl. 6)

Requeru a impetrante a concessão da ordem, “a fim de absolver o paciente da infração do art. 307 do Código Penal, por absoluta atipicidade da conduta”. (Fl. 6)

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prestou as informações pertinentes (fls. 52 **usque** 71), trazendo aos autos cópias das principais peças do processo, inclusive o acórdão guerreado, que restou assim ementado (fl. 63):

“Roubo frustrado. Falsa identidade. Caracterização.

Direito de mentir ou calar a verdade sobre os fatos não se amalgama ao dever de prestar declarações fidedignas sobre sua própria identidade.

Hodiernamente, estes direitos, que expressariam um exercício de auto-defesa, hão que ser mitigados, pois a lei houve por bem cindir o interrogatório em duas partes, uma, a exigir veracidade, sobre a pessoa do acusado, outra, a possibilitar o silêncio ou a mentira, sobre os fatos imputados.

Falsa identidade caracterizada.

Provimento do apelo ministerial e parcial do defensivo.”

Parecer da Subprocuradoria Geral da República (fls. 75 **ut** 79), opinando pela denegação da ordem, **in verbis**:

“Penal. **Habeas corpus**. Falsa identidade perante autoridade policial. Autodefesa. Crime previsto no art. 307 do Código Penal. Tipicidade.

Há o cometimento do delito previsto no art. 307 do CP quando o réu, perante a autoridade policial, apresenta-se com falsa identidade.

Não há que se falar em atitude de autodefesa, para alegar que tal conduta poderia estar amparada pelo art. 5º, LXIII, da CF/1988, pela garantia constitucional de permanecer calado, pois este somente abrange os fatos imputados ao réu, e não sua própria identidade.

Parecer pela denegação do *writ*.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O pedido cinge-se na possibilidade, legítima, de o réu calar a verdade sobre sua qualificação, no momento de sua prisão em flagrante delito.

A princípio, esclareço que a falsa identidade ocorreu perante a autoridade policial e o Ministério Público, e não em seu interrogatório judicial, pelo que se depreende do pórtico acusatório (fls. 16/17).

Assim, afigura-se-me escorregada a tese levantada pela impetrante, segundo a qual é atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, e após, ao Ministério Público, nome e idade falsos, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. HC. Roubo qualificado. Liberdade provisória. Ausência de concreta fundamentação. Motivação fulcrada na gravidade do delito. Subsumida no tipo. Necessidade da custódia não demonstrada. Falsa identidade. Não-configuração. Autodefesa. Trancamento da ação penal. Ordem concedida.

Omissis

Não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, *ex vi* do art. 5º, LXIII, da CF/1988.

Precedentes.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 36.849-DF, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 09.02.2005)

“Penal. HC. Falsa identidade. Não-configuração. Autodefesa. Ordem concedida.

I - Não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, **ex vi** do art. 5º, LXIII, da CF/1988. Precedentes.

II - Ordem concedida, para reconhecer a atipicidade da conduta do réu.” (HC n. 33.900-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.08.2004)

“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 a 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 art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

2. Recurso provido.” (REsp n. 432.029-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 02.08.2004)

No mesmo sentido, são os ensinamentos de **Celso Delmanto**, que ao comentar o art. 307 do Código Penal, obtempera:

“Polêmica é a questão acerca da inculcação, por parte de quem é preso ou acusado, de falsa identidade. Em nosso entendimento, o acusado que mente sobre sua identidade não comete o crime do art. 307 do CP por duas razões: a) São constitucionalmente garantidos o direito ao silêncio (CR/1988, art. 5º, LXIII, e § 2º) e o de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se (PIDCP, art. 14, 3, g) ou a declarar-se culpado (CADH, art. 8º, 2, g). Como lembra **David Teixeira de Azevedo**, ‘o falar à verdade equivale a silenciar sobre ela, omiti-la’, pois ‘sob o plano ético-axiológico, como adequação da coisa à escala valorativa... o que é mais valioso tem precedência ontológica sobre o menos valioso’ (‘O Interrogatório do Réu e o Direito ao Silêncio’, in RT 682/288), b) Conforme já decidido pelo TACrSP, em acórdão unânime da lavra do juiz, hoje desembargador, Gentil Leite (Ap n. 172.207, j. 07.03.1978, cuja ementa foi publicada na RT 511/402), embora a expressão vantagem, mencionada neste art. 307, incluía tanto a patrimonial como a moral, não abrange ‘o simples propósito de o delinqüente procurar esconder o passado criminal, declinando nome

fictício ou de terceiro (real), perante autoridade pública... ou particular'. Isto porque 'quem assim age, visa a obter vantagem de natureza processual, comportamento que, a constituir delito, deveria estar previsto no Capítulo II do Título XI do CP referente aos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública, ou no Capítulo III, que prevê infrações contra a Administração da Justiça'. Não haveria, portanto, o dolo específico exigido pelo tipo." (in "Código Penal Comentado", 6ª ed., Renovar, 2002, p. 611)

Assim, é atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, e após, ao Ministério Público, nome e idade falsos, pois exerce direito legítimo de autodefesa, resguardado pela Constituição Federal, consubstanciada no direito ao silêncio.

Posto isso, **concedo** a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 39.026-RS (2004/0149009-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Flávio Luz e outro

Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Pacientes: Rogério Bertelli e Osmar Mucillo

EMENTA

Penal. Processos no Tribunal (ordem). Processo adiado. Extenso decurso de tempo até a efetivação do julgamento. Nova intimação (falta). Defesa (falta). Nulidade (absoluta).

1. O adiamento, em princípio, não implica nova intimação.

2. Passados, no entanto, oito meses entre o adiamento do julgamento da apelação e a retomada do curso do processo, correta a alegação da defesa de ter sido surpreendida e de ter sofrido prejuízo ante a ausência de nova intimação para o julgamento.

3. A falta de defesa constitui nulidade absoluta, fato que impõe a realização de novo julgamento, precedido, obviamente, da intimação mediante a publicação do respectivo ato.

4. **Habeas corpus** concedido.

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 Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 26.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em processo por apropriação indébita previdenciária, com sentença condenatória, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à apelação da defesa em 17.08.2004, tendo sido apresentados embargos de declaração, nos quais se argüiu de nulo o julgamento. Veja-se em suma:

“1. Como parece bem sabido, ‘a publicação da pauta de julgamentos antecederá 48 (quarenta e oito) horas, pelo menos à sessão em que os processos possam ser chamados e será certificada nos autos’...

(...)

2. No caso, essas formalidades foram efetivamente obedecidas até a inclusão do processo na pauta do dia 09.12.2003, quando o julgamento foi adiado ‘por indicação do Relator’.

3. Seguiram-se, então, inúmeras diligências — publicação de diversos despachos, várias remessas dos autos para vista do Ministério Público Federal, requisição de informações ao INSS, pronunciamentos da Autarquia Previdenciária, manifestações das partes, etc. — até que, surpreendentemente, transcorridos nada menos do que 8 (oito) meses desde o adiamento, em 17.08.2004 o feito foi apresentado em mesa e julgado, como se os incidentes relatados simplesmente não tivessem ocorrido: nenhuma notícia para a defesa, sequer designação de dia para julgamento e menos ainda publicação de pauta, nada!

4. É certo que, em princípio, o processo incluído em pauta pode ser julgado em sessão subsequente, independentemente de nova publicação,

pois admite-se que é dever das partes acompanhar o andamento do seu feito salvo, porém, em situações como a que se configurou na espécie, em que a defesa incontestavelmente acabou sendo colhida de total surpresa ficando impedida inclusive de apresentar memoriais e, principalmente, de produzir sustentação oral, como era seu desejo e inegável direito fazer (CPP, arts. 610, parágrafo único, e 613, II).”

Todavia, os embargos foram rejeitados. Eis a ementa do acórdão:

“1. São admissíveis embargos declaratórios como o meio processual adequado para o reconhecimento de nulidade do julgamento por ausência de intimação do defensor do acusado.

2. O processo, uma vez incluído em pauta de julgamento, com regular publicação, e adiado a pedido de defesa, poderá ser levado à apreciação em qualquer sessão seguinte, independentemente de nova intimação das partes.

3. Embargos improvidos.”

Veio o caso ter ao Superior Tribunal no presente **habeas corpus**, com a alegação de que a defesa fora surpreendida, daí, consoante a petição inicial, “não teve a mínima chance de oferecer memoriais, de se fazer presente ao julgamento e de proferir sustentação oral, com o que houve inegável cerceamento de defesa, circunstância que nulifica o julgamento”.

Foi requerida liminar, “para o fim de sustar o início do processo de execução criminal, até que a colenda Turma do Superior Tribunal de Justiça aprecie e conceda a presente ordem de **habeas corpus**, tudo com arrimo no devido processo legal”. Foi a liminar por mim deferida.

Ao final, pediram os impetrantes “seja concedida a ordem de **habeas corpus** aos pacientes, cassando o acórdão exarado na Apelação Criminal n. 2000.71.00.014264-9, da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e determinando seja a apelação novamente apreciada”.

Parecer ministerial pela denegação da ordem, de acordo com esta ementa:

“Adiado o julgamento do recurso de apelação, a pedido da Defesa, regularmente intimada da sua inclusão em pauta, o feito pode ser levado à apreciação do Órgão colegiado em qualquer sessão subsequente, independente de nova publicação, devendo o Defensor diligenciar no sentido do acompanhamento da apresentação do processo em mesa.

Nova publicação apenas se faz imprescindível quando o feito é retirado de pauta. Precedentes.

Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De fato, está atestado, mediante a certidão relativa à sessão de 09.12.2003 do Tribunal Regional, que o julgamento foi adiado por indicação do Relator. Eis, no entanto, este tópico da petição do presente **habeas corpus**: “Os réus, através do seu defensor constituído, pediram adiamento do julgamento em 05.12.2003, objetivando a realização dos memoriais frente aos inúmeros documentos juntados com o recurso de apelação e a pretensão da defesa técnica de produzir sustentação oral, consoante fl. 1.578”. Ao que se cuida, portanto, o adiamento se deveu a pedido da defesa, e isso constou dos embargos de declaração: “... ressalto que o feito só foi adiado porque houve pedido expresso da defesa para tanto, sob o argumento de que pretendia oferecer memoriais”. Também é exato tenha o processo sido apresentado em mesa na sessão de 17.08.2004. Entre a data de 09.12.2003 e a sessão de julgamento, lá se foram oito meses. Isso teria acarretado o prejuízo apontado pela defesa (“a defesa incontestavelmente acabou sendo colhida de total surpresa”)?

Há, entre nós, jurisprudência do seguinte teor: I - “o simples adiamento do julgamento do recurso, sem retirada de pauta, dispensa — em princípio — a publicação de nova intimação das partes” (HC n. 34.793, Ministro Felix Fischer, DJ 02.08.2004); II - “incluído o processo em pauta, intimadas as partes, mas apreciada apenas matéria preliminar, sendo adiado o exame do mérito sem indicação de data, realizado o julgamento sem que se processe à nova intimação, cerceou-se o direito de defesa do réu” (REsp n. 66.026, Ministro Costa Lima, DJ 28.08.1995); III - “deve ser reconhecida a nulidade do julgamento do recurso de apelação para o qual não foi intimada a defesa, tendo em vista anteriores pedidos de adiamento, abertura de vistas para análise e complementação de peças e sustentação oral, os quais foram integralmente deferidos pelo Relator. Caracteriza-se o cerceamento de defesa e a ocorrência de prejuízo, eis que frustrada a oportunidade de sustentação oral” (HC n. 10.816, Ministro Gilson Dipp, DJ 21.08.2000).

Quase sempre a orientação é a que foi lembrada pelo Ministro Fischer: a de que não se requer sejam de novo intimadas as partes e os seus advogados. Quase sempre, porém nem sempre, tanto que ali se escreveu que o adiamento, *em princípio*, não implica nova intimação. Casos há, porém, em que essa não-intimação pode acarretar prejuízo à defesa. Foi o entendimento do Ministro Dipp. É o meu também. Não deixou de sê-lo o do excelso Ministro Costa Lima.

Já que mediou bom tempo entre o adiamento (e não atrapalha o meu raciocínio se se trata ou não de pedido feito pela defesa) e a retomada do curso do processo (quando então se efetivou o julgamento da apelação), vejamos que estamos, a propósito, falando de um tempo de oito meses, é plenamente aceitável, a

meu juízo, a alegação de surpresa, isto é, de que a defesa foi surpreendida com a realização daquele julgamento. Daí ser igualmente aceitável a alegação de que se verificou prejuízo; aceitável, então, a idéia de falta de defesa — falta que constitui nulidade absoluta.

Concedo, pois, a ordem, determinando novo julgamento da apelação, precedido, claro é, da intimação pela publicação do respectivo ato.

HABEAS CORPUS N. 39.473-PB (2004/0159300-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Joaquim Lopes Vieira

Impetrada: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Paciente: Fabiano Márcio Rodrigues

EMENTA

Suspensão do processo em caso de desclassificação (possibilidade).

1. Ainda que a desclassificação da infração penal se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoquem os institutos previstos na Lei n. 9.099, de 1995.

2. Precedentes do Superior Tribunal.

3. **Habeas corpus** deferido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 24 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi a lesão corporal de natureza grave desclassificada, durante o julgamento da apelação, para lesão corporal de natureza leve, e então ficou estabelecido o seguinte:

“Ante o exposto, considerando as circunstâncias judiciais e legais, previstas no art. 59 do Código Penal, devidamente analisadas na sentença, que adoto como razão de decidir, fixo a pena-base em 6 (seis) meses de detenção. A citada pena fica aumentada de 2 (dois) meses, em virtude da circunstância agravante do motivo fútil, prevista no art. 61, inciso II, alínea **a**, do Código Penal, totalizando 8 (oito) meses de detenção. Por outro lado, diminuo a pena em 2 (dois) meses, em face da circunstância atenuante do art. 65, inciso III, alínea **d**, do Instituto Punitivo Pátrio, pois o réu confessou espontaneamente o delito, tornando-a definitiva em 6 (seis) meses de detenção, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição, devendo o seu cumprimento ocorrer em regime aberto, na Cadeia Pública de Conceição.

Embora a pena ora aplicada seja inferior a um ano e a prova demonstre ser o réu primário, deixo de procederá sua substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, pois entendo que os motivos e as circunstâncias em que se consumou o delito, não indicam que essa substituição seja suficiente. Atente-se que o réu agiu deliberadamente para a prática delituosa, por motivo fútil. E isto é o que evidencia a prova dos autos, posto que, momentos antes de consumir o crime, o réu, sem nenhuma justificativa para sua conduta, dirigiu-se a sua residência e armou-se com um revólver, para em seguida, disparar contra a vítima.

Entendo, assim, que neste caso deve ser aplicada a suspensão condicional da pena, com fulcro no art. 77 do instituto punitivo, uma vez que o réu preencheu os requisitos para a obtenção do benefício, pelo período de 3 (três) anos e de acordo com as condições impostas na sentença de 1^o grau.”

Quer agora o impetrante sejam baixados os autos da ação penal ao Juizado da Comarca de Conceição, na Paraíba, para que lá se ofereça proposta de transação. Pedi a opinião do Ministério Público Federal, que se manifestou da seguinte forma:

“1. Nos termos da jurisprudência do STJ e do STF, operada a desclassificação do crime, por ocasião da sentença, para outro crime que enseje a suspensão condicional do processo, é de ser dada oportunidade ao MP para

oferecimento da respectiva proposta. 2. Pelo mesmo fundamento, na hipótese de o réu lograr a desclassificação apenas em 2ª instância, e para crime de menor potencial ofensivo, os autos deverão ser remetidos ao Juizado Especial Criminal, que se torna competente para conhecer do caso. Parecer no sentido de ser concedida a ordem, para anular o acórdão e determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Quando da apelação, o entendimento acolhido foi o da suspensão da pena, mas o impetrante quer que se ofereça ao paciente a proposta de transação oriunda da Lei n. 9.099, de 1995.

Verificada a desclassificação em 2º grau, a nossa compreensão tem sido a seguinte: I - “operada, pelo Conselho de Sentença, a desclassificação do delito para lesão corporal grave (art. 129, § 1º, inciso II, do CP), deve o juiz-processante conceder ao Ministério Público oportunidade para propor a suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais” (HC n. 24.677, Ministro Paulo Medina, DJ 05.04.2004); II - “é viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória” (REsp n. 647.228, Ministro Felix Fischer, DJ 25.10.2004); III - “ainda que a desclassificação da infração penal se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoque, por exemplo, o instituto da suspensão do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89)” (REsp n. 679.526, Ministro Nilson Naves, sessão de 19.04.2005).

Tais as circunstâncias, impõe-se mesmo a ida dos autos da ação penal a juizado especial, onde não de ser convocados os institutos pertinentes, conforme a opinião do Ministério Público. Concedo, por isso, em parte, a ordem para que os autos da ação penal baixem ao Juizado de Conceição, na Paraíba.

HABEAS CORPUS N. 39.557-RJ (2004/0161083-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrantes: Fernando Fragoso e outro

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: José Augusto de Araújo Leal

Sustentação oral: Cristiano Fragoso, pelo paciente

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra a honra praticado por meio de publicação na imprensa. Lei n. 5.250/1967. Incidência. Sujeito ativo. Qualidade. Matéria paga. Irrelevância. Extinção da punibilidade. Decadência do direito de queixa.

1. Aplica-se a Lei n. 5.250/1967 aos crimes contra honra praticados por intermédio da imprensa e, não, o Código Penal, independentemente de ser ou não o autor do delito profissional da informação ou de se tratar de matéria paga.

2. Impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade, pela decadência do direito de queixa, uma vez que a Lei de Imprensa, em seu art. 41, § 1º, estabelece o prazo de 3 meses para o oferecimento da peça acusatória, que, no caso, ocorreu em 29 de julho de 2003, sendo a publicação da reportagem tida por ofensiva se dado em 11 de fevereiro do mesmo ano.

3. **Habeas corpus** concedido para declarar extinta a punibilidade, pela decadência do direito de queixa, na ação penal de que aqui se cuida.

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, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de José Augusto de Araújo Leal, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que denegou o *writ* ali formulado.

Colhe-se dos autos que contra o paciente foi oferecida queixa pela prática dos crimes previstos nos arts. 138 e 139, combinados com o art. 70, todos do Código Penal.

Busca a impetração ver declarada a extinção da punibilidade, pela decadência do direito de queixa, alegando que a peça acusatória teria sido ofertada após o prazo previsto no art. 41, § 1º, da Lei n. 5.250/1967.

Aduzem os impetrantes, ainda, em síntese, que “a circunstância da matéria jornalística reputada criminosa ter sido paga ou ‘encomendada’ não exclui o âmbito de aplicação da Lei de Imprensa, como equivocadamente sustenta o acórdão ora atacado”, acentuando que “os crimes de imprensa podem ser praticados por qualquer pessoa, independente da qualidade de jornalista” (fls. 10/11).

Dispensadas as informações, a Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus.** Penal. Crimes contra a honra. Lei de Imprensa. Matéria jornalística paga. Lei n. 5.250/1967. Qualidade do autor. Não-importância. Concessão da ordem.

O que determina o enquadramento de uma conduta criminosa como crime de imprensa não é a qualidade de seu autor, mas, sim, a utilização de algum meio de comunicação para tal fim. **In casu**, pouco importa se a matéria veiculada tenha sido encomendada e paga, pois o que importa é que a mesma tenha sido difundida pela imprensa para que se reconheça a aplicabilidade da Lei n. 5.250/1967.

Uma vez aplicável o § 1º do art. 41 da Lei de Imprensa, forçoso é reconhecer a extinção da punibilidade do paciente pela incidência da decadência do direito de queixa.

Parecer pela concessão da ordem.” (Fl. 84)

Em 13 de janeiro de 2005, o impetrante pediu liminar para suspender audiência marcada para o dia 2 de fevereiro seguinte, sendo a pretensão acolhida.

Os autos foram encaminhados novamente ao Ministério Público Federal, que reiterou o parecer antes exarado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Têm razão os impetrantes.

Consta dos autos que contra o paciente foi oferecida queixa-crime pela prática dos crimes previstos nos arts. 138 e 139, combinados com o art. 70, todos do

Código Penal, em razão de matéria publicada no *Jornal de Paraty*, em sua 360ª ed., sob o título “Salvando o Saco do Mamangá”.

Assim, tem-se que foi imputado ao paciente o cometimento de crime contra honra praticado por intermédio da imprensa, o que atrai a incidência da legislação especial, isto é, a Lei n. 5.250/1967 e, não, do Código Penal.

Com efeito, se o fato considerado ofensivo à honra da vítima foi veiculado em meio de comunicação, independentemente de ser ou não profissional o apontado autor do delito, caracteriza-se o crime de imprensa.

Veja-se a doutrina:

“Caracterização do crime de informação

A lei de informação é lei especial e o crime de informação tem por base o princípio da especialização, isto é, a figura típica prevista na lei especial reproduz a mesma figura típica da lei geral, com uma característica acrescida que lhe dá forma especial, vida própria.

Qual a característica?

A resposta é dada pelo art. 12 e parágrafo único da Lei n. 5.250.

‘Art. 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Parágrafo único. São meios de informação e divulgação, para os efeitos deste artigo, os jornais e outras publicações, os serviços de radiodifusão e os serviços noticiosos.’

Portanto, o que caracteriza um crime de informação é ser ele praticado através de um meio de informação, pouco importando quem seja o sujeito ativo, se profissional da imprensa ou não.

Vale dizer, se o meio usado para a ofensa for um veículo de informação, pouco importa a figura ou a qualificação do autor, pois teremos um crime especial, previsto em lei especial.” (“Crimes contra a Honra”, **Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha**, Editora Saraiva, 2ª ed., 2000, pp. 204/205)

“Os crimes contra a honra praticados pela imprensa, rádio ou televisão estão sujeitos à Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 09.02.1968) e ao Código de Telecomunicações (Lei n. 4.177, de 27.08.1962), pouco importando que se trate de matéria paga (RT 492/322). Já se decidiu que, se o ilícito penal

está previsto nas duas leis, rege-se o fato pela lei especial, mormente prevendo esta pena mais grave (RT 523/404). Também se entendeu, porém, que, se os fatos incriminados foram posteriormente divulgados por meio da imprensa, não se afasta a lei comum, pois a tipicidade criminal correspondente consumou-se no primeiro momento (RT 545/349, 510/361). É também considerado crime de imprensa a ofensa praticada através de um meio de comunicação, mesmo que não tenha sido o autor profissional de imprensa (RT 500/344).” (“Manual de Direito Penal”, Parte Especial, **Júlio Fabbrini Mirabete**, Editora Atlas, 2005, 23ª ed, pp. 159/160)

“2.00. *Crime de imprensa e crime comum contra a honra*

2.01. *Distinção*

Nelson Hungria ensina que se costuma ‘falar em crimes de imprensa, mas não se deve concluir daí que se trata de uma família autônoma de infrações penais. Os crimes de imprensa, chamados tais, não são mais do que crimes comuns praticados por meio da imprensa’ (in “Comentários ao Código Penal”, vol. VI/276, Forense, 1953). Embora não constitua ‘uma família autônoma de infrações penais’, os crimes contra a honra praticados pela imprensa, pelo rádio, e pela televisão não estão sujeitos à disciplina jurídica do Código Penal (art. 360) (**Heleno Cláudio Fragoso**, “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, vol. 1/206, 1976). Regem-se pela Lei n. 5.250, de 1967, ou pelo Código de Telecomunicações. É evidente, portanto, que o meio empregado pelo ofensor para lesar a honra alheia serve para distinguir os crimes comuns dos crimes de imprensa, não ficando, assim, ao inteiro arbítrio do ofendido ajustar indiferentemente as condutas ofensivas à sua honra a esta ou àquela tipologia, máxime porque as regras, de Direito Material e de Direito Processual, aplicáveis aos crimes comuns contra a honra e aos delitos de imprensa, divergem em pontos de relevância. (TACRIM-SP HC Relator Silva Franco, JUTACRIM 74/74).”

“Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”, **Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2001, Volume 2, p. 2.212).

“1.00. *Sujeitos do crime*

1.01. *Sujeito ativo*

Nota da doutrina

Qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo nos crimes elencados pela Lei de Imprensa, não se exigindo, para tanto, nenhuma especial qualidade. Vale

acentuar, sob esse enfoque, que não é exigível sequer do agente a condição de profissional da informação.” (Obra citada, p. 2.218)

E a nossa jurisprudência:

“**Habeas corpus.** Direito Processual Penal e Direito Penal. Delitos contra a honra. Crime de imprensa. Procedimento especial. Inobservância. Preconceito de religião. Crime de ação pública. Ilegitimidade ativa da parte. Nulidade **ab initio**. Atipicidade objetiva e subjetiva do fato. Ocorrência. Trancamento da ação penal.

1. À luz do princípio da especialidade, por força do qual **lex specialis derogat lex generalis**, em concorrendo à incidência, em tema de crime contra a honra, normas do Código Penal e da Lei n. 5.250/1967, tem lugar a caracterização do delito de imprensa, sobre a qual falta à parte ofendida poder de disponibilidade, efeito que é de incidência legal, impondo-se também à observância as normas processuais relativas ao delito especial.

2. O art. 41 do Código de Processo Penal, estatuto de validade da acusatória inicial, em obséquio do direito de defesa, assegurado na Constituição da República, requisita a ‘exposição da fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas’.

3. É indispensável ao regular exercício da ação penal que a queixa ou denúncia esteja fundada em um mínimo de prova, que lhe assegure a viabilidade.

4. Não há falar em crime, se o fato imputado se oferece, de forma manifesta, atípico, objetiva e subjetivamente.

5. Os crimes de preconceito de cor, raça e religião são de ação pública.

6. Ordem concedida, para o trancamento da ação penal.” (HC n. 28.375-SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 22.03.2004)

Por último, esse quadro não se modifica pela circunstância, ressaltada no acórdão atacado, de que se trata de matéria paga a publicação dita ofensiva, pois a veiculação através de órgão de imprensa, como visto, é que submete a conduta à Lei n. 5.250/1967.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade, pela decadência do direito de queixa, uma vez que a Lei de Imprensa, em seu art. 41, § 1º, estabelece o prazo de 3 meses para o oferecimento da peça acusatória, que, no caso, ocorreu em 29 de julho de 2003, sendo a publicação da reportagem tida por ofensiva se dado em 11 de fevereiro do mesmo ano.

Ante o exposto, concedo a ordem para declarar extinta a punibilidade, pela decadência do direito de queixa, na ação penal de que aqui se cuida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 39.829-RJ (2004/0167252-6)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Flávia Brasil Barbosa do Nascimento — Defensora Pública

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: G. da S. T. L. (internado)

EMENTA

Menor. Ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. Confissão. Desistência de produção de outras provas (impossibilidade). Nulidade (ocorrência).

1. Mesmo após confissão, não pode o juiz, no curso da instrução, dispensar outras provas, sob pena de cerceamento de defesa.

2. A ampla defesa e os meios a ela inerentes são processualmente indeclináveis, deles não se abrindo mão; portanto não se admite, em relação a eles, haja renúncia.

3. Ordem concedida para anular a sentença.

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, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 31 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tomo aqui por relatório o do parecer do Ministério Público Federal. Ei-lo:

“1. Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Flávia Brasil Barbosa do Nascimento, em favor do menor G. da S. T. L., contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de obter a imediata liberação deste, com a cassação de decisão que manteve o paciente sob o regime de semiliberdade.

2. Cumpre ressaltar que o paciente fora representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

3. O Julgador monocrático, em audiência de apresentação, após a confissão do menor e a dispensa de produção de outras provas tanto pelo *Parquet*, como pela defesa, encerrou a instrução e julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de semiliberdade (fls. 75/76).

4. Inconformada, a defesa impetrou **habeas corpus** no egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo a colenda Câmara, à unanimidade, denegado a ordem (fls. 84/87).

5. Na presente impetração, sustenta-se, em síntese, a nulidade da sentença, eis que o ilícito não pode ficar positivado só com a confissão, sem a necessária dilação probatória, pois estaria violando os dispositivos normativos dos arts. 110 e 186, § 2º, ambos do ECA, e o princípio constitucional no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Afirma, ainda, que a decisão prolatada, ao impor restrições às saídas do menor nos finais de semana, contrariou o art. 120 da Lei n. 8.069/1990.”

Em conclusão, o parecer é pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Do parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira colho os seguintes fundamentos, **in verbis**:

“6. A irresignação merece prosperar.

7. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, dispõe que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.’

8. Nesse sentido, o art. 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que ‘nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem devido processo legal’.

9. Com efeito, consoante consolidado entendimento dessa Corte, o direito à ampla defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita o cometimento da infração e queira cumprir pena.

10. Noutra senda, o respeito ao devido processo legal também interessa ao Estado, representado na figura do *Parquet*, na medida em que busca o esclarecimento dos fatos, não punindo o inocente.

11. No caso em tela, o Juízo Menorista, ao encerrar a instrução e julgar procedente a representação, após confissão do representado e desistência de produção de outras provas pelas partes, impossibilitou o exercício do direito irrenunciável à ampla defesa, o que importa na nulidade do feito.

12. Na mesma linha, vale colacionar os seguintes julgados desse Superior Tribunal de Justiça:

‘Criminal. ECA. Roubo qualificado. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Cerceamento do direito de defesa. Irrenunciabilidade. Princípio constitucional. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

I - Hipótese em que, diante da confissão da prática do ato infracional feita pelos adolescentes, desistiu-se da produção de outras provas, o que foi homologado pelo juiz monocrático.

II - O direito de defesa é consagrado na Constituição Federal, na parte que dispõe que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’.

III - A tutela do direito de impugnar acusação de eventual prática de delitos ou, como ocorre **in casu**, de ato infracional, interessa, também, ao Estado, na medida em que se procura esclarecer os fatos em busca da verdade real.

IV - O direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou o representado, seu advogado, ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita a acusação e pretenda cumprir a pena.

V - A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu,

sendo que a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal.

VI - Deve ser anulada a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra os pacientes, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, determinando-se que os adolescentes aguardem o desfecho do processo em liberdade assistida, prejudicadas as demais alegações.

VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.' (HC n. 38.994-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 09.02.2005)

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico ilícito de entorpecentes. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Cerceamento do direito de defesa configurado. Direito indisponível. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Materialidade delitiva não comprovada. Precedentes do STF e do STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o direito de defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é irrenunciável, ou seja, as partes litigantes não podem dele dispor.

2. O respeito aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa interessa também ao Estado, representado na figura do Ministério Público, na busca do esclarecimento dos fatos e da verdade real. Assim, o juízo menorista, ao homologar a desistência das partes de produzirem provas durante a realização da audiência de instrução, feriu diametralmente o direito constitucional da ampla defesa assegurado ao paciente.

3. É absoluta a nulidade consistente na prolação de sentença condenatória sem a juntada do laudo toxicológico definitivo, do que dispõe o art. 25 da Lei n. 6.368/1976.

4. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem concedida para determinar a anulação do **decisum** que julgou procedente a representação ministerial oferecida contra o paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o menor aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo.' (HC n. 36.238-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, 11.10.2004)

13. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela concessão do *writ*."

Aos precedentes oriundos da Quinta Turma citados, acrescento, da Sexta Turma, o HC n. 38.551, da relatoria do Ministro Paulo Medina, DJ 06.12.2004, de ementa seguinte:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. Semiliberdade. Confissão. Desistência de produção de outras provas. Cerceamento de defesa. Constrangimento ilegal evidenciado.

O direito ao contraditório e à ampla defesa são consagrados no texto constitucional.

A confissão da prática de ato infracional não exige o juiz de colher outras provas. Seja qual for a sua clareza, não se pode jamais considerá-la exclusivamente para efeito de uma condenação, sem confrontá-la com outros elementos, que possam confirmá-la ou contraditá-la.

O direito de defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o acusado, seu advogado, o Ministério Público, pois o Estado/Juiz deve sempre buscar a verdade dos fatos.

Writ concedido para anular a decisão que não respeitou os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, determinando-se que o adolescente aguarde o desfecho do processo em liberdade.”

Seguindo a orientação dos precedentes, voto pela concessão da ordem ora impetrada com o intuito de declarar nula a sentença, devendo a instrução ser retomada; em consequência, determino que o adolescente aguarde o desfecho do processo em liberdade assistida.

HABEAS CORPUS N. 41.508-SP (2005/0017389-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Euro Bento Maciel Filho

Impetrada: Sexta Câmara Criminal de Férias de Julho/2004 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Renato Dal Evedove

Sustentação oral: Euro Bento Maciel Filho, pelo recorrente

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Sentença que determinou a prisão somente após o trânsito em julgado da condenação. Interposição

de recursos especial e extraordinário. Execução provisória. Impossibilidade.

1. Diante do majoritário entendimento desta Sexta Turma em inadmitir a chamada execução provisória da pena, não se pode determinar a execução da sentença condenatória, senão após o efetivo trânsito em julgado do **decisum**;

2. As informações prestadas pela instância anterior noticiam que foram interpostos os recursos especial e extraordinário; assim, a par de ter permanecido o paciente em liberdade durante toda a instrução criminal, bem como durante a fase recursal ordinária, diante da inexistência de trânsito em julgado da condenação imposta, é de se conferir a ordem pretendida;

3. Ordem concedida para garantir ao paciente salvo-conduto, com o imediato recolhimento dos mandados de prisão expedidos, ou alvará de soltura, se for o caso, até o trânsito em julgado da condenação.

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, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Renato Dal Evedove, contra decisão da Sexta Câmara Criminal de Férias Julho/2004 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a impetração que o paciente respondeu em liberdade ao processo que lhe é movido, pela suposta prática da conduta descrita no art. 214 c.c. os arts. 224, **a**, e 226, inciso II, todos do Código Penal.

O Magistrado de 1ª grau, não obstante a condenação imposta, garantiu-lhe o direito de apelar em liberdade, determinando sua prisão somente após o trânsito em julgado do **decisum**.

No julgamento da apelação interposta unicamente pela defesa, determinou a Corte estadual, ao negar-lhe provimento, a imediata expedição de mandado de prisão, ainda que não houvesse ocorrido o respectivo trânsito em julgado, haja vista a oposição de embargos de declaração.

Pugna pela concessão de salvo-conduto em favor do paciente, com o recolhimento de todos os mandados de prisão expedidos contra si.

Liminar deferida (fls. 142/143), garantindo-lhe a liberdade até o julgamento dos embargos de declaração opostos.

Rejeitados os embargos e diante da oposição de novos declaratórios, requereu-se a manutenção da liberdade do paciente até o julgamento deste novo recurso, providência, todavia, que restou indeferida por esta relatoria (fl. 167).

Informações prestadas (fls. 169/236 e 244/259).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 238/239), em parecer assim ementado:

“Impetração originária. Argüição de ilegalidade da decretação de prisão contra condenado quando não exaurida a instância ordinária. Réu que permaneceu solto durante toda a instrução probatória, sendo-lhe assegurado o direito de apelar em liberdade. Pendência de julgamento de embargos de declaração. Precedentes. Parecer para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o exaurimento da instância ordinária.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. A ordem deve ser concedida.

2. Entendia eu que a sentença do Juiz de 1ª grau não poderia, sob pena de resultado teratológico, vincular a decisão que venha a ser eventualmente tomada pela instância superior.

Assim, ainda que condicionasse o magistrado singular o início do cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado da condenação, em nada limitaria o Tribunal, órgão que lhe é hierarquicamente superior, sendo possível, pois, à Corte de Justiça, após o julgamento do recurso ordinário, determinâr a imediata execução da pena, mesmo que pendente recurso dirigido a este Superior

Tribunal de Justiça — ou ao Supremo Tribunal Federal —, posto que carente de efeito suspensivo (e.g., HC n. 39.241-RJ, DJ 21.03.2005; HC n. 38.855-SC, DJ 14.03.2005).

Todavia, diante do majoritário entendimento desta Sexta Turma em inadmitir a chamada execução provisória da pena, máxime quando inexistente recurso de acusação, passei a acompanhar tal entendimento, de maneira a não permitir o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória, senão após o efetivo trânsito em julgado do **decisum**.

Observe-se:

“Penal e Processo Penal. **Habeas corpus**. Condenação. Não-determinação de recolhimento à prisão. Apelação. Expedição de mandado de prisão. Fundamentação. Motivação insuficiente. Recorrer em liberdade. Possibilidade. Efeito suspensivo. Inexistência. Cumprimento provisório de pena. Inconstitucionalidade. Execução da pena condicionada ao trânsito em julgado. Apelação exclusiva dos réus. Tribunal **a quo**. Sanção. Determinação. Execução. **Reformatio in pejus**. Impossibilidade. Ordem concedida.

As decisões judiciais devem ser necessariamente motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Diante dos princípios constitucionais do estado de inocência e devido processo legal, não subsiste o art. 637 do Código de Processo Penal, pois não recepcionado pela Constituição da República.

O art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990 estabelece regras gerais sobre os recursos especial e extraordinário, e, frente aos princípios constitucionais do estado de inocência e devido processo legal e à Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), não abarca esses recursos quando encerrarem matéria penal cujo conteúdo tenda a afastar ou modificar a pena imposta.

Inteligência dos princípios da máxima efetividade e da interpretação conforme a Constituição, cânones da hermenêutica constitucional.

Dispondo a sentença condenatória — transitada em julgado para a acusação — que o réu pode recorrer em liberdade, não pode o Tribunal **a quo**, em apelação exclusiva da defesa, piorar a situação do condenado, para determinar a imediata execução da reprimenda, pois caracteriza **reformatio in pejus**. Ordem concedida.” (HC n. 39.065-RO, Relator Ministro Paulo Medina, *votação unânime da qual participei*, DJ 1º.08.2005).

3. No caso **sub examine**, as informações prestadas pela instância anterior noticiam que foram interpostos os recursos especial e extraordinário, em processamento naquele Tribunal estadual (fl. 244).

Assim, a par de ter permanecido o paciente em liberdade durante toda a instrução criminal, bem como durante a fase recursal ordinária, diante da inexistência de trânsito em julgado da condenação imposta, é de se conferir a ordem pretendida.

4. Dessarte, *concedo* a ordem, garantindo-se salvo-conduto ao paciente, com o imediato recolhimento dos mandados de prisão expedidos, ou alvará de soltura, se for o caso, até o trânsito em julgado da condenação.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 18.116-SP (2005/0120859-5)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Paulo Roberto Araújo

Advogado: Rony Vainzof

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EMENTA

Recurso em **habeas corpus**. Penal. Art. 241. Internet. Sala de bate papo. Sigilo das comunicações. Inviabilidade. Trancamento do inquérito policial. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Inadequação da via eleita.

1. A conversa realizada em “sala de bate papo” da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.

2. O trancamento do inquérito policial em sede de recurso em **habeas corpus** é medida excepcional, somente admitida quando constatada, **prima facie**, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.

3. Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juízo monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo *Parquet* nos autos, sob pena de trancamento da ação penal.

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, negar provimento ao recurso, porém, recomendou ao juízo da 4ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, a realização da imediata perícia requerida pelo *Parquet* nos Autos de n. 2002.61.81.004444-2, sob pena de trancamento da ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso ordinário interposto em benefício de Paulo Roberto Araújo, contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, por maioria de votos, indeferiu o *writ* originário, em acórdão que restou assim ementado (fls. 149/160):

“**Habeas corpus.** Lei n. 8.069/1980. Art. 241. Internet. Competência. Justiça Federal. Inquérito policial. Constrangimento ilegal. Inexistência.

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar o delito de divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes pela Internet, nos casos em que, iniciada sua execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, nos termos do art. 109, V, da Constituição da República.

2. A alegação de atipicidade dos fatos imputados ao paciente não restou comprovada nos autos, uma vez que depende da realização de perícia e da análise dos elementos constantes do inquérito policial.

3. Não merece prosperar a afirmação de violação ao sigilo das comunicações, uma vez que a conversa do paciente foi realizada em “sala de bate papo” da internet, de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.

4. A quebra do sigilo dos dados cadastrais do paciente junto à provedora de acesso à internet não configura constrangimento ilegal, uma vez que determinada por autoridade judicial com base na necessidade de apuração da autoria dos fatos investigados em inquérito policial.

5. Ausência de elementos nos autos que comprovem a alegação de abuso na realização da busca e apreensão e de coação ao paciente em seu interrogatório perante a autoridade policial.

6. A devolução dos equipamentos do paciente depende de nova perícia, não sendo possível atribuir à autoridade judicial a demora em sua realização.

7. Ordem de **habeas corpus** denegada.”

O acusado requer o trancamento do inquérito policial, sob o fundamento de que a prova que deu origem à investigação está viciada.

O Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso, afirmando que a simples instauração de investigação para apuração de fatos não enseja o constrangimento ilegal, bem como aduz que não existem elementos capazes de provar que a interceptação realizada seria ilícita. (Fls. 190/195)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Segundo consta dos autos está em curso procedimento administrativo policial visando à apuração de crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dos documentos acostados é verificado que a Interpol interceptou conversa do acusado em “sala de bate papo” na internet, momento em que foi noticiada a transmissão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Esta conduta funcionou como elemento condutor da instauração do referido inquérito policial.

Ao final, a investigação concluiu pela ausência de provas quanto à autoria do recorrente, porém o Ministério Público, com amparo na lei adjetiva penal, requereu novas diligências no material apreendido.

Desse modo, em 22 de julho de 2003 foram os computadores do acusado enviados à perícia, porém até a presente data não fora realizado nenhum exame.

2. Cumpre destacar quanto à utilização de prova ilícita para a instauração do inquérito policial, na qual o recorrente aduz a violação do sigilo das comunicações, que a arguição não merece prosperar.

Acertada a decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região que sobre o tema entendeu não haver o sigilo das comunicações, uma vez que a conversa fora realizada em “sala de bate papo” da internet, em que se caracteriza, em “ambiente virtual de acesso irrestrito e destinado a conversas informais”. (Fl. 21)

3. Ademais, o trancamento do inquérito policial e da ação penal em sede de recurso em **habeas corpus** é medida excepcional, somente admitida quando constatada, **prima facie**, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.

In casu, a matéria **sub exame** — a simples alegação, sem provas, de que a interceptação seria ilícita — se mostra insuscetível de ser detectada **primus ictus oculi**, mostrando-se, por conseqüência, estranha ao âmbito da angusta via do presente recurso.

Nesse sentido, o firme entendimento desta Corte Superior de Justiça:

“**Habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não evidenciada de plano. Análise sobre a materialidade dos delitos que não pode ser feita na via eleita.

1. O trancamento da ação penal pela via de **habeas corpus** é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso.

2. Narrando a denúncia fatos configuradores de crime em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na via do **habeas corpus**, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

3. A versão de inocência apresentada pelo réu é contraposta por elementos indiciários apresentados pela acusação, tais como comprovante de depósito, depoimento da vítima e de testemunha. Há evidente confronto de versões para o mesmo fato, somente deslindável por meio da instrução criminal, garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Justa causa não evidenciada.

4. Ordem denegada.” (HC n. 36.665, Sexta Turma, minha relatoria, DJ 28.11.2005)

4. Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário em **habeas corpus**. Porém, recomendo ao Juízo da 4ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, a realização imediata da perícia requerida pelo *Parquet* nos Autos de n. 2002.61.81.004444-2, sob pena de trancamento da ação penal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.381-RS (2002/0065454-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Arlindo Rodrigues Mayer e outros

Advogado: José Luís Wagner

Recorrido: Universidade Federal de Santa Maria — UFSM-RS

Procuradores: Paulo Roberto Maria de Brum e outros

EMENTA

Administrativo. Processo Civil. Servidor público. Incentivos funcionais. Lei n. 6.182/1974. Extinção. Decreto n. 1.820/1980. Direito adquirido. Inexistência. Violação do arts. 458, II, e 535 do Código de Processo Civil. Não-ocorrência.

1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

2. Conforme orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o servidor público não tem direito adquirido a regime de remuneração.

3. Não há falar em direito adquirido aos incentivos funcionais previstos na Lei n. 6.182/1974, pois o Decreto-Lei n. 1.820/1980 que os extinguiu, determinou sua absorção à remuneração dos servidores.

4. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido 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 Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região assim ementado:

“Administrativo. Incentivos funcionais previstos na Lei n. 6.182/1973. Absorção pelos salários e vencimentos em razão do Decreto-Lei n. 1.810/1980. Ausência de direito adquirido ao regime jurídico anterior.

Se não se discute sobre eventual redução ou prejuízo salarial, pelos termos da inicial, não há falar em cerceamento probatório, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito.

O regime jurídico estatutário, que disciplina o vínculo entre o servidor público e a Administração, não tem natureza contratual, em razão do que inexistente direito à inalterabilidade do regime remuneratório.

Tendo o Decreto-Lei n. 1.810/1980, ao tempo em que extinguiu, dentre outros, os incentivos funcionais criados pela Lei n. 6.183/1974, que ora se pretende ver restabelecidos, determinado a sua absorção pelos salários e vencimentos dos servidores, não há falar em violação ao direito adquirido.

A pretensa isonomia é inaplicável, consoante orientação sumulada do Pretório excelso: Súmula n. 339; ‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.’” (Fl. 157)

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados (fl. 167).

Os recorrentes apontam, preliminarmente, violação dos arts. 458, II, e 535, ambos do Código de Processo Civil, sustentando que o aresto hostilizado, mesmo instado em sede de embargos declaratórios, teria sido omissivo ao não apreciar questões oportunamente suscitadas.

No mérito, indicam violação do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, sustentando a existência de direito adquirido à percepção do “Incentivo Docente de Grau de Especialização”, que teria sido suprimido com a edição do Decreto n. 1.820/1980.

Por fim, entendem que a negativa de propiciar a produção de prova pericial, que, segundo entendem, acabou por acarrear a improcedência do pedido, consubstanciou violação da regra prevista no art. 130 do Código de Processo Civil.

Contra-razões às fls. 193/200.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não têm razão os recorrentes.

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 dos arts. 458, II, e 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 omissivo, 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 24.02.2003)

No tocante ao alegado cerceamento de defesa, a par da controvérsia não ter sido apreciada com base no disposto no art. 130 do Código de Processo Civil, tema somente suscitado em sede de embargos declaratórios, o aresto hostilizado bem afastou a aludida nulidade nos seguintes termos:

“Verifico que, não obstante tenha a sentença se debruçado no trabalho de descaracterizar redução de salários dos autores, não foi tal matéria

vertida na inicial. A tese era de violação do direito adquirido e do princípio isonômico. Deixo, **prima facie**, assentada tal circunstância, para o fim de afastar a alegativa de cerceamento probatório por indeferimento de prova pericial. Destarte, se não se discute sobre eventual redução ou prejuízo salarial, pelos termos da inicial, não há falar em cerceamento probatório, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito.” (Fl. 155)

Quanto ao mais, o Tribunal de origem, ao deixar assentado que o servidor público não possui direito adquirido ao regime de remuneração, decidiu em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê:

A) “Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos civis. Gratificação de regência de classe.

O servidor público tem direito adquirido ao **quantum** remuneratório, mas não ao regime jurídico de composição dos vencimentos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

A redução no percentual de cálculo da gratificação de regência de classe por meio de lei, respeitada a irredutibilidade de vencimentos, não constitui ofensa a direito adquirido.

Recurso ordinário a que se nega provimento.” (RMS n. 13.661-MS, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ 29.03.2004).

B) “Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Irredutibilidade de vencimentos. Incorporação de vantagens.

1. Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico.

2. A Constituição Federal distingue vencimentos de remuneração, sendo que, somente o vencimento e as vantagens de caráter permanente compõem os vencimentos e são resguardados pela garantia de irredutibilidade. As demais vantagens pecuniárias que remuneram o servidor público, concedidas a título temporário, não se incorporam aos vencimentos, podendo ser reduzidas ou mesmo suprimidas a qualquer tempo, pela própria natureza transitória que incorporam, em nada violando o princípio constitucional que garante tão-somente a irredutibilidade de vencimentos.

3. As gratificações de serviço ativo e de habilitação policial militar, bem como das indenizações de representação, moradia e compensação

orgânica não integram os vencimentos, tendo sido incorporadas ao soldo por força da Lei n. 4.940/1989, não havendo falar em redução vencimental à vista do comprovado acréscimo vencimental.

4. Precedentes (RMS n. 5.216-MA, Relator Ministro José Dantas, **in** DJ 28.08.1995, e RMS n. 3.995-MA, Relator Ministro Jesus Costa Lima, **in** DJ 05.12.1994).

5. Recurso improvido.” (RMS n. 4.227-MA, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 09.02.2004).

C) “Administrativo. Remuneração. Gratificação de raio x. Novo sistema remuneratório implantado pela Lei n. 7.923/1989. Redução do percentual de cálculo. Possibilidade. Juros de 1% ao mês. Desnecessidade de apreciação.

I - Conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, o servidor público tem direito adquirido ao **quantum** remuneratório, mas não ao regime jurídico de composição dos vencimentos.

II - Inocorrência de violação ao direito do servidor pela redução no percentual de cálculos da gratificação de raio x percebidos sob a égide da Lei n. 1.234/1950, tendo em vista que na alteração dos critérios remuneratórios definida na Lei n. 7.923/1989 foi respeitada a irredutibilidade de vencimentos. Precedentes.

III - Reconhecida a possibilidade na redução do percentual da gratificação de raio x, modificando, assim, a decisão do Tribunal **a quo**, nada mais há para ser discutido em relação ao percentual dos juros moratórios.

Recurso da União conhecido e provido. Recurso do servidor prejudicado.” (REsp n. 424.206-RS, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 04.11.2002).

In casu, conforme assentou o acórdão recorrido, “tendo o Decreto-Lei n. 1.820/1980, ao tempo em que extinguiu, dentre outros, os incentivos funcionais que ora se pretende ver restabelecidos, determinado a sua absorção pelos salários e vencimentos dos servidor, não há falar em violação ao direito adquirido”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 12.672-SP (2002/0044220-2)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Rubens Tamiello Gonzalez

Advogados: Rubens Ferreira de Castro e outros

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Rubens Tamiello Gonzalez

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Direito Processual Penal. Crime contra as relações de consumo. Indicação enganosa. Induzimento a erro. Trancamento. Justa causa. Atipicidade da conduta. Excepcionalidade da medida. Inocorrência. Recurso improvido.

1. A falta de justa causa para a ação penal, enquanto questão que motiva **habeas corpus**, é a que se mostra na luz da evidência, **primus ictus oculi**.

2. A jurisprudência pátria é pacífica acerca de ser inadmissível, na angusta via do **habeas corpus**, o exame do elemento subjetivo do tipo, questão que, por indubitoso, deve ser decidida à vista dos elementos de convicção a serem colhidos no desenrolar da instrução criminal, em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, sendo, pois, de todo incabível o abortamento precipitado do feito, à moda de absolvição sumária.

3. Recurso a que se nega provimento.

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, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso ordinário contra acórdão da Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, denegando o *writ* impetrado em favor de Rubens Tamiello Gonzalez, preservou a ação penal a que responde como incurso na sanção do delito tipificado no art. 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990.

Funda-se a insurgência recursal na falta de justa causa, em vista da ausência de dolo específico e da não-ocorrência de prejuízo para o consumidor, ou seja, por atipicidade da conduta.

Pugna pela nulidade da ação penal em trâmite.

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso, eis que necessária a aferição do conjunto fático-probatório, inviável em sede de **habeas corpus** (fls. 211/213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso ordinário contra acórdão da Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, denegando o *writ* impetrado em favor de Rubens Tamiello Gonzalez, preservou a ação penal a que responde como incurso na sanção do delito tipificado no art. 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990.

Funda-se a insurgência recursal na falta de justa causa, em vista da ausência de dolo específico e da não-ocorrência de prejuízo para o consumidor, ou seja, por atipicidade da conduta.

Nego provimento ao recurso.

Como é da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, “a falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo dos elementos dos autos, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade”. (HC n. 35.293-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 16.11.2004).

In casu, em que o tipo legal consiste em “induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”, essa excepcionalidade não ocorre.

Para a certeza das coisas, venha-se a inicial acusatória:

“Consta do termo circunstanciado, que em data de 20 de maio de 1998, em horário incerto, no Anel Viário, nesta Cidade e Comarca, *Rubens Tamiello Gonzales*, qualificado à fl. 4, induziu o consumidor Wilson Antônio Bordim Fernandes a erro, por via de afirmação falsa e enganosa sobre a natureza do serviço, utilizando-se de anúncio publicitário.

Segundo apurado, o denunciado é sócio-proprietário da empresa *Power Line Informática Ltda.* Na data acima referida, Wilson Antônio Bordim Fernandes levou a sua impressora da marca HP modelo *Laser Jet* para consertar na empresa do denunciado, a qual ostentava na entrada do estabelecimento o seguinte anúncio: ‘*venda e assistência técnica autorizada*’. Foi cobrada a quantia de cem reais pelo conserto, contudo, o aparelho retornou às mãos do consumidor apresentando outros defeitos além daquele que não tinha sido sanado.

Ocorre, todavia, que a empresa do denunciado não detinha a venda e a assistência técnica autorizada, conforme se depreende do documento de fl. 75.

Diante do exposto, denuncio a V. Ex^ª. *Rubens Tamiello Gonzales* como incurso no art. 7^º, VII, da Lei n. 8.137/1990, e requeiro que, recebida e autuada esta, se instaure o devido processo penal, nos termos dos arts. 539 e seguintes do Código de Processo Penal, citando-se o denunciado e intimando-o para interrogatório, ouvindo-se a vítima.” (Fls. 16/17).

Ao que se tem, a denúncia mostra-se, em princípio, ajustada ao estatuto legal da sua validade (art. 41 do Código de Processo Penal), posto que descreve, **quantum satis**, o crime, tal como praticado, com todas as suas circunstâncias, inclusive identifica o dano, elemento normativo do tipo em questão, de modo que não há falar, por certo, em trancamento da ação penal.

O próprio recorrente, aliás, admite que “(...) não tinha autorização para revender ou prestar assistência técnica para a Hewlett Packard” (fl. 192), marca da impressora do consumidor ofendido, também comprovado pelo ofício constante na fl. 63, tendo, ainda, confirmado o recebimento de quantia em dinheiro e o defeito não solucionado.

O fato de o consumidor ser cliente do recorrente há 7 meses, ao contrário de caracterizar o crime, é circunstância que depõe contra ele próprio, pois corrobora com a potencialidade da indicação enganosa.

O prejuízo, indispensável para a configuração do tipo, a seu turno, parece estar presente, ao menos em tese, o que se recolhe do depoimento da vítima

prestado perante a autoridade policial: “(...) motivo que levou o declarante a elaborar ocorrência policial contra o mesmo, ficando a impressora do declarante com o mesmo defeito e outros mais” (fl. 21v. — nossos os grifos).

Quanto ao dolo, os elementos constantes dos autos são suficientes para iniciar e justificar a lide penal, notadamente a fotografia ilustrada na fl. 24, pois projeta informação que não condiz com a realidade, fazendo, assim, com que os consumidores incidam em erro.

Ademais, leia-se **Luiz Régis Prado**:

“A conduta típica do art. 7º, VII, consiste em induzir a erro o consumidor ou usuário, mediante indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza ou qualidade de bem ou serviço, por meio da utilização de veiculação ou divulgação publicitária ou de qualquer outro meio.

(...)

O erro é uma representação mental que não corresponde à realidade. Não significa desconhecimento, mas sim a falsa noção de alguma coisa. Desse modo, induzir o sujeito passivo a erro significa fazer surgir em sua mente falsa noção quanto à natureza ou qualidade do bem ou serviço adquirido ou utilizado. O fornecedor cria, portanto, uma situação fática desvirtuada da realidade, gerando no consumidor/usuário um estado de ânimo propício à concreção de seu objetivo.” (in “Direito Penal Econômico”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 192/193).

De resto, a jurisprudência pátria é pacífica acerca de ser inadmissível, na angusta via do **habeas corpus**, o exame do elemento subjetivo do injusto, questão que, por indubioso, deve ser decidida à luz de todos os elementos de convicção a serem colhidos no desenrolar da instrução criminal, em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, sendo, pois, de todo incabível o abortamento precipitado do feito, à moda de absolvição sumária dos acusados.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 11.781-MG (2000/0027852-1)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrentes: Egrimas Lopes Cassiano e outros

Advogados: Vânia Regina de Araújo Gondim e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Impetrado: Governador do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Advogados: Maria Aparecida dos Santos e outros

EMENTA

Recurso ordinário. Processual. Mandado de segurança. Prazo para propositura. Decadência. Administrativo. Concurso público. Guarda penitenciário. Edital. Candidatos aprovados. Expectativa de direito. Cargos vagos. Concurso ainda válido. Contrato por prazo determinado. Seis meses. Duração maior. Direito líquido e certo.

O prazo decadencial conta-se da data do ato que feriu direito líquido e certo; no caso, a contratação provisória dos próprios autores. Precedentes.

Descabe contagem desse prazo a partir do decreto que suspendeu as contratações, tese esposada pelo acórdão recorrido.

Impróprio, também, o argumento dos impetrantes de inexistência de termo inicial para a contagem do prazo, pois, nos autos, o ato que concretiza o direito à nomeação é comissivo.

Decadência reconhecida, posto que por outro fundamento.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de mandado de segurança impetrado em 23.03.1999 por Egrimas Lopes Cassiano e outros, candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas pelo edital de concurso público para provimento do cargo de Guarda Penitenciário, contra ato do Governador do Estado de Minas Gerais, objetivando que lhes seja assegurado direito à nomeação (fls. 2/10).

Alegam, em síntese, 1. que foram nomeados em caráter “aparentemente temporário” para a mesma função a que concorriam, em setembro e outubro de 1995, após o resultado do certame (publicado em 16.03.1995, fl. 2), ali permanecendo até 11.02.1999 (fls. 42/49); 2. que fora editado o Decreto n. 36.647, de 23.01.1995, suspendendo as contratações para cargos ou empregos de provimento efetivo; 3. que o concurso teve validade prorrogada até 28.03.1999, isto é, por quatro anos; e, por fim, 4. que durante este período não corre o prazo decadencial, vez que se trata de ato omissivo impugnado: a inexistência da nomeação.

Processo distribuído no Tribunal de Justiça, o Relator indeferiu a inicial, apontando decadência do **mandamus**, pois passados mais de 120 dias do decreto que proibiu as contratações para cargos efetivos (fls. 118/122).

Os impetrantes manejaram agravo regimental (fls. 124/128), alegando “que não corre decadência durante a omissão da autoridade coatora”. O Tribunal negou provimento ao recurso, fundamentando que o prazo decadencial começa a correr da ciência do ato impugnado, qual seja o Decreto n. 36.647, de 23.01.1995 (que proíbe as nomeações para cargo efetivo) (fls. 130/138).

Irresignados, os impetrantes interpuseram o presente recurso ordinário, com esteio no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, pleiteando a reforma do aresto em destaque para fins de concessão da ordem de segurança, reiterando as razões da inicial (fls. 152/160).

Em contra-razões, a Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais (fls. 180/185) sustentou que o prazo decadencial começou a correr a partir da inércia dos postulantes, com a edição do Decreto n. 36.647, de 23.01.1995, havendo, pois caducado o direito de manejo do **mandamus** e, no mérito, que a nomeação fica ao inteiro alvedrio da Administração Pública.

O Ministério Público Estadual opinou pelo afastamento da decadência, pois à época de edição do decreto havia apenas expectativa de direito e que o ato inquinado é omissivo; no mérito, opinou pelo provimento do recurso, entendendo haver direito líquido e certo à nomeação (fls. 191/196).

A Subprocuradoria Geral da República (fls. 201/207), opinou pelo provimento do recurso, eis que entende ser o ato impugnado omissivo, não cabendo falar em decadência. Pugna pela devolução dos autos à origem, para o julgamento do mérito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O problema fulcral proposto por este recurso ordinário é o termo inicial para a contagem do prazo de decadência do **mandamus**.

Os impetrantes/recorrentes defendem que o ato violador de direito líquido e certo é omissivo: a autoridade não os nomeou, quando deveria. A partir do momento em que houve as contratações por tempo determinado (transformadas, segundo alegam, em definitivas, pois na data da propositura do mandado de segurança já perduravam por três anos) estaria se passando a omissão do Governador. A esta tese se alia o Ministério Público.

O acórdão recorrido, de seu turno, entende que o ato ilegal é o decreto que suspende a nomeação para cargos efetivos, contando de sua publicidade o prazo decadencial.

Afasto estes raciocínios. Partindo da jurisprudência desta Corte, considero, por analogia, que a contratação de servidores a título precário (no caso, os próprios impetrantes/recorrentes), agravada pelo fato de que perdurou por mais tempo que o permitido, é ato concreto de recusa a candidatos remanescentes. Ato que faz nascer o direito dos impetrantes. Ato ilícito comissivo, contra o que cabe o manejo do **mandamus**.

As decisões anteriores, das quais me valho, tratam da hipótese em que o ato promotor do direito é a realização de concurso novo, durante o prazo de validade do antigo. Nesses casos, o segundo certame é o ato concreto, comissivo, da Administração, que viola o direito líquido e certo. Como se vê:

“Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Agente da Polícia Federal. Abertura de novo certame. Decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Não-configuração. Candidatos não classificados dentro do número de vagas. Abertura de novo concurso. Prazo de validade expirado. Ordem denegada.

I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a abertura de concurso posterior consubstancia ato concreto da Administração de recusa dos candidatos remanescentes do certame anterior. In casu, o Edital n. 63

foi publicado aos 16 de setembro de 1997 — oportunidade em que se iniciou a contagem do prazo de decadência para impetração do **mandamus** buscando a participação dos candidatos do concurso anterior na segunda fase — sendo certo que a ação foi impetrada aos 12 de janeiro de 1998, não restando configurada, portanto, a intempestividade da ação.

(...)

V - Ordem denegada.” (MS n. 5.573-DF; Mandado de Segurança n. 1998/0000395-9, DJ 22.09.2003, Relator Ministro Gilson Dipp)’ (Grifei)

“Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Fiscal do trabalho. Ilegitimidade passiva **ad causam** da Sr^a. Diretora-Geral da Esaf acolhida. Preliminares de carência da ação, incompetência **ratione personae**, litisconsórcio passivo e impossibilidade jurídica do pedido, rejeitadas. Edital n. 1/1994. Participação na segunda etapa. Inexistência de ato omissivo contínuo. Impetração voltada para novo certame. Decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Extinção do *writ*.

(...)

3. Inexiste ato omissivo contínuo da Administração se o edital, contra o qual se volta a impetrante, já esgotou seu conteúdo jurídico, vale dizer, teve seu prazo de validade completado, cessando-lhe a eficácia. *Encerrado o certame regulado pelo Edital n. 1/1994 e aberto novo, é deste último ato, concreto e objetivo, que flui o lapso decadencial da via mandamental. Inteligência do art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Decadência reconhecida. Extinção decretada.*

4. Impetração julgada extinta, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.” (MS n. 7.103-DF; Mandado de Segurança n. 2000/0072490-4, DJ 04.08.2003, Relator Ministro Jorge Scartezini) (Grifei)

“Mandado de segurança. Concurso público. Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional. Participação na segunda fase. Ato omissivo. Inexistência. Abertura de novo certame. Decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Reconhecimento. Precedentes.

I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *a abertura de concurso posterior consubstancia ato concreto da Administração de recusa dos candidatos remanescentes do certame anterior. In casu*, a partir da publicação do Edital n. 33 — 06.07.1994 — iniciou-se a contagem do prazo de decadência para impetração do **mandamus** buscando a participação

dos candidatos do concurso anterior na segunda fase, sendo certo que a ação foi impetrada somente aos 07 de fevereiro de 2000.

(...)

III - Mandado de segurança julgado extinto, sem julgamento do mérito.” (MS n. 6.794-DF; Mandado de Segurança n. 2000/0009421-8, DJ 31.03.2003, Relator Ministro Gilson Dipp) (Grifei)

No caso em apreço não há concurso novo. Porém, fato mais grave. Existem contratações de pessoas para desempenhar as mesmas funções do cargo que o concurso visava prover.

A jurisprudência citada considera que basta a realização de novo certame, para que se concretize o direito à nomeação dos candidatos aprovados no concurso antigo, despidendo que qualquer novo candidato seja nomeado, pois já caracterizado o interesse da Administração em preencher os cargos.

Aqui, se não há o concurso, salta-se uma etapa, e há a nomeação, que seria o desfecho do certame, se houvesse.

Quero dizer, com isso, que a contratação é marco ainda mais forte que novo concurso, para o fim de verificar o interesse da Administração em prover os cargos, portanto, para vincar o dia em que nasce o direito dos candidatos à nomeação.

Registro, assim, que o dia a partir de que corre o prazo de decadência do mandado de segurança não é o da publicação do decreto que proibiu as nomeações em cargos efetivos, mas aquele em que se realizaram os contratos a título precário.

Fixo, pois, como datas a partir de que corre o prazo decadencial do mandado de segurança o dia 18.10.1995, para o impetrante Jeremias Reinaldo dos Santos, e o dia 27.09.1995 para os demais, vale dizer, quando foram contratados a título provisório.

Logo, percebo que a ação realmente caducou, pois intentada em 22.03.1999, embora por motivo diverso daquele apontado pelo Tribunal **a quo**.

Impossível, assim, adentrar no mérito do **mandamus**, já que a decadência não pode ser superada.

Posto isso, *nego provimento* ao recurso ordinário.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 14.402-PE (2002/0013175-1)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrentes: Carlos Alberto da Silva Pontes e outro

Advogado: João Olympio Valenca de Mendonça

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara de Camaragibe - PE

Recorrido: Estado de Pernambuco

EMENTA

Penal. Apreensão de veículo utilizado para a execução do crime. Restituição. Inviabilidade. Utilidade para o deslinde da causa. Averiguação pelo julgador monocrático.

É inviável, nesta fase recursal, apurar se o veículo apreendido possui ou não utilidade para o desfecho da demanda, sendo tal tarefa delegada ao juiz de 1ª instância, condutor da causa.

Após o trânsito em julgado da sentença, aí sim os bens devem ser devolvidos ao interessado, se não forem objeto de confisco, por não serem mais úteis ao processo.

Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 02.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com pedido de medida liminar, interposto por Carlos Alberto da Silva

Pontes e Moisés Simião da Silva, no qual requerem restituição de veículo utilizado para transporte de carga que, segundo a versão acusatória, teria sido objeto de apropriação indébita por parte do primeiro recorrente e seu irmão.

Os recorrentes foram denunciados por infração ao art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Sustentam que “(...) O veículo em apreço (o ‘cavalo’ e a carreta) encontra-se apreendido já há 1 ano, sendo que o mesmo não interessa ao processo. Vale ressaltar ainda que o autocarga (composto do ‘cavalo’ e da carreta) é de procedência lícita, está registrado no Detran em nome dos impetrantes, como provam os documentos anexos VIII e IX, não havendo nenhum registro de furto ou roubo envolvendo quaisquer dos componentes do caminhão, como provam os documentos anexos X e XI.” (Fl. 4).

Restou assim ementado o acórdão recorrido (fls. 63/64):

“Mandado de segurança impetrado contra despacho indeferitório de pedido de restituição de veículo apreendido, utilizado para o transporte de mercadorias objeto de ilícito penal.

Hipótese na qual os impetrantes estão denunciados como infratores do art. 168, § 1º, III, do CP, encontrando-se foragidos e com prisão preventiva decretada.

De outro lado, não comprovaram a prática de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade coatora.

Segurança denegada. Decisão unânime.”

Vindas as informações (fls. 114/115), que noticiam que em 25.08.2003, os recorrentes ainda não haviam sido interrogados, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento recursal (fls. 117/120).

Eis um breve resumo.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Visa o presente recurso à restituição de veículo apreendido (caminhão mais reboque) que fora utilizado para o transporte de um frete de 540 sacos de farinha de trigo, no valor de R\$ 12.420,00 (doze mil, quatrocentos e vinte reais), da cidade de São Paulo até Iguatu, no interior do Estado do Ceará, havendo o desvio da mercadoria, que fora vendida, para o proveito próprio dos recorrentes, na cidade de Camaragibe-PE.

Alegam os recorrentes (fls. 4/5):

“(…) O autocarga não tem porque continuar apreendido. A restituição, **in casu**, é perfeitamente cabível, vez que o veículo *não interessa ao processo*. Não foi roubado, não foi furtado, não constitui produto de crime e nem tampouco objeto do delito.

É oportuno destacar que nem mesmo na eventualidade de uma condenação do primeiro impetrante e seu irmão, no que os mesmos não acreditam, *eis que não praticaram o delito*, ainda assim não seria possível a perda do veículo, a teor do que estabelece o art. 91, inciso II, alínea **a**, do Código Penal.

A lei penal prevê a perda dos instrumentos do crime, em favor da União, o que, *em tese*, poderia ser o caso, mas, *desde que se tratasse de coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituísse fato ilícito*, o que absolutamente não se adequa, nem mesmo em tese, à hipótese presente.” (Grifos no original)

Por sua vez, ao denegar o pedido liminar, aduziu o Relator na instância **a quo** (fl. 38):

“(…) a despeito da boa tessitura da vestibular, não vislumbro o tão decantado direito líquido e certo, a ser palmilhado na presente impetração, que resultou espoliado pelo **decisum** monocrático, até porque, muito ao revés, milita contra a pretensão autoral o regramento ínsito no art. 118 do CP, no sentido de que: ‘Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.’”

Comentando o art. 118 do Código de Processo Penal, doutrina **Júlio Fabbrini Mirabete**:

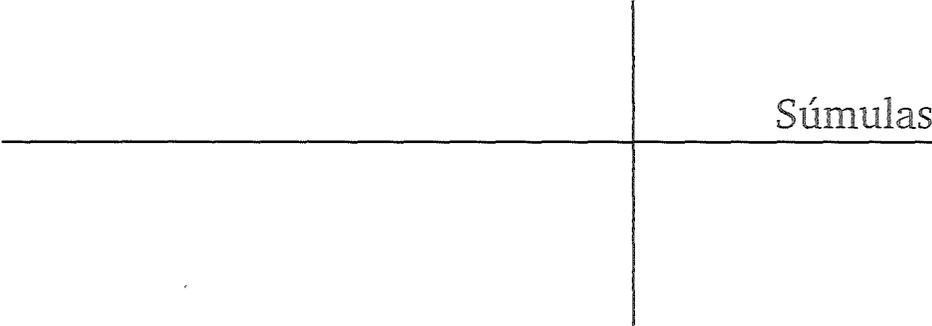
“(…) Com a apreensão se procura, inclusive, permitir ao juiz que conheça todos os elementos materiais para a elucidação do crime, razão por que devem acompanhar os autos do inquérito (art. 11), e, enquanto interessarem ao processo, permanecer em juízo. Ao juiz cabe dizer se elas interessam ou não ao processo. Após o trânsito em julgado da sentença devem ser devolvidas ao interessado, se não forem objeto de confisco, por não serem mais úteis ao processo.”

Ou seja, inviável averiguar, nesse grau de jurisdição, se o caminhão e o reboque apreendidos ainda possuem alguma utilidade para o deslinde da causa, tarefa esta de responsabilidade do julgador monocrático condutor do processo.

Ademais, de acordo com as informações prestadas pela instância originária, os réus ainda nem foram interrogados.

Sendo assim, imperativo é o não-provimento recursal.

Posto isso, *conheço* do presente recurso, mas *nego-lhe provimento*.



Súmulas

SÚMULA N. 324

Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército.

Referência:

CF/1988, art. 109, I.

Lei n. 6.855/1980.

Lei n. 7.750/1989.

Precedentes:

CC	18.009-DF	(3ª S, 10.09.1997 — DJ 06.10.1997)
CC	21.671-DF	(2ª S, 22.09.1999 — DJ 29.11.1999)
CC	34.889-MA	(2ª S, 09.06.2004 — DJ 04.10.2004)
CC	36.641-MS	(2ª S, 23.04.2003 — DJ 19.12.2003)
REsp	481.965-DF	(4ª T, 20.03.2003 — DJ 23.06.2003)

Corte Especial, em 03.05.2006

DJ 16.05.2006, p. 214

SÚMULA N. 325

A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.

Referência:

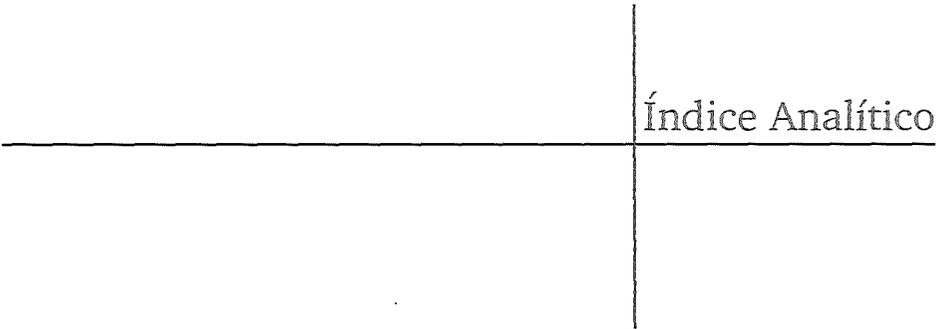
CPC, art. 475, II.

Precedentes:

AgRg no Ag	455.336-DF	(1ª T, 17.10.2002 – DJ 04.11.2002)
AgRg no Ag	631.562-RJ	(1ª T, 17.02.2005 – DJ 07.03.2005)
REsp	100.596-BA	(2ª T, 03.11.1997 – DJ 24.11.1997)
REsp	109.086-SC	(2ª T, 24.04.1997 – DJ 26.05.1997)
REsp	143.909-RS	(1ª T, 09.02.1999 – DJ 12.04.1999)
REsp	212.504-MG	(2ª T, 09.05.2000 – DJ 09.10.2000)
REsp	223.095-RS	(2ª T, 12.04.2005 – DJ 05.09.2005)
REsp	251.806-RS	(2ª T, 16.04.2002 – DJ 01.07.2002)
REsp	437.715-RS	(2ª T, 28.09.2004 – DJ 16.11.2004)
REsp	635.787-RS	(5ª T, 03.08.2004 – DJ 30.08.2004)

Corte Especial, em 03.05.2006

DJ 16.05.2006, p. 214



Índice Analítico

A

- PrCv **Abandono de causa** - CPC, art. 267, III e § 1º - Aplicabilidade - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade - Fazenda Pública - Intimação pessoal - Ocorrência. AgRg no REsp n. 719.893-0-RS. RSTJ 201/89.
- PrCv Ação anulatória de registro - Julgamento improcedente - Irrelevância - **Ação de investigação de paternidade** - CC/1916, art. 362 - Inaplicabilidade - Legitimidade passiva **ad causam** - Pai registral. REsp n. 279.243-0-RS. RSTJ 201/406.
- PrCv **Ação civil pública** - Epidemia de dengue - Vítimas - Mensuração - Impossibilidade - Indenização - Não-cabimento - Responsabilidade civil do Estado por omissão - Não-ocorrência. REsp n. 703.471-0-RN. RSTJ 201/232.
- PrCv **Ação civil pública** - Ilegitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Interesses individuais homogêneos - Relevante interesse social - Inexistência. REsp n. 613.493-0-DF RSTJ 201/464.
- PrCv Ação civil pública - Origem - **Execução contra a Fazenda Pública** - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D - Inaplicabilidade. AgRg no Ag n. 654.254-0-RS. RSTJ 201/497.
- PrCv **Ação de compensação** - Cheque - Devolução indevida - CPC, art. 3º - Dano moral - Configuração - Legitimidade ativa **ad causam** - Credor. REsp n. 741.729-0-MA. RSTJ 201/381.
- PrCv **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - Companheira de homem casado - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Lei n. 8.971/1994 - Reserva de bens - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP RSTJ 201/431.

- PrCv **Ação de investigação de paternidade** - Ação anulatória de registro - Julgamento improcedente - Irrelevância - CC/1916, art. 362 - Inaplicabilidade - Legitimidade passiva **ad causam** - Pai registral. REsp n. 279.243-0-RS. RSTJ 201/406.
- PrCv Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - **Ação de inventário** - Companheira de homem casado - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Lei n. 8.971/1994 - Reserva de bens - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP RSTJ 201/431.
- PrCv **Ação de reintegração de posse** - Esbulho - Não-ocorrência - Posse - Não-comprovação - Prequestionamento - Ausência - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- PrCv **Ação de sonegação de bens na partilha** - CC/1916, art. 177 - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 509.300-0-SC. RSTJ 201/328.
- PrCv **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- PrCv **Ação indenizatória** - CPC, art. 258 - Dano moral - Juiz de Direito - Arbitramento - Valor da causa - Extrapolação do limite. REsp n. 565.880-0-SP RSTJ 201/460.
- PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-cabimento - Imóvel - Penhora - Impossibilidade - Lei n. 8.009/1990 - Oficial de justiça - Decisão judicial - Cumprimento. REsp n. 605.641-0-RS. RSTJ 201/349.
- PrCv **Ação indenizatória por erro médico** - Cerceamento de defesa - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Prova - Requerimento - Ocorrência. REsp n. 419.026-0-DE RSTJ 201/297.
- Pn Ação penal - Trancamento - Possibilidade - Atipicidade da conduta - Comprovação - Crime de calúnia - **Habeas corpus**. HC n. 45.779-0-SP RSTJ 201/534.
- PrCv **Ação popular** - Ato lesivo - Comprovação - Necessidade - CF/1988, art. 5º, LXIII. EREsp n. 260.821-0-SP RSTJ 201/36.
- PrCv **Ação rescisória** - Proposição errônea - CPC, art. 113, § 2º - Inaplicabilidade - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade. REsp n. 732.325-0-PR. RSTJ 201/171.
- PrCv **Ação revisional** - Contrato de gaveta - Sub-rogação - Possibilidade - Legitimidade ativa **ad causam** - Cessionário - Lei n. 10.150/2000, art. 22 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Contrato de financiamento. REsp n. 705.231-0-RS. RSTJ 201/250.
- PrCv Advogado - Procuração nos autos - Inexistência - Diligência - Juntada posterior - Impossibilidade - Embargos declaratórios - Interposição - **Exceção de suspeição**. AgRg nos EDcl na ExSusp n. 22-0-MG. RSTJ 201/23.

- Cv Agente - Conduta ilícita - Não-ocorrência - Dano moral - Não-cabimento - **Responsabilidade civil**. REsp n. 259.185-0-RJ. RSTJ 201/393.
- PrCv Agravo regimental - Recebimento - Possibilidade - **Embargos declaratórios** - Princípio da fungibilidade. EDcl no AgRg no Ag n. 700.443-0-SP RSTJ 201/96.
- PrCv Alimentos - Devedor maior de 75 anos - Moléstia grave - **Habeas corpus** - Lei de Execuções Penais - Aplicabilidade - Prisão civil - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 44.754-0-SP RSTJ 201/292.
- Cv **Alimentos** - Inadimplemento - CC/2002, art. 1.698 - Obrigação solidária - Não-caracterização - Responsabilidade complementar - Avós. REsp n. 658.139-0-RS. RSTJ 201/474.
- Adm Anistia - Configuração - **Mandado de segurança preventivo** - Plano de Demissão Voluntária (PDV) - Adesão - Reintegração - Impossibilidade - Servidor público. MS n. 9.263-0-DF RSTJ 201/491.
- PrPn Apelação - Julgamento - Adiamento - **Habeas corpus** - Intimação - Necessidade - Nulidade absoluta - Ocorrência. HC n. 39.026-0-RS. RSTJ 201/616.
- Pv **Aposentadoria** - Contribuição previdenciária - Recolhimento em atraso - Juros moratórios - Multa - Não-incidência - Lei n. 8.212/1991, art. 45, § 4º - Irretroatividade - Tempo de serviço - Contagem recíproca. REsp n. 774.126-0-RS. RSTJ 201/582.
- Pn Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Causa de aumento - Caracterização - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Súmula n. 231-STJ. REsp n. 766.673-0-RS. RSTJ 201/570.
- Pn Atipicidade da conduta - Comprovação - Ação penal - Trancamento - Possibilidade - Crime de calúnia - **Habeas corpus**. HC n. 45.779-0-SP RSTJ 201/534.
- PrPn Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - CPF art. 41 - Crime contra as relações de consumo - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, VII - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP RSTJ 201/645.
- PrPn Atividade investigatória - Possibilidade - CF/1988, art. 129, I - Competência - **Investição policial** - Ministério Público. HC n. 38.230-0-SP RSTJ 201/520.
- PrCv Ato comissivo - Configuração - Concurso público - Guarda penitenciário - Contratação - Tempo determinado - Decadência - **Mandado de segurança** - Nomeação - Suspensão - Prazo - Termo inicial. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- PrPn **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Confissão - Ocorrência - Princípio da ampla defesa - Observância - Necessidade - Prova - Dispensa. HC n. 39.829-0-RJ. RSTJ 201/628.

- PrCv Ato lesivo - Comprovação - Necessidade - **Ação popular** - CF/1988, art. 5º, LXIII. EREsp n. 260.821-0-SP. RSTJ 201/36.
- Trbt Atos cooperativos - **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Isenção - Possibilidade - Cooperativa de crédito - Entidades bancárias - Equiparação - Não-ocorrência - CTN, art. 110 - Lei n. 5.764/1971. AgRg no REsp n. 669.384-0-SC. RSTJ 201/67.
- PrCv Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Justiça Federal - Lei n. 6.855/1980 - Lei n. 7.750/1989 - Ministério do Exército - Supervisão - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- PrPn Autodefesa - Observância - Conduta atípica - Configuração - Crime de falsidade ideológica - Não-ocorrência - Declaração falsa perante a autoridade policial - **Habeas corpus** - Prisão em flagrante. HC n. 35.309-0-RJ. RSTJ 201/612.
- PrPn Auto-incriminação - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Liminar - Deferimento - Legalidade - Testemunha - Ré em processo conexo. HC n. 46.996-0-RS. RSTJ 201/202.
- PrPn Autoria coletiva - Configuração - Conduta - Individualização - Impossibilidade - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade. REsp n. 611.711-0-PR. RSTJ 201/554.

B

- PrCv Bem de família - Impenhorabilidade - Análise - **Competência** - Execução - Juiz de Direito deprecado. CC n. 36.044-0-ES. RSTJ 201/277.
- PrCv Bem de família - Insuficiência - Cônjuge avalista - Intimação - Irregularidade - Embargos de terceiro - **Execução** - Legitimidade ativa **ad causam** - Cônjuge meeiro. REsp n. 245.183-0-SP. RSTJ 201/389.
- PrPn Bem penhorado - Posse - Não-ocorrência - Depositário infiel - **Habeas corpus** - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 39.262-0-SP. RSTJ 201/197.
- Adm **Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- Pn **Bis in idem** - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Crime hediondo - Configuração - Pena - Aumento - Possibilidade - Violência real - Ocorrência. REsp n. 761.950-0-RS. RSTJ 201/565.

C

- PrCv Câmara Municipal - Emissão - Possibilidade - CPC, art. 585, II - **Título executivo extrajudicial**. REsp n. 594.874-0-MA. RSTJ 201/217.

- Cv Cartão de cliente especial - Estabelecimento comercial - Recusa - Cliente - Humilhação - Ausência - Dano moral - Inexistência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 590.512-0-MG. RSTJ 201/333.
- PrCv CC/1916, art. 177 - **Ação de sonegação de bens na partilha** - Prescrição - Termo inicial. REsp n. 509.300-0-SC. RSTJ 201/328.
- PrCv CC/1916, art. 362 - Inaplicabilidade - Ação anulatória de registro - Julgamento improcedente - Irrelevância - **Ação de investigação de paternidade** - Legitimidade passiva **ad causam** - Pai registral. REsp n. 279.243-0-RS. RSTJ 201/406.
- Cv CC/1916, art. 1.062 - CC/2002, art. 406 - Juros moratórios - Fixação - Parcelas pagas - Restituição - **Promessa de compra e venda**. REsp n. 594.486-0-MG. RSTJ 201/337.
- Cv CC/2002, art. 406 - CC/1916, art. 1.062 - Juros moratórios - Fixação - Parcelas pagas - Restituição - **Promessa de compra e venda**. REsp n. 594.486-0-MG. RSTJ 201/337.
- Cv CC/2002, art. 1.698 - **Alimentos** - Inadimplemento - Obrigação solidária - Não-caracterização - Responsabilidade complementar - Avós. REsp n. 658.139-0-RS. RSTJ 201/474.
- PrCv Cerceamento de defesa - Caracterização - **Ação indenizatória por erro médico** - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Prova - Requerimento - Ocorrência. REsp n. 419.026-0-DF. RSTJ 201/297.
- PrCv Certidão Negativa de Débito - Emissão - Liminar - Deferimento - Legalidade - **Medida cautelar incidental** - Tributo - Compensação - Possibilidade. MC n. 8.389-0-MG. RSTJ 201/205.
- Trbt **Certidão Negativa de Débito** - Expedição - Recusa - Possibilidade - Criação de nova sociedade - Mesmos sócios - CTN, arts. 128 e 135, III - Violação - Não-ocorrência - Simulação - Caracterização - Sociedade inadimplente. REsp n. 650.852-0-MG. RSTJ 201/124.
- Adm CF/1988, art. 5º, XXIV - Competência - **Desapropriação** - Estado-Membro - Interesse social - Configuração. RMS n. 13.959-0-RS. RSTJ 201/207.
- PrPn CF/1988, art. 5º, LX - Violação - Não-ocorrência - Inquérito policial - Pedido de vista - Recusa - Legalidade - **Investigação policial** - Sigilo - Possibilidade - Lei n. 8.906/1994. ROMS n. 12.516-0-PR. RSTJ 201/253.
- PrCv CF/1988, art. 5º, LXIII - **Ação popular** - Ato lesivo - Comprovação - Necessidade. EREsp n. 260.821-0-SP. RSTJ 201/36.
- PrCv CF/1988, art. 109, I - Autarquia federal - Equiparação - **Competência** - Justiça Federal - Lei n. 6.855/1980 - Lei n. 7.750/1989 - Ministério do Exército - Supervisão - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- Adm CF/1988, art. 127 - **Bem público** - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.

- PrPn CF/1988, art. 129, I - Atividade investigatória - Possibilidade - Competência - **Investigação policial** - Ministério Público. HC n. 38.230-0-SP RSTJ 201/520.
- PrCv Cheque - Devolução indevida - **Ação de compensação** - CPC, art. 3º - Dano moral - Configuração - Legitimidade ativa **ad causam** - Credor. REsp n. 741.729-0-MA. RSTJ 201/381.
- Cv Cliente - Humilhação - Ausência - Cartão de cliente especial - Estabelecimento comercial - Recusa - Dano moral - Inexistência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 590.512-0-MG. RSTJ 201/333.
- PrCv Companheira de homem casado - **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Lei n. 8.971/1994 - Reserva de bens - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP RSTJ 201/431.
- PrPn **Competência** - Atividade investigatória - Possibilidade - CF/1988, art. 129, I - **Investigação policial** - Ministério Público. HC n. 38.230-0-SP RSTJ 201/520.
- PrCv Competência - Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - Justiça Federal - Lei n. 6.855/1980 - Lei n. 7.750/1989 - Ministério do Exército - Supervisão - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- PrCv **Competência** - Bem de família - Impenhorabilidade - Análise - Execução - Juiz de Direito deprecado. CC n. 36.044-0-ES. RSTJ 201/277.
- Adm Competência - CF/1988, art. 5º, XXIV - **Desapropriação** - Estado-Membro - Interesse social - Configuração. RMS n. 13.959-0-RS. RSTJ 201/207.
- PrCv **Competência** - Embargos de terceiro - Autarquia federal - Oposição - Execução fiscal - Justiça Estadual - Processamento - Justiça Federal. CC n. 54.437-0-SC. RSTJ 201/31.
- PrCv Competência - **Medida cautelar em sede de Recurso extraordinário** - Súmula n. 634-STF - Súmula n. 635-STF - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AgRg no AgRg na MC n. 9.371-0-PI. RSTJ 201/21.
- Cm **Concordata** - Término - Não-ocorrência - Credor quirografário - Pagamento - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 98 - Habilitação posterior - Possibilidade - Parcela pendente - Ocorrência. REsp n. 300.134-0-RJ. RSTJ 201/420.
- PrCv Concurso público - Guarda penitenciário - Ato comissivo - Configuração - Contratação - Tempo determinado - Decadência - **Mandado de segurança** - Nomeação - Suspensão - Prazo - Termo inicial. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- Adm Concurso público - Polícia civil - Exame psicotécnico - Exigência - Legalidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.527-0-RR. RSTJ 201/541.

- Adm Concurso público - Polícia Militar - Decadência - Não-ocorrência - Edital - Altura mínima - Exigência - Ilegalidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 20.637-0-SC. RSTJ 201/548.
- PrCv Condenação - CPC, art. 475, II - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - Reexame - Alcance - **Remessa ex officio** - Súmula n. 325-STJ. RSTJ 201/560.
- PrPn Conduta - Individualização - Impossibilidade - Autoria coletiva - Configuração - Crime societário - Denúncia genérica - Possibilidade. REsp n. 611.711-0-PR. RSTJ 201/554.
- PrPn Conduta atípica - Configuração - Autodefesa - Observância - Crime de falsidade ideológica - Não-ocorrência - Declaração falsa perante a autoridade policial - **Habeas corpus** - Prisão em flagrante. HC n. 35.309-0-RJ. RSTJ 201/612.
- PrPn Confissão - Ocorrência - **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Princípio da ampla defesa - Observância - Necessidade - Prova - Dispensa. HC n. 39.829-0-RJ. RSTJ 201/628.
- PrCv Cônjuge avalista - Intimação - Irregularidade - Bem de família - Insuficiência - Embargos de terceiro - **Execução** - Legitimidade ativa **ad causam** - Cônjuge meeiro. REsp n. 245.183-0-SP. RSTJ 201/389.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 514 - Crime de concussão - Defesa preliminar - Ausência - Denúncia - Recebimento - **Habeas corpus** - Inquérito policial. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.
- PrPn Consumidor - Indução a erro - Atipicidade da conduta - CPP, art. 41 - Crime contra as relações de consumo - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, VII - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP. RSTJ 201/645.
- PrCv Contratação - Tempo determinado - Ato comissivo - Configuração - Concurso público - Guarda penitenciário - Decadência - **Mandado de segurança** - Nomeação - Suspensão - Prazo - Termo inicial. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- Cv Contrato - Rescisão - Imóvel construído - **Promessa de compra e venda** - Inadimplemento - Quantias pagas - Restituição. REsp n. 508.831-0-MG. RSTJ 201/444.
- PrCv Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - **Embargos à execução** - Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Súmula n. 233-STJ - Súmula n. 258-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.
- PrCv Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - **Embargos à execução** - Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Súmula n. 233-STJ - Súmula n. 258-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.

- PrCv Contrato de gaveta - Sub-rogação - Possibilidade - **Ação revisional** - Legitimidade ativa **ad causam** - Cessionário - Lei n. 10.150/2000, art. 22 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Contrato de financiamento. REsp n. 705.231-0-RS. RSTJ 201/250.
- Trbt **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Isenção - Possibilidade - Atos cooperativos - Cooperativa de crédito - Entidades bancárias - Equiparação - Não-ocorrência - CTN, art. 110 - Lei n. 5.764/1971. AgRg no REsp n. 669.384-0-SC. RSTJ 201/67.
- Pv Contribuição previdenciária - Recolhimento em atraso - **Aposentadoria** - Juros moratórios - Multa - Não-incidência - Lei n. 8.212/1991, art. 45, § 4º - Irretroatividade - Tempo de serviço - Contagem recíproca. REsp n. 774.126-0-RS. RSTJ 201/582.
- Trbt Cooperativa de crédito - Entidades bancárias - Equiparação - Não-ocorrência - Atos cooperativos - **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Isenção - Possibilidade - CTN, art. 110 - Lei n. 5.764/1971. AgRg no REsp n. 669.384-0-SC. RSTJ 201/67.
- Trbt Correção monetária - Índice aplicável - Juros moratórios - Cabimento - Repetição do indébito. REsp n. 723.698-0-RJ. RSTJ 201/147.
- PrCv CPC, art. 3º - **Ação de compensação** - Cheque - Devolução indevida - Dano moral - Configuração - Legitimidade ativa **ad causam** - Credor. REsp n. 741.729-0-MA. RSTJ 201/381.
- PrCv CPC, arts. 20 e 21 - **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- PrCv CPC, art. 23 - **Honorários advocatícios** - Litisconsórcio passivo - Princípio da proporcionalidade - Aplicabilidade - Sentença - Solidariedade - Menção - Não-ocorrência. REsp n. 489.369-0-PR. RSTJ 201/319.
- Adm CPC, art. 82, III - **Bem público** - CF/1988, art. 127 - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- PrCv CPC, art. 113, § 2º - Inaplicabilidade - **Ação rescisória** - Proposição errônea - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade. REsp n. 732.325-0-PR. RSTJ 201/171.
- PrCv CPC, art. 135 - Rol taxativo - **Exceção de suspeição** - Perito. REsp n. 730.811-0-RJ. RSTJ 201/158.
- PrCv CPC, arts. 183 e 185 - Justa causa - Configuração - Prazo - Restituição - Preclusão - Não-ocorrência - **Recurso** - Interposição - Não-ocorrência. AgRg no REsp n. 533.852-0-RJ. RSTJ 201/287.

- PrCv CPC, art. 258 - **Ação indenizatória** - Dano moral - Juiz de Direito - Arbitramento - Valor da causa - Extrapolação do limite. REsp n. 565.880-0-SP RSTJ 201/460.
- PrCv CPC, art. 267, III e § 1ª - Aplicabilidade - **Abandono de causa** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade - Fazenda Pública - Intimação pessoal - Ocorrência. AgRg no REsp n. 719.893-0-RS. RSTJ 201/89.
- PrCv CPC, art. 472 - Prova material - Início - Configuração - **Sentença trabalhista**. AgRg no Ag n. 659.221-0-SP RSTJ 201/508.
- PrCv CPC, art. 475, II - Condenação - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - Reexame - Alcance - **Remessa ex officio** - Súmula n. 325-STJ. RSTJ 201/560.
- PrCv CPC, arts. 535, I e II, 657 e 738, I e II - Embargos à execução - Oposição - Julgamento **extra petita** - Não-caracterização - Termo de penhora - Lavratura - Termo inicial. REsp n. 259.272-0-GO. RSTJ 201/400.
- PrCv CPC, art. 578, VI e parágrafo único - Divergência jurisprudencial não demonstrada - **Execução fiscal** - Fazenda Pública - Faculdade - Foro competente - Local de ocorrência dos fatos. REsp n. 692.889-0-MG. RSTJ 201/127.
- PrCv CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - **Embargos à execução** - Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Súmula n. 233-STJ - Súmula n. 258-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.
- PrCv CPC, art. 585, II - Câmara Municipal - Emissão - Possibilidade - **Título executivo extrajudicial**. REsp n. 594.874-0-MA. RSTJ 201/217.
- PrCv CPC, art. 644 - **Execução** - Multa - Aplicação contra a Fazenda Pública - Possibilidade - Obrigação de fazer - Descumprimento. AgRg no REsp n. 727.983-0-RS. RSTJ 201/93.
- PrCv CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - Companheira de homem casado - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Lei n. 8.971/1994 - Reserva de bens - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP RSTJ 201/431.
- PrPn CPP, art. 41 - Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - Crime contra as relações de consumo - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Lei n. 8.137/1990, art. 7ª, VII - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP RSTJ 201/645.
- PrPn CPP, art. 514 - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de concussão - Defesa preliminar - Ausência - Denúncia - Recebimento - **Habeas corpus** - Inquérito policial. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.

- Cm Credor quirografário - Pagamento - **Concordata** - Término - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 98 - Habilitação posterior - Possibilidade - Parcela pendente - Ocorrência. REsp n. 300.134-0-RJ. RSTJ 201/420.
- Trbt Criação de nova sociedade - Mesmos sócios - **Certidão Negativa de Débito** - Expedição - Recusa - Possibilidade - CTN, arts. 128 e 135, III - Violação - Não-ocorrência - Simulação - Caracterização - Sociedade inadimplente. REsp n. 650.852-0-MG. RSTJ 201/124.
- PrPn Crime contra a honra - Direito de queixa - Decadência - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 5.250/1967, art. 41, § 1^a - Matéria jornalística. HC n. 39.557-0-RJ. RSTJ 201/622.
- PrPn Crime contra as relações de consumo - Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - CPP, art. 41 - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Lei n. 8.137/1990, art. 7^a, VII - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP. RSTJ 201/645.
- PrPn Crime de apropriação indébita - **Recurso em mandado de segurança** - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Veículo - Apreensão - Restituição - Impossibilidade. ROMS n. 14.402-0-PE. RSTJ 201/654.
- Pn Crime de calúnia - Ação penal - Trancamento - Possibilidade - Atipicidade da conduta - Comprovação - **Habeas corpus**. HC n. 45.779-0-SP. RSTJ 201/534.
- PrPn Crime de concussão - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 514 - Defesa preliminar - Ausência - Denúncia - Recebimento - **Habeas corpus** - Inquérito policial. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.
- PrPn **Crime de descaminho** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Período de prova - Término - Irrelevância - Suspensão condicional do processo - Revogação. REsp n. 738.289-0-GO. RSTJ 201/560.
- Pn **Crime de estupro - Bis in idem** - Não-ocorrência - Crime hediondo - Configuração - Pena - Aumento - Possibilidade - Violência real - Ocorrência. REsp n. 761.950-0-RS. RSTJ 201/565.
- PrPn Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime hediondo - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, arts. 1^a, V e VI, e 2^a, § 1^a - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Violência presumida. HC n. 31.881-0-SP. RSTJ 201/606.
- PrPn Crime de falsidade ideológica - Não-ocorrência - Autodefesa - Observância - Conduta atípica - Configuração - Declaração falsa perante a autoridade policial - **Habeas corpus** - Prisão em flagrante. HC n. 35.309-0-RJ. RSTJ 201/612.
- PrPn Crime de lesão corporal culposa - Desclassificação - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995 - Suspensão condicional do processo - Possibilidade. HC n. 39.473-0-PB. RSTJ 201/620.

- PrPn Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Interceptação telefônica - Legalidade - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 41.719-0-RO. RSTJ 201/527.
- Pn **Crime de roubo qualificado** - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - Pena - Causa de aumento - Caracterização - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Súmula n. 231-STJ. REsp n. 766.673-0-RS. RSTJ 201/570.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Lei n. 6.368/1976, art. 16 - Regime prisional aberto - Concessão - Possibilidade - Reincidência - Inexistência - Réu viciado. HC n. 28.855-0-SP RSTJ 201/602.
- Pn Crime hediondo - Configuração - **Bis in idem** - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Pena - Aumento - Possibilidade - Violência real - Ocorrência. REsp n. 761.950-0-RS. RSTJ 201/565.
- PrPn Crime hediondo - Configuração - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, arts. 1º, V e VI, e 2º, § 1º - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Violência presumida. HC n. 31.881-0-SP. RSTJ 201/606.
- PrPn Crime societário - Autoria coletiva - Configuração - Conduta - Individualização - Impossibilidade - Denúncia genérica - Possibilidade. REsp n. 611.711-0-PR. RSTJ 201/554.
- Trbt CTN, art. 110 - Atos cooperativos - **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social(Cofins)** - Isenção - Possibilidade - Cooperativa de crédito - Entidades bancárias - Equiparação - Não-ocorrência - Lei n. 5.764/1971. AgRg no REsp n. 669.384-0-SC. RSTJ 201/67.
- Trbt CTN, arts. 113, §§ 1º e 3º, e 139 - Denúncia espontânea - **Infração tributária** - Lei n. 9.430/1996, art. 43 - Multa moratória - Compensação - Possibilidade. REsp n. 798.263-0-PR. RSTJ 201/182.
- Trbt CTN, arts. 128 e 135, III - Violação - Não-ocorrência - **Certidão Negativa de Débito** - Expedição - Recusa - Possibilidade - Criação de nova sociedade - Mesmos sócios - Simulação - Caracterização - Sociedade inadimplente. REsp n. 650.852-0-MG. RSTJ 201/124.

D

- PrCv Dano moral - Configuração - **Ação de compensação** - Cheque - Devolução indevida - CPC, art. 3º - Legitimidade ativa **ad causam** - Credor. REsp n. 741.729-0-MA. RSTJ 201/381.
- PrCv Dano moral - Dano material - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Nexô de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.

- Cv Dano moral - Dano material - Configuração - Descendentes - Defesa - Possibilidade - Direito à imagem - **Indenização** - Cabimento - Pai falecido. REsp n. 521.697-0-RJ. RSTJ 201/449.
- Cv Dano moral - Inexistência - Cartão de cliente especial - Estabelecimento comercial - Recusa - Cliente - Humilhação - Ausência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 590.512-0-MG. RSTJ 201/333.
- PrCv Dano moral - Juiz de Direito - Arbitramento - **Ação indenizatória** - CPC, art. 258 - Valor da causa - Extrapolação do limite. REsp n. 565.880-0-SP RSTJ 201/460.
- PrCv Dano moral - Não-cabimento - **Ação indenizatória** - Imóvel - Penhora - Impossibilidade - Lei n. 8.009/1990 - Oficial de justiça - Decisão judicial - Cumprimento. REsp n. 605.641-0-RS. RSTJ 201/349.
- Cv Dano moral - Não-cabimento - Agente - Conduta ilícita - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 259.185-0-RJ. RSTJ 201/393.
- Cv Dano moral - Não-cabimento - Instituição financeira - Culpa - Não-comprovação - Nexo de causalidade - Ausência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 650.989-0-SP RSTJ 201/468.
- PrCv Decadência - Ato comissivo - Configuração - Concurso público - Guarda penitenciário - Contratação - Tempo determinado - **Mandado de segurança** - Nomeação - Suspensão - Prazo - Termo inicial. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- Adm Decadência - Não-ocorrência - Concurso público - Polícia Militar - Edital - Altura mínima - Exigência - Ilegalidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 20.637-0-SC. RSTJ 201/548.
- PrPn Declaração falsa perante a autoridade policial - Autodefesa - Observância - Conduta atípica - Configuração - Crime de falsidade ideológica - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Prisão em flagrante. HC n. 35.309-0-RJ. RSTJ 201/612.
- Adm Decreto-Lei n. 1.820/1980 - Direito adquirido - Violação - Não-ocorrência - Incentivos funcionais - Extinção - Lei n. 6.182/1974 - **Servidor público**. REsp n. 436.381-0-RS. RSTJ 201/640.
- Cm Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 98 - **Concordata** - Término - Não-ocorrência - Credor quirografário - Pagamento - Habilitação posterior - Possibilidade - Parcela pendente - Ocorrência. REsp n. 300.134-0-RJ. RSTJ 201/420.
- Adm Decreto-Lei n. 9.760/1946 - **Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- PrPn Defesa preliminar - Ausência - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPE art. 514 - Crime de concussão - Denúncia - Recebimento - **Habeas corpus** - Inquérito policial. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.

- PrPn Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - CPP, art. 41 - Crime contra as relações de consumo - Lei n. 8.137/1990, art. 7^a, VII - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP. RSTJ 201/645.
- PrPn Denúncia - Recebimento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 514 - Crime de concussão - Defesa preliminar - Ausência - **Habeas corpus** - Inquérito policial. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.
- Trbt Denúncia espontânea - CTN, arts. 113, §§ 1^a e 3^a, e 139 - **Infração tributária** - Lei n. 9.430/1996, art. 43 - Multa moratória - Compensação - Possibilidade. REsp n. 798.263-0-PR. RSTJ 201/182.
- PrPn Denúncia genérica - Possibilidade - Autoria coletiva - Configuração - Conduta - Individualização - Impossibilidade - Crime societário. REsp n. 611.711-0-PR. RSTJ 201/554.
- PrPn Depositário infiel - Bem penhorado - Posse - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 39.262-0-SP. RSTJ 201/197.
- Adm **Desapropriação** - CF/1988, art. 5^a, XXIV - Competência - Estado-Membro - Interesse social - Configuração. RMS n. 13.959-0-RS. RSTJ 201/207.
- Cv Descendentes - Defesa - Possibilidade - Dano moral - Dano material - Configuração - Direito à imagem - **Indenização** - Cabimento - Pai falecido. REsp n. 521.697-0-RJ. RSTJ 201/449.
- PrCv Diligência - Juntada posterior - Impossibilidade - Advogado - Procuração nos autos - Inexistência - Embargos declaratórios - Interposição - **Execução de suspeição**. AgRg nos EDcl na ExSusp n. 22-0-MG. RSTJ 201/23.
- Cv Direito à imagem - Dano moral - Dano material - Configuração - Descendentes - Defesa - Possibilidade - **Indenização** - Cabimento - Pai falecido. REsp n. 521.697-0-RJ. RSTJ 201/449.
- Adm Direito adquirido - Violação - Não-ocorrência - Decreto-Lei n. 1.820/1980 - Incentivos funcionais - Extinção - Lei n. 6.182/1974 - **Servidor público**. REsp n. 436.381-0-RS. RSTJ 201/640.
- PrPn Direito de queixa - Decadência - Crime contra a honra - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 5.250/1967, art. 41, § 1^a - Matéria jornalística. HC n. 39.557-0-RJ. RSTJ 201/622.
- PrCv Divergência jurisprudencial não demonstrada - CPC, art. 578, VI e parágrafo único - **Execução fiscal** - Fazenda Pública - Faculdade - Foro competente - Local de ocorrência dos fatos. REsp n. 692.889-0-MG. RSTJ 201/127.

E

- Adm Edital - Altura mínima - Exigência - Ilegalidade - Concurso público - Polícia Militar - Decadência - Não-ocorrência - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 20.637-0-SC. RSTJ 201/548.
- PrCv **Embargos à execução** - Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Súmula n. 233-STJ - Súmula n. 258-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.
- PrCv Embargos à execução - Oposição - CPC, arts. 535, I e II, 657 e 738, I e II - Julgamento **extra petita** - Não-caracterização - Termo de penhora - Lavratura - Termo inicial. REsp n. 259.272-0-GO. RSTJ 201/400.
- PrCv Embargos de terceiro - Autarquia federal - Oposição - **Competência** - Execução fiscal - Justiça Estadual - Processamento - Justiça Federal. CC n. 54.437-0-SC. RSTJ 201/31.
- PrCv Embargos de terceiro - Bem de família - Insuficiência - Cônjuge avalista - Intimação - Irregularidade - **Execução** - Legitimidade ativa **ad causam** - Cônjuge meeiro. REsp n. 245.183-0-SP. RSTJ 201/389.
- PrCv **Embargos declaratórios** - Agravo regimental - Recebimento - Possibilidade - Princípio da fungibilidade. EDcl no AgRg no Ag n. 700.443-0-SP. RSTJ 201/96.
- PrCv Embargos declaratórios - Interposição - Advogado - Procuração nos autos - Inexistência - Diligência - Juntada posterior - Impossibilidade - **Exceção de suspeição**. AgRg nos EDcl na ExSusp n. 22-0-MG. RSTJ 201/23.
- PrCv Embargos declaratórios - Reexame da matéria - Via eleita inadequada - Lesão à ordem jurídica - Erro de julgamento - Análise - Impossibilidade - Suspensão de liminar e de sentença - Mandado de segurança. EDcl no AgRg na SLS n. 11-0-PR. RSTJ 201/25.
- Adm **Ensino superior** - Instituição particular - Instituição pública - Transferência - Impossibilidade - Lei n. 9.536/1997, art. 1º - Inconstitucionalidade - Servidor público - Cônjuge - Transferência **ex officio**. REsp n. 695.886-0-CE. RSTJ 201/138.
- PrCv Epidemia de dengue - Vítimas - Mensuração - Impossibilidade - **Ação civil pública** - Indenização - Não-cabimento - Responsabilidade civil do Estado por omissão - Não-ocorrência. REsp n. 703.471-0-RN. RSTJ 201/232.
- PrCv Esbulho - Não-ocorrência - **Ação de reintegração de posse** - Posse - Não-comprovação - Prequestionamento - Ausência - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- Adm Estado-Membro - CF/1988, art. 5º, XXIV - Competência - **Desapropriação** - Interesse social - Configuração. RMS n. 13.959-0-RS. RSTJ 201/207.

- Adm Exame psicotécnico - Exigência - Legalidade - Concurso público - Polícia civil - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.527-0-RR. RSTJ 201/541.
- PrCv **Exceção de suspeição** - Advogado - Procuração nos autos - Inexistência - Diligência - Juntada posterior - Impossibilidade - Embargos declaratórios - Interposição. AgRg nos EDcl na ExSusp n. 22-0-MG. RSTJ 201/23.
- PrCv **Exceção de suspeição** - CPC, art. 135 - Rol taxativo - Perito. REsp n. 730.811-0-RJ. RSTJ 201/158.
- PrCv Execução - Bem de família - Impenhorabilidade - Análise - **Competência** - Juiz de Direito deprecado. CC n. 36.044-0-ES. RSTJ 201/277.
- PrCv **Execução** - Bem de família - Insuficiência - Cônjuge avalista - Intimação - Irregularidade - Embargos de terceiro - Legitimidade ativa **ad causam** - Cônjuge meeiro. REsp n. 245.183-0-SP RSTJ 201/389.
- PrCv **Execução** - CPC, art. 644 - Multa - Aplicação contra a Fazenda Pública - Possibilidade - Obrigação de fazer - Descumprimento. AgRg no REsp n. 727.983-0-RS. RSTJ 201/93.
- PrCv **Execução contra a Fazenda Pública** - Ação civil pública - Origem - Honorários advocatícios - Não-cabimento - Lei n. 9.494/1997, art. 1^a-D - Inaplicabilidade. AgRg no Ag n. 654.254-0-RS. RSTJ 201/497.
- PrCv **Execução fiscal** - CPC, art. 578, VI e parágrafo único - Divergência jurisprudencial não demonstrada - Fazenda Pública - Faculdade - Foro competente - Local de ocorrência dos fatos. REsp n. 692.889-0-MG. RSTJ 201/127.
- PrCv Execução fiscal - Justiça Estadual - Processamento - **Competência** - Embargos de terceiro - Autarquia federal - Oposição - Justiça Federal. CC n. 54.437-0-SC. RSTJ 201/31.
- PrPn Execução provisória - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Salvo-conduto - Concessão - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Necessidade. HC n. 41.508-0-SP RSTJ 201/632.
- PrPn Extinção da punibilidade - Crime contra a honra - Direito de queixa - Decadência - **Habeas corpus** - Lei n. 5.250/1967, art. 41, § 1^a - Matéria jornalística. HC n. 39.557-0-RJ. RSTJ 201/622.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade - **Abandono de causa** - CPC, art. 267, III e § 1^a - Aplicabilidade - Fazenda Pública - Intimação pessoal - Ocorrência. AgRg no REsp n. 719.893-0-RS. RSTJ 201/89.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade - **Ação rescisória** - Proposição errônea - CPC, art. 113, § 2^a - Inaplicabilidade. REsp n. 732.325-0-PR. RSTJ 201/171.

F

- PrCv Fazenda Pública - Condenação - CPC, art. 475, II - Honorários advocatícios - Reexame - Alcance - **Remessa ex officio** - Súmula n. 325-STJ. RSTJ 201/560.
- PrCv Fazenda Pública - Faculdade - CPC, art. 578, VI e parágrafo único - Divergência jurisprudencial não demonstrada - **Execução fiscal** - Foro competente - Local de ocorrência dos fatos. REsp n. 692.889-0-MG. RSTJ 201/127.
- PrCv Fazenda Pública - Intimação pessoal - Ocorrência - **Abandono de causa** - CPC, art. 267, III e § 1º - Aplicabilidade - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Necessidade. Agrg no REsp n. 719.893-0-RS. RSTJ 201/89.
- PrCv Foro competente - Local de ocorrência dos fatos - CPC, art. 578, VI e parágrafo único - Divergência jurisprudencial não demonstrada - **Execução fiscal** - Fazenda Pública - Faculdade. REsp n. 692.889-0-MG. RSTJ 201/127.
- PrCv **Fumus boni iuris - Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - Companheira de homem casado - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - Lei n. 8.971/1994 - Reserva de bens - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP. RSTJ 201/431.
- PrCv Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 9.028/1995, art. 24-A - Inaplicabilidade - **Representação judicial** - Sucumbência - Reembolso - Impossibilidade - Taxa judiciária - Isenção - Legalidade. REsp n. 693.150-0-PE. RSTJ 201/228.

H

- Pn **Habeas corpus** - Ação penal - Trancamento - Possibilidade - Atipicidade da conduta - Comprovação - Crime de calúnia. HC n. 45.779-0-SP. RSTJ 201/534.
- PrCv **Habeas corpus** - Alimentos - Devedor maior de 75 anos - Moléstia grave - Lei de Execuções Penais - Aplicabilidade - Prisão civil - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 44.754-0-SP. RSTJ 201/292.
- PrPn **Habeas corpus** - Apelação - Julgamento - Adiamento - Intimação - Necessidade - Nulidade absoluta - Ocorrência. HC n. 39.026-0-RS. RSTJ 201/616.
- PrPn **Habeas corpus** - Autodefesa - Observância - Conduta atípica - Configuração - Crime de falsidade ideológica - Não-ocorrência - Declaração falsa perante a autoridade policial - Prisão em flagrante. HC n. 35.309-0-RJ. RSTJ 201/612.
- PrPn **Habeas corpus** - Auto-incriminação - Impossibilidade - Liminar - Deferimento - Legalidade - Testemunha - Ré em processo conexo. HC n. 46.996-0-RS. RSTJ 201/202.

- PrPn **Habeas corpus** - Bem penhorado - Posse - Não-ocorrência - Depositário infiel - Prisão civil - Não-cabimento. HC n. 39.262-0-SP RSTJ 201/197.
- PrPn **Habeas corpus** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPE art. 514 - Crime de concussão - Defesa preliminar - Ausência - Denúncia - Recebimento - Inquérito policial. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime contra a honra - Direito de queixa - Decadência - Extinção da punibilidade - Lei n. 5.250/1967, art. 41, § 1º - Matéria jornalística. HC n. 39.557-0-RJ. RSTJ 201/622.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime hediondo - Configuração - Lei n. 8.072/1990, arts. 1º, V e VI, e 2º, § 1º - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Violência presumida. HC n. 31.881-0-SP RSTJ 201/606.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de lesão corporal culposa - Desclassificação - Lei n. 9.099/1995 - Suspensão condicional do processo - Possibilidade. HC n. 39.473-0-PB. RSTJ 201/620.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de quadrilha ou bando - Interceptação telefônica - Legalidade - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 41.719-0-RO. RSTJ 201/527.
- PrPn **Habeas corpus** - Execução provisória - Impossibilidade - Salvo-conduto - Concessão - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Necessidade. HC n. 41.508-0-SP RSTJ 201/632.
- Cm Habilitação posterior - Possibilidade - **Concordata** - Término - Não-ocorrência - Credor quirografário - Pagamento - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 98 - Parcela pendente - Ocorrência. REsp n. 300.134-0-RJ. RSTJ 201/420.
- PrCv Honorários advocatícios - Condenação - CPC, art. 475, II - Fazenda Pública - Reexame - Alcance - **Remessa ex officio** - Súmula n. 325-STJ. RSTJ 201/560.
- PrCv **Honorários advocatícios** - Litisconsórcio passivo - CPC, art. 23 - Princípio da proporcionalidade - Aplicabilidade - Sentença - Solidariedade - Menção - Não-ocorrência. REsp n. 489.369-0-PR. RSTJ 201/319.
- PrCv Honorários advocatícios - Não-cabimento - Ação civil pública - Origem - **Execução contra a Fazenda Pública** - Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D - Inaplicabilidade. AgRg no Ag n. 654.254-0-RS. RSTJ 201/497.
- Cv Honorários periciais - Revisão - Impossibilidade - **Locação** - Súmula n. 7-STJ. EDcl no AgRg no Ag n. 641.647-0-SP RSTJ 201/599.

I

- PrCv Ilegitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - **Ação civil pública** - Interesses individuais homogêneos - Relevante interesse social - Inexistência. REsp n. 613.493-0-DF. RSTJ 201/464.

- PrCv Imóvel - Penhora - Impossibilidade - **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-cabimento - Lei n. 8.009/1990 - Oficial de justiça - Decisão judicial - Cumprimento. REsp n. 605.641-0-RS. RSTJ 201/349.
- Adm Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **ius tantom Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- Cv Imóvel construído - Contrato - Rescisão - **Promessa de compra e venda** - Inadimplemento - Quantias pagas - Restituição. REsp n. 508.831-0-MG. RSTJ 201/444.
- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Declaração - Ano base de 1988 - Lei Complementar n. 105/2001 - Inaplicabilidade - Lei n. 10.174/2001 - Inaplicabilidade - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Processo administrativo - Instauração - Sigilo bancário - Quebra por autoridade administrativa - Impossibilidade. REsp n. 608.053-0-RS. RSTJ 201/220.
- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 3.470/1958, art. 74 - Lei n. 4.506/1964, art. 71 - Pessoa jurídica - *Royalties* - Dedução. REsp n. 260.513-0-RS. RSTJ 201/214.
- Adm Incentivos funcionais - Extinção - Decreto-Lei n. 1.820/1980 - Direito adquirido - Violação - Não-ocorrência - Lei n. 6.182/1974 - **Servidor público**. REsp n. 436.381-0-RS. RSTJ 201/640.
- Cv **Indenização** - Cabimento - Dano moral - Dano material - Configuração - Descendentes - Defesa - Possibilidade - Direito à imagem - Pai falecido. REsp n. 521.697-0-RJ. RSTJ 201/449.
- PrCv Indenização - Não-cabimento - **Ação civil pública** - Epidemia de dengue - Vítimas - Mensuração - Impossibilidade - Responsabilidade civil do Estado por omissão - Não-ocorrência. REsp n. 703.471-0-RN. RSTJ 201/232.
- Cv Indenização - Não-cabimento - Segurado - Má-fé - Configuração - Seguradora - Exigência de exame prévio - Não-ocorrência - **Seguro**. REsp n. 686.325-0-MG. RSTJ 201/377.
- Trbt **Infração tributária** - CTN, arts. 113, §§ 1^a e 3^a, e 139 - Denúncia espontânea - Lei n. 9.430/1996, art. 43 - Multa moratória - Compensação - Possibilidade. REsp n. 798.263-0-PR. RSTJ 201/182.
- PrPn Inquérito policial - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CPP, art. 514 - Crime de concussão - Defesa preliminar - Ausência - Denúncia - Recebimento - **Habeas corpus**. HC n. 34.704-0-RJ. RSTJ 201/609.
- PrPn Inquérito policial - Pedido de vista - Recusa - Legalidade - CF/1988, art. 5^o, LX - Violação - Não-ocorrência - **Investigação policial** - Sigilo - Possibilidade - Lei n. 8.906/1994. ROMS n. 12.516-0-PR. RSTJ 201/253.

- PrPn Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - *Internet* - Sala de bate-papo - Lei n. 8.069/1990, art. 241 - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus** - Sigilo das comunicações - Inviabilidade - Transmissão de pornografia - Criança. RHC n. 18.116-0-SP RSTJ 201/636.
- Cv Instituição financeira - Culpa - Não-comprovação - Dano moral - Não-cabimento - Nexo de causalidade - Ausência - **Responsabilidade civil**. REsp n. 650.989-0-SP RSTJ 201/468.
- Adm Instituição particular - Instituição pública - Transferência - Impossibilidade - **Ensino superior** - Lei n. 9.536/1997, art. 1º - Inconstitucionalidade - Servidor público - Cônjuge - Transferência **ex officio**. REsp n. 695.886-0-CE. RSTJ 201/138.
- PrPn Interceptação telefônica - Legalidade - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 41.719-0-RO. RSTJ 201/527.
- Adm Interesse social - Configuração - CF/1988, art. 5º, XXIV - Competência - **Desapropriação** - Estado-Membro. RMS n. 13.959-0-RS. RSTJ 201/207.
- PrCv Interesses individuais homogêneos - **Ação civil pública** - Ilegitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Relevante interesse social - Inexistência. REsp n. 613.493-0-DF. RSTJ 201/464.
- PrPn *Internet* - Sala de bate-papo - Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - Lei n. 8.069/1990, art. 241 - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus** - Sigilo das comunicações - Inviabilidade - Transmissão de pornografia - Criança. RHC n. 18.116-0-SP RSTJ 201/636.
- PrPn Intimação - Necessidade - Apelação - Julgamento - Adiamento - **Habeas corpus** - Nulidade absoluta - Ocorrência. HC n. 39.026-0-RS. RSTJ 201/616.
- PrPn **Investição policial** - Atividade investigatória - Possibilidade - CF/1988, art. 129, I - Competência - Ministério Público. HC n. 38.230-0-SP RSTJ 201/520.
- PrPn **Investigação policial** - Sigilo - Possibilidade - CF/1988, art. 5º, LX - Violação - Não-ocorrência - Inquérito policial - Pedido de vista - Recusa - Legalidade - Lei n. 8.906/1994. ROMS n. 12.516-0-PR. RSTJ 201/253.

J

- PrCv Juiz de Direito deprecado - Bem de família - Impenhorabilidade - Análise - **Competência** - Execução. CC n. 36.044-0-ES. RSTJ 201/277.
- PrCv Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - **Ação indenizatória por erro médico** - Cerceamento de defesa - Caracterização - Prova - Requerimento - Ocorrência. REsp n. 419.026-0-DF RSTJ 201/297.

- PrCv Julgamento **extra petita** - Não-caracterização - CPC, arts. 535, I e II, 657 e 738, I e II - Embargos à execução - Oposição - Termo de penhora - Lavratura - Termo inicial. REsp n. 259.272-0-GO. RSTJ 201/400.
- Trbt Juros moratórios - Cabimento - Correção monetária - Índice aplicável - Repetição do indébito. REsp n. 723.698-0-RJ. RSTJ 201/147.
- Cv Juros moratórios - Fixação - CC/1916, art. 1.062 - CC/2002, art. 406 - Parcelas pagas - Restituição - **Promessa de compra e venda**. REsp n. 594.486-0-MG. RSTJ 201/337.
- Pv Juros moratórios - Multa - Não-incidência - **Aposentadoria** - Contribuição previdenciária - Recolhimento em atraso - Lei n. 8.212/1991, art. 45, § 4^a - Irretroatividade - Tempo de serviço - Contagem recíproca. REsp n. 774.126-0-RS. RSTJ 201/582.
- PrCv Justa causa - Configuração - CPC, arts. 183 e 185 - Prazo - Restituição - Preclusão - Não-ocorrência - **Recurso** - Interposição - Não-ocorrência. AgRg no REsp n. 533.852-0-RJ. RSTJ 201/287.
- PrCv Justiça Federal - Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Lei n. 6.855/1980 - Lei n. 7.750/1989 - Ministério do Exército - Supervisão - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- PrCv Justiça Federal - **Competência** - Embargos de terceiro - Autarquia federal - Oposição - Execução fiscal - Justiça Estadual - Processamento. CC n. 54.437-0-SC. RSTJ 201/31.

L

- PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Cessionário - **Ação revisional** - Contrato de gaveta - Sub-rogação - Possibilidade - Lei n. 10.150/2000, art. 22 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Contrato de financiamento. REsp n. 705.231-0-RS. RSTJ 201/250.
- PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Cônjuge meeiro - Bem de família - Insuficiência - Cônjuge avalista - Intimação - Irregularidade - Embargos de terceiro - **Execução**. REsp n. 245.183-0-SP. RSTJ 201/389.
- PrCv Legitimidade ativa **ad causam** - Credor - **Ação de compensação** - Cheque - Devolução indevida - CPC, art. 3^a - Dano moral - Configuração. REsp n. 741.729-0-MA. RSTJ 201/381.
- PrCv Legitimidade passiva **ad causam** - Pai registral - Ação anulatória de registro - Julgamento improcedente - Irrelevância - **Ação de investigação de paternidade** - CC/1916, art. 362 - Inaplicabilidade. REsp n. 279.243-0-RS. RSTJ 201/406.
- Trbt Lei Complementar n. 105/2001 - Inaplicabilidade - **Imposto de Renda (IR)** - Declaração - Ano base de 1988 - Lei n. 10.174/2001 - Inaplicabilidade - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Processo administrativo - Instauração - Sigilo bancário - Quebra por autoridade administrativa - Impossibilidade. REsp n. 608.053-0-RS. RSTJ 201/220.

- PrCv Lei de Execuções Penais - Aplicabilidade - Alimentos - Devedor maior de 75 anos - Moléstia grave - **Habeas corpus** - Prisão civil - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 44.754-0-SP. RSTJ 201/292.
- Trbt Lei n. 3.470/1958, art. 74 - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 4.506/1964, art. 71 - Pessoa jurídica - *Royalties* - Dedução. REsp n. 260.513-0-RS. RSTJ 201/214.
- Trbt Lei n. 4.506/1964, art. 71 - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 3.470/1958, art. 74 - Pessoa jurídica - *Royalties* - Dedução. REsp n. 260.513-0-RS. RSTJ 201/214.
- PrPn Lei n. 5.250/1967, art. 41, § 1^a - Crime contra a honra - Direito de queixa - Decadência - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Matéria jornalística. HC n. 39.557-0-RJ. RSTJ 201/622.
- Trbt Lei n. 5.764/1971 - Atos cooperativos - **Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Isenção - Possibilidade - Cooperativa de crédito - Entidades bancárias - Equiparação - Não-ocorrência - CTN, art. 110. AgRg no REsp n. 669.384-0-SC. RSTJ 201/67.
- Adm Lei n. 6.182/1974 - Decreto-Lei n. 1.820/1980 - Direito adquirido - Violação - Não-ocorrência - Incentivos funcionais - Extinção - **Servidor público**. REsp n. 436.381-0-RS. RSTJ 201/640.
- Pn Lei n. 6.368/1976, art. 16 - **Crime de tráfico de entorpecente** - Regime prisional aberto - Concessão - Possibilidade - Reincidência - Inexistência - Réu viciado. HC n. 28.855-0-SP. RSTJ 201/602.
- PrCv Lei n. 6.855/1980 - Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Justiça Federal - Lei n. 7.750/1989 - Ministério do Exército - Supervisão - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- PrCv Lei n. 7.750/1989 - Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Justiça Federal - Lei n. 6.855/1980 - Ministério do Exército - Supervisão - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- PrCv Lei n. 8.009/1990 - **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-cabimento - Imóvel - Penhora - Impossibilidade - Oficial de justiça - Decisão judicial - Cumprimento. REsp n. 605.641-0-RS. RSTJ 201/349.
- PrPn Lei n. 8.069/1990, art. 241 - Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - *Internet* - Sala de bate-papo - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus** - Sigilo das comunicações - Inviabilidade - Transmissão de pornografia - Criança. RHC n. 18.116-0-SP. RSTJ 201/636.
- PrPn Lei n. 8.072/1990, arts. 1^a, V e VI, e 2^a, § 1^a - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime hediondo - Configuração - **Habeas corpus** - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Violência presumida. HC n. 31.881-0-SP. RSTJ 201/606.
- PrPn Lei n. 8.137/1990, art. 7^o, VII - Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - CPJ art. 41 - Crime contra as relações de consumo - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP. RSTJ 201/645.

- Pv Lei n. 8.212/1991, art. 45, § 4º - Irretroatividade - **Aposentadoria** - Contribuição previdenciária - Recolhimento em atraso - Juros moratórios - Multa - Não-incidência - Tempo de serviço - Contagem recíproca. REsp n. 774.126-0-RS. RSTJ 201/582.
- PrPn Lei n. 8.906/1994 - CF/1988, art. 5º, LX - Violação - Não-ocorrência - Inquérito policial - Pedido de vista - Recusa - Legalidade - **Investigação policial** - Sigilo - Possibilidade. ROMS n. 12.516-0-PR. RSTJ 201/253.
- PrCv Lei n. 8.971/1994 - **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - Companheira de homem casado - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Reserva de bens - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP RSTJ 201/431.
- PrCv Lei n. 9.028/1995, art. 24-A - Inaplicabilidade - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Representação judicial** - Sucumbência - Reembolso - Impossibilidade - Taxa judiciária - Isenção - Legalidade. REsp n. 693.150-0-PE. RSTJ 201/228.
- PrPn Lei n. 9.099/1995 - Crime de lesão corporal culposa - Desclassificação - **Habeas corpus** - Suspensão condicional do processo - Possibilidade. HC n. 39.473-0-PB. RSTJ 201/620.
- PrPn Lei n. 9.099/1995, art. 89 - **Crime de descaminho** - Período de prova - Término - Irrelevância - Suspensão condicional do processo - Revogação. REsp n. 738.289-0-GO. RSTJ 201/560.
- Trbt Lei n. 9.317/1996, art. 9º, XIII - Serviços de contabilidade e administração - Opção - Impossibilidade - **Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples)**. REsp n. 612.909-0-RJ. RSTJ 201/118.
- Trbt Lei n. 9.430/1996, art. 43 - CTN, arts. 113, §§ 1º e 3º, e 139 - Denúncia espontânea - **Infração tributária** - Multa moratória - Compenção - Possibilidade. REsp n. 798.263-0-PR. RSTJ 201/182.
- PrCv Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D - Inaplicabilidade - Ação civil pública - Origem - **Execução contra a Fazenda Pública** - Honorários advocatícios - Não-cabimento. AgRg no Ag n. 654.254-0-RS. RSTJ 201/497.
- Adm Lei n. 9.536/1997, art. 1º - Inconstitucionalidade - **Ensino superior** - Instituição particular - Instituição pública - Transferência - Impossibilidade - Servidor público - Cônjuge - Transferência **ex officio**. REsp n. 695.886-0-CE. RSTJ 201/138.
- PrCv Lei n. 10.150/2000, art. 22 - **Ação revisional** - Contrato de gaveta - Sub-rogação - Possibilidade - Legitimidade ativa **ad causam** - Cessionário - Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Contrato de financiamento. REsp n. 705.231-0-RS. RSTJ 201/250.

- Trbt Lei n. 10.174/2001 - Inaplicabilidade - **Imposto de Renda (IR)** - Declaração - Ano base de 1988 - Lei Complementar n. 105/2001 - Inaplicabilidade - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Processo administrativo - Instauração - Sigilo bancário - Quebra por autoridade administrativa - Impossibilidade. REsp n. 608.053-0-RS. RSTJ 201/220.
- PrCv Lesão à ordem jurídica - Erro de julgamento - Análise - Impossibilidade - Embargos declaratórios - Reexame da matéria - Via eleita inadequada - Suspensão de liminar e de sentença - Mandado de segurança. EDcl no AgRg na SLS n. 11-0-PR. RSTJ 201/25.
- PrPn Liminar - Deferimento - Legalidade - Auto-incriminação - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Testemunha - Ré em processo conexo. HC n. 46.996-0-RS. RSTJ 201/202.
- PrCv Liminar - Deferimento - Legalidade - Certidão Negativa de Débito - Emissão - **Medida cautelar incidental** - Tributo - Compensação - Possibilidade. MC n. 8.389-0-MG. RSTJ 201/205.
- Cv **Locação** - Honorários periciais - Revisão - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ. EDcl no AgRg no Ag n. 641.647-0-SP RSTJ 201/599.

M

- PrCv **Mandado de segurança** - Ato comissivo - Configuração - Concurso público - Guarda penitenciário - Contratação - Tempo determinado - Decadência - Nomeação - Suspensão - Prazo - Termo inicial. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- Adm **Mandado de segurança preventivo** - Anistia - Configuração - Plano de Demissão Voluntária (PDV) - Adesão - Reintegração - Impossibilidade - Servidor público. MS n. 9.263-0-DF. RSTJ 201/491.
- PrPn Matéria jornalística - Crime contra a honra - Direito de queixa - Decadência - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 5.250/1967, art. 41, § 1º. HC n. 39.557-0-RJ. RSTJ 201/622.
- PrCv **Medida cautelar em sede de Recurso extraordinário** - Competência - Súmula n. 634-STF - Súmula n. 635-STF - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AgRg no AgRg na MC n. 9.371-0-PI. RSTJ 201/21.
- PrCv **Medida cautelar incidental** - Certidão Negativa de Débito - Emissão - Liminar - Deferimento - Legalidade - Tributo - Compensação - Possibilidade. MC n. 8.389-0-MG. RSTJ 201/205.
- PrCv Ministério do Exército - Supervisão - Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - **Competência** - Justiça Federal - Lei n. 6.855/1980 - Lei n. 7.750/1989 - Súmula n. 324-STJ. RSTJ 201/559.
- PrPn Ministério Público - Atividade investigatória - Possibilidade - CF/1988, art. 129, I - Competência - **Investição policial**. HC n. 38.230-0-SP RSTJ 201/520.

- Adm Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - **Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- PrCv Multa - Aplicação contra a Fazenda Pública - Possibilidade - CPC, art. 644 - **Execução** - Obrigação de fazer - Descumprimento. AgRg no REsp n. 727.983-0-RS. RSTJ 201/93.
- Trbt Multa moratória - Compensação - Possibilidade - CTN, arts. 113, §§ 1º e 3º, e 139 - Denúncia espontânea - **Infração tributária** - Lei n. 9.430/1996, art. 43. REsp n. 798.263-0-PR. RSTJ 201/182.

N

- Cv Nexo de causalidade - Ausência - Dano moral - Não-cabimento - Instituição financeira - Culpa - Não-comprovação - **Responsabilidade civil**. REsp n. 650.989-0-SP. RSTJ 201/468.
- PrCv Nexo de causalidade - Caracterização - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- PrCv Nomeação - Suspensão - Ato comissivo - Configuração - Concurso público - Guarda penitenciário - Contratação - Tempo determinado - Decadência - **Mandado de segurança** - Prazo - Termo inicial. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- PrCv Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - **Embargos à execução** - Súmula n. 233-STJ - Súmula n. 258-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.
- PrPn Nulidade absoluta - Ocorrência - Apelação - Julgamento - Adiamento - **Habeas corpus** - Intimação - Necessidade. HC n. 39.026-0-RS. RSTJ 201/616.

O

- PrCv Obrigação de fazer - Descumprimento - CPC, art. 644 - **Execução** - Multa - Aplicação contra a Fazenda Pública - Possibilidade. AgRg no REsp n. 727.983-0-RS. RSTJ 201/93.
- Cv Obrigação solidária - Não-caracterização - **Alimentos** - Inadimplemento - CC/2002, art. 1.698 - Responsabilidade complementar - Avós. REsp n. 658.139-0-RS. RSTJ 201/474.
- PrCv Oficial de justiça - Decisão judicial - Cumprimento - **Ação indenizatória** - Dano moral - Não-cabimento - Imóvel - Penhora - Impossibilidade - Lei n. 8.009/1990. REsp n. 605.641-0-RS. RSTJ 201/349.

P

- Cv Pai falecido - Dano moral - Dano material - Configuração - Descendentes - Defesa - Possibilidade - Direito à imagem - **Indenização** - Cabimento. REsp n. 521.697-0-RJ. RSTJ 201/449.
- Cm Parcela pendente - Ocorrência - **Concordata** - Término - Não-ocorrência - Credor quirografário - Pagamento - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 98 - Habilitação posterior - Possibilidade. REsp n. 300.134-0-RJ. RSTJ 201/420.
- Cv Parcelas pagas - Restituição - CC/1916, art. 1.062 - CC/2002, art. 406 - Juros moratórios - Fixação - **Promessa de compra e venda**. REsp n. 594.486-0-MG. RSTJ 201/337.
- Pn Pena - Aumento - Possibilidade - **Bis in idem** - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Crime hediondo - Configuração - Violência real - Ocorrência. REsp n. 761.950-0-RS. RSTJ 201/565.
- Pn Pena - Causa de aumento - Caracterização - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Súmula n. 231-STJ. REsp n. 766.673-0-RS. RSTJ 201/570.
- Pn Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Causa de aumento - Caracterização - Súmula n. 231-STJ. REsp n. 766.673-0-RS. RSTJ 201/570.
- PrPn Período de prova - Término - Irrelevância - **Crime de descaminho** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Suspensão condicional do processo - Revogação. REsp n. 738.289-0-GO. RSTJ 201/560.
- PrCv Perito - CPC, art. 135 - Rol taxativo - **Exceção de suspeição**. REsp n. 730.811-0-RJ. RSTJ 201/158.
- Trbt Pessoa jurídica - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 3.470/1958, art. 74 - Lei n. 4.506/1964, art. 71 - *Royalties* - Dedução. REsp n. 260.513-0-RS. RSTJ 201/214.
- Adm Plano de Demissão Voluntária (PDV) - Adesão - Anistia - Configuração - **Mandado de segurança preventivo** - Reintegração - Impossibilidade - Servidor público. MS n. 9.263-0-DF. RSTJ 201/491.
- PrCv Posse - Não-comprovação - **Ação de reintegração de posse** - Esbulho - Não-ocorrência - Prequestionamento - Ausência - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- PrCv Prazo - Restituição - CPC, arts. 183 e 185 - Justa causa - Configuração - Preclusão - Não-ocorrência - **Recurso** - Interposição - Não-ocorrência. AgRg no REsp n. 533.852-0-RJ. RSTJ 201/287.

- PrCv Prazo - Termo inicial - Ato comissivo - Configuração - Concurso público - Guarda penitenciário - Contratação - Tempo determinado - Decadência - **Mandado de segurança** - Nomeação - Suspensão. ROMS n. 11.781-0-MG. RSTJ 201/649.
- PrCv Preclusão - Não-ocorrência - CPC, arts. 183 e 185 - Justa causa - Configuração - Prazo - Restituição - **Recurso** - Interposição - Não-ocorrência. AgRg no REsp n. 533.852-0-RJ. RSTJ 201/287.
- PrCv Prequestionamento - Ausência - **Ação de reintegração de posse** - Esbulho - Não-ocorrência - Posse - Não-comprovação - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- PrCv Prescrição - Termo inicial - **Ação de sonegação de bens na partilha** - CC/1916, art. 177. REsp n. 509.300-0-SC. RSTJ 201/328.
- PrPn Princípio da ampla defesa - Observância - Necessidade - **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Confissão - Ocorrência - Prova - Dispensa. HC n. 39.829-0-RJ. RSTJ 201/628.
- PrCv Princípio da fungibilidade - Agravo regimental - Recebimento - Possibilidade - **Embargos declaratórios**. EDcl no AgRg no Ag n. 700.443-0-SP RSTJ 201/96.
- Trbt Princípio da irretroatividade da lei tributária - **Imposto de Renda (IR)** - Declaração - Ano base de 1988 - Lei Complementar n. 105/2001 - Inaplicabilidade - Lei n. 10.174/2001 - Inaplicabilidade - Processo administrativo - Instauração - Sigilo bancário - Quebra por autoridade administrativa - Impossibilidade. REsp n. 608.053-0-RS. RSTJ 201/220.
- PrCv Princípio da proporcionalidade - Aplicabilidade - CPC, art. 23 - **Honorários advocatícios** - Litisconsórcio passivo - Sentença - Solidariedade - Menção - Não-ocorrência. REsp n. 489.369-0-PR. RSTJ 201/319.
- PrCv Princípio da razoabilidade - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- PrCv Prisão civil - Alimentos - Devedor maior de 75 anos - Moléstia grave - **Habeas corpus** - Lei de Execuções Penais - Aplicabilidade - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 44.754-0-SP RSTJ 201/292.
- PrPn Prisão civil - Não-cabimento - Bem penhorado - Posse - Não-ocorrência - Depositário infiel - **Habeas corpus**. HC n. 39.262-0-SP RSTJ 201/197.
- PrCv Prisão domiciliar - Cabimento - Alimentos - Devedor maior de 75 anos - Moléstia grave - **Habeas corpus** - Lei de Execuções Penais - Aplicabilidade - Prisão civil. HC n. 44.754-0-SP RSTJ 201/292.

- PrPn Prisão em flagrante - Autodefesa - Observância - Conduta atípica - Configuração - Crime de falsidade ideológica - Não-ocorrência - Declaração falsa perante a autoridade policial - **Habeas corpus**. HC n. 35.309-0-RJ. RSTJ 201/612.
- PrPn Prisão preventiva - Manutenção - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Intercepção telefônica - Legalidade. HC n. 41.719-0-RO. RSTJ 201/527.
- Trbt Processo administrativo - Instauração - **Imposto de Renda (IR)** - Declaração - Ano base de 1988 - Lei Complementar n. 105/2001 - Inaplicabilidade - Lei n. 10.174/2001 - Inaplicabilidade - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Sigilo bancário - Quebra por autoridade administrativa - Impossibilidade. REsp n. 608.053-0-RS. RSTJ 201/220.
- Cv **Promessa de compra e venda** - CC/1916, art. 1.062 - CC/2002, art. 406 - Juros moratórios - Fixação - Parcelas pagas - Restituição. REsp n. 594.486-0-MG. RSTJ 201/337.
- Cv **Promessa de compra e venda** - Inadimplemento - Contrato - Rescisão - Imóvel construído - Quantias pagas - Restituição. REsp n. 508.831-0-MG. RSTJ 201/444.
- PrPn Prova - Dispensa - **Ato infracional** - Crime de tráfico de entorpecente - Equiparação - Confissão - Ocorrência - Princípio da ampla defesa - Observância - Necessidade. HC n. 39.829-0-RJ. RSTJ 201/628.
- PrCv Prova - Exame - Impossibilidade - **Ação de reintegração de posse** - Esbulho - Não-ocorrência - Posse - Não-comprovação - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 7-STJ - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- PrCv Prova - Exame - Impossibilidade - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- PrPn Prova - Exame - Impossibilidade - Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - CPP, art. 41 - Crime contra as relações de consumo - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, VII - **Recurso em habeas corpus**. ROHC n. 12.672-0-SP. RSTJ 201/645.
- Adm Prova - Exame - Impossibilidade - Concurso público - Polícia civil - Exame psicotécnico - Exigência - Legalidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.527-0-RR. RSTJ 201/541.
- PrPn Prova - Exame - Impossibilidade - Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - *Internet* - Sala de bate-papo - Lei n. 8.069/1990, art. 241 - **Recurso em habeas corpus** - Sigilo das comunicações - Inviabilidade - Transmissão de pornografia - Criança. RHC n. 18.116-0-SP. RSTJ 201/636.

- PrCv Prova - Requerimento - Ocorrência - **Ação indenizatória por erro médico** - Cerceamento de defesa - Caracterização - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade. REsp n. 419.026-0-DF. RSTJ 201/297.
- PrCv Prova material - Início - Configuração - CPC, art. 472 - **Sentença trabalhista**. AgRg no Ag n. 659.221-0-SP. RSTJ 201/508.

Q

- Cv Quantias pagas - Restituição - Contrato - Rescisão - Imóvel construído - **Promessa de compra e venda** - Inadimplemento. REsp n. 508.831-0-MG. RSTJ 201/444.
- PrCv **Quantum** indenizatório - Redução - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.

R

- PrCv **Recurso** - Interposição - Não-ocorrência - CPC, arts. 183 e 185 - Justa causa - Configuração - Prazo - Restituição - Preclusão - Não-ocorrência. AgRg no REsp n. 533.852-0-RJ. RSTJ 201/287.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Atipicidade da conduta - Consumidor - Indução a erro - CPP, art. 41 - Crime contra as relações de consumo - Denúncia - Justa causa - Ocorrência - Lei n. 8.137/1990, art. 7^a, VII - Prova - Exame - Impossibilidade. ROHC n. 12.672-0-SP. RSTJ 201/645.
- PrPn **Recurso em habeas corpus** - Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - *Internet* - Sala de bate-papo - Lei n. 8.069/1990, art. 241 - Prova - Exame - Impossibilidade - Sigilo das comunicações - Inviabilidade - Transmissão de pornografia - Criança. RHC n. 18.116-0-SP. RSTJ 201/636.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Concurso público - Polícia civil - Exame psicotécnico - Exigência - Legalidade - Prova - Exame - Impossibilidade. RMS n. 18.527-0-RR. RSTJ 201/541.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Concurso público - Polícia Militar - Decadência - Não-ocorrência - Edital - Altura mínima - Exigência - Ilegalidade. RMS n. 20.637-0-SC. RSTJ 201/548.
- PrPn **Recurso em mandado de segurança** - Crime de apropriação indébita - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Veículo - Apreensão - Restituição - Impossibilidade. ROMS n. 14.402-0-PE. RSTJ 201/654.
- PrCv Reexame - Alcance - Condenação - CPC, art. 475, II - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - **Remessa ex officio** - Súmula n. 325-STJ. RSTJ 201/560.

- PrPn Regime prisional - Progressão - Impossibilidade - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime hediondo - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, arts. 1º, V e VI, e 2º, § 1º - Violência presumida. HC n. 31.881-0-SP RSTJ 201/606.
- Pn Regime prisional aberto - Concessão - Possibilidade - **Crime de tráfico de entorpecente** - Lei n. 6.368/1976, art. 16 - Reincidência - Inexistência - Réu viciado. HC n. 28.855-0-SP RSTJ 201/602.
- Pn Reincidência - Inexistência - **Crime de tráfico de entorpecente** - Lei n. 6.368/1976, art. 16 - Regime prisional aberto - Concessão - Possibilidade - Réu viciado. HC n. 28.855-0-SP RSTJ 201/602.
- Adm Reintegração - Impossibilidade - Anistia - Configuração - **Mandado de segurança preventivo** - Plano de Demissão Voluntária (PDV) - Adesão - Servidor público. MS n. 9.263-0-DF RSTJ 201/491.
- PrCv Relevante interesse social - Inexistência - **Ação civil pública** - Ilegitimidade ativa **ad causam** - Ministério Público - Interesses individuais homogêneos. REsp n. 613.493-0-DF RSTJ 201/464.
- PrCv **Remessa ex officio** - Condenação - CPC, art. 475, II - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - Reexame - Alcance - Súmula n. 325-STJ. RSTJ 201/560.
- Trbt Repetição do indébito - Correção monetária - Índice aplicável - Juros moratórios - Cabimento. REsp n. 723.698-0-RJ. RSTJ 201/147.
- PrCv **Representação judicial** - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 9.028/1995, art. 24-A - Inaplicabilidade - Sucumbência - Reembolso - Impossibilidade - Taxa judiciária - Isenção - Legalidade. REsp n. 693.150-0-PE. RSTJ 201/228.
- PrCv Reserva de bens - Possibilidade - **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - Companhia de homem casado - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Lei n. 8.971/1994 - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 310.904-0-SP RSTJ 201/431.
- Cv **Responsabilidade civil** - Agente - Conduta ilícita - Não-ocorrência - Dano moral - Não-cabimento. REsp n. 259.185-0-RJ. RSTJ 201/393.
- Cv **Responsabilidade civil** - Cartão de cliente especial - Estabelecimento comercial - Recusa - Cliente - Humilhação - Ausência - Dano moral - Inexistência. REsp n. 590.512-0-MG. RSTJ 201/333.
- Cv **Responsabilidade civil** - Dano moral - Não-cabimento - Instituição financeira - Culpa - Não-comprovação - Nexo de causalidade - Ausência. REsp n. 650.989-0-SP RSTJ 201/468.
- PrCv Responsabilidade civil do Estado por omissão - Não-ocorrência - **Ação civil pública** - Epidemia de dengue - Vítimas - Mensuração - Impossibilidade - Indenização - Não-cabimento. REsp n. 703.471-0-RN. RSTJ 201/232.

- Cv Responsabilidade complementar - Avós - **Alimentos** - Inadimplemento - CC/2002, art. 1.698 - Obrigação solidária - Não-caracterização. REsp n. 658.139-0-RS. RSTJ 201/474.
- Pn Réu viciado - **Crime de tráfico de entorpecente** - Lei n. 6.368/1976, art. 16 - Regime prisional aberto - Concessão - Possibilidade - Reincidência - Inexistência. HC n. 28.855-0-SP. RSTJ 201/602.
- Trbt *Royalties* - Dedução - **Imposto de Renda (IR)** - Lei n. 3.470/1958, art. 74 - Lei n. 4.506/1964, art. 71 - Pessoa jurídica. REsp n. 260.513-0-RS. RSTJ 201/214.

S

- PrPn Salvo-conduto - Concessão - Execução provisória - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Necessidade. HC n. 41.508-0-SP. RSTJ 201/632.
- Cv Segurado - Má-fé - Configuração - Indenização - Não-cabimento - Seguradora - Exigência de exame prévio - Não-ocorrência - **Seguro**. REsp n. 686.325-0-MG. RSTJ 201/377.
- Cv Seguradora - Exigência de exame prévio - Não-ocorrência - Indenização - Não-cabimento - Segurado - Má-fé - Configuração - **Seguro**. REsp n. 686.325-0-MG. RSTJ 201/377.
- Cv **Seguro** - Indenização - Não-cabimento - Segurado - Má-fé - Configuração - Seguradora - Exigência de exame prévio - Não-ocorrência. REsp n. 686.325-0-MG. RSTJ 201/377.
- PrCv Sentença - Solidariedade - Menção - Não-ocorrência - CPC, art. 23 - **Honorários advocatícios** - Litisconsórcio passivo - Princípio da proporcionalidade - Aplicabilidade. REsp n. 489.369-0-PR. RSTJ 201/319.
- PrPn Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Necessidade - Execução provisória - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Salvo-conduto - Concessão. HC n. 41.508-0-SP. RSTJ 201/632.
- PrCv **Sentença trabalhista** - CPC, art. 472 - Prova material - Início - Configuração. AgRg no Ag n. 659.221-0-SP. RSTJ 201/508.
- Trbt Serviços de contabilidade e administração - Opção - Impossibilidade - Lei n. 9.317/1996, art. 9º, XIII - **Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples)**. REsp n. 612.909-0-RJ. RSTJ 201/118.
- Adm Servidor público - Anistia - Configuração - **Mandado de segurança preventivo** - Plano de Demissão Voluntária (PDV) - Adesão - Reintegração - Impossibilidade. MS n. 9.263-0-DF. RSTJ 201/491.
- Adm Servidor público - Cônjuge - Transferência **ex officio** - **Ensino superior** - Instituição particular - Instituição pública - Transferência - Impossibilidade - Lei n. 9.536/1997, art. 1º - Inconstitucionalidade. REsp n. 695.886-0-CE. RSTJ 201/138.

- Adm **Servidor público** - Decreto-Lei n. 1.820/1980 - Direito adquirido - Violação - Não-ocorrência - Incentivos funcionais - Extinção - Lei n. 6.182/1974. REsp n. 436.381-0-RS. RSTJ 201/640.
- Trbt Sigilo bancário - Quebra por autoridade administrativa - Impossibilidade - **Imposto de Renda (IR)** - Declaração - Ano base de 1988 - Lei Complementar n. 105/2001 - Inaplicabilidade - Lei n. 10.174/2001 - Inaplicabilidade - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Processo administrativo - Instauração. REsp n. 608.053-0-RS. RSTJ 201/220.
- PrPn Sigilo das comunicações - Inviabilidade - Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - *Internet* - Sala de bate-papo - Lei n. 8.069/1990, art. 241 - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus** - Transmissão de pornografia - Criança. RHC n. 18.116-0-SP. RSTJ 201/636.
- Trbt Simulação - Caracterização - **Certidão Negativa de Débito** - Expedição - Recusa - Possibilidade - Criação de nova sociedade - Mesmos sócios - CTN, arts. 128 e 135, III - Violação - Não-ocorrência - Sociedade inadimplente. REsp n. 650.852-0-MG. RSTJ 201/124.
- PrCv Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - Contrato de financiamento - **Ação revisional** - Contrato de gaveta - Sub-rogação - Possibilidade - Legitimidade ativa **ad causam** - Cessionário - Lei n. 10.150/2000, art. 22. REsp n. 705.231-0-RS. RSTJ 201/250.
- Trbt **Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples)** - Lei n. 9.317/1996, art. 9^a, XIII - Serviços de contabilidade e administração - Opção - Impossibilidade. REsp n. 612.909-0-RJ. RSTJ 201/118.
- Trbt Sociedade inadimplente - **Certidão Negativa de Débito** - Expedição - Recusa - Possibilidade - Criação de nova sociedade - Mesmos sócios - CTN, arts. 128 e 135, III - Violação - Não-ocorrência - Simulação - Caracterização. REsp n. 650.852-0-MG. RSTJ 201/124.
- PrCv Sucumbência - Reembolso - Impossibilidade - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 9.028/1995, art. 24-A - Inaplicabilidade - **Representação judicial** - Taxa judiciária - Isenção - Legalidade. REsp n. 693.150-0-PE. RSTJ 201/228.
- PrCv Sucumbência recíproca - Não-ocorrência - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum** indenizatório - Redução - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- PrCv Súmula n. 7-STJ - **Ação de inventário** - Ação de reconhecimento de sociedade de fato - Conexão - Não-cabimento - Companheira de homem casado - CPC, arts. 1.001 e 1.035 - **Fumus boni iuris** - **Periculum in mora** - Demonstração - Não-ocorrência - Lei n. 8.971/1994 - Reserva de bens - Possibilidade. REsp n. 310.904-0-SP. RSTJ 201/431.

- PrCv Súmula n. 7-STJ - **Ação de reintegração de posse** - Ebulho - Não-ocorrência - Posse - Não-comprovação - Prequestionamento - Ausência - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- PrCv Súmula n. 7-STJ - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 20 e 21 - Dano moral - Dano material - Nexo de causalidade - Caracterização - Princípio da razoabilidade - Prova - Exame - Impossibilidade - **Quantum indenizatório** - Redução - Sucumbência recíproca - Não-ocorrência. REsp n. 704.551-0-MS. RSTJ 201/482.
- Cv Súmula n. 7-STJ - Honorários periciais - Revisão - Impossibilidade - **Locação**. EDcl no AgRg no Ag n. 641.647-0-SP RSTJ 201/599.
- PrCv Súmula n. 211-STJ - **Ação de reintegração de posse** - Ebulho - Não-ocorrência - Posse - Não-comprovação - Prequestionamento - Ausência - Prova - Exame - Impossibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 397.874-0-PE. RSTJ 201/438.
- Pn Súmula n. 231-STJ - Arma de fogo - Apreensão - Irrelevância - **Crime de roubo qualificado** - Pena - Causa de aumento - Caracterização - Pena - Fixação abaixo do mínimo legal - Impossibilidade. REsp n. 766.673-0-RS. RSTJ 201/570.
- PrCv Súmula n. 233-STJ - Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - **Embargos à execução** - Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Súmula n. 258-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.
- PrCv Súmula n. 258-STJ - Contrato de abertura de crédito - Iliquidez - Contrato de confissão de dívida - Não-caracterização - CPC, arts. 583 e 586 - Violação - Ocorrência - **Embargos à execução** - Nota promissória - Autonomia - Impossibilidade - Súmula n. 233-STJ. REsp n. 651.261-0-RJ. RSTJ 201/353.
- PrCv Súmula n. 324-STJ - **Competência** - Autarquia federal - Equiparação - CF/1988, art. 109, I - Justiça Federal - Lei n. 6.855/1980 - Lei n. 7.750/1989 - Ministério do Exército - Supervisão. RSTJ 201/559.
- PrCv Súmula n. 325-STJ - **Remessa ex officio** - Condenação - CPC, art. 475, II - Fazenda Pública - Honorários advocatícios - Reexame - Alcançe. RSTJ 201/560.
- PrCv Súmula n. 634-STF - Competência - **Medida cautelar em sede de Recurso extraordinário** - Súmula n. 635-STF - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AgRg no AgRg na MC n. 9.371-0-PI. RSTJ 201/21.
- PrCv Súmula n. 635-STF - Competência - **Medida cautelar em sede de Recurso extraordinário** - Súmula n. 634-STF - Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no AgRg no AgRg na MC n. 9.371-0-PI. RSTJ 201/21.

- PrCv Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Competência - **Medida cautelar em sede de Recurso extraordinário** - Súmula n. 634-STF - Súmula n. 635-STF AgRg no AgRg no AgRg na MC n. 9.371-0-PI. RSTJ 201/21.
- PrPn Suspensão condicional do processo - Possibilidade - Crime de lesão corporal culposa - Desclassificação - **Habeas corpus** - Lei n. 9.099/1995. HC n. 39.473-0-PB. RSTJ 201/620.
- PrPn Suspensão condicional do processo - Revogação - **Crime de descaminho** - Lei n. 9.099/1995, art. 89 - Período de prova - Término - Irrelevância. REsp n. 738.289-0-GO. RSTJ 201/560.
- PrCv Suspensão de liminar e de sentença - Mandado de segurança - Embargos declaratórios - Reexame da matéria - Via eleita inadequada - Lesão à ordem jurídica - Erro de julgamento - Análise - Impossibilidade. EDcl no AgRg na SLS n. 11-0-PR. RSTJ 201/25.

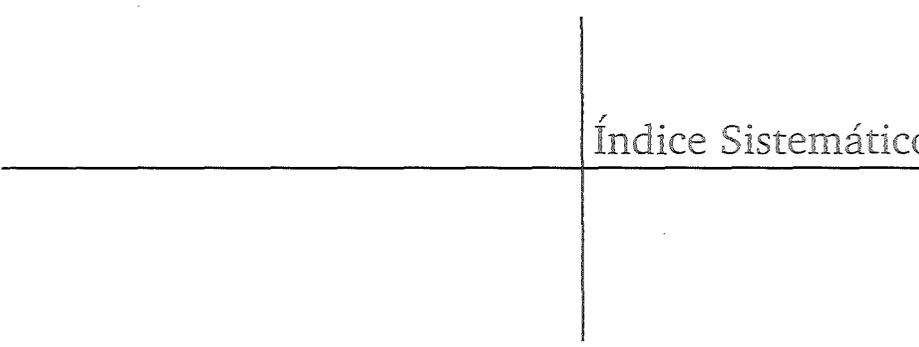
T

- Adm Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - **Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Terra da União - Não-caracterização - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- PrCv Taxa judiciária - Isenção - Legalidade - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 9.028/1995, art. 24-A - Inaplicabilidade - **Representação judicial** - Sucumbência - Reembolso - Impossibilidade. REsp n. 693.150-0-PE. RSTJ 201/228.
- Pv Tempo de serviço - Contagem recíproca - **Aposentadoria** - Contribuição previdenciária - Recolhimento em atraso - Juros moratórios - Multa - Não-incidência - Lei n. 8.212/1991, art. 45, § 4º - Irretroatividade. REsp n. 774.126-0-RS. RSTJ 201/582.
- PrCv Termo de penhora - Lavratura - Termo inicial - CPC, arts. 535, I e II, 657 e 738, I e II - Embargos à execução - Oposição - Julgamento **extra petita** - Não-caracterização. REsp n. 259.272-0-GO. RSTJ 201/400.
- Adm Terra da União - Não-caracterização - **Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terreno de marinha. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- Adm Terreno de marinha - **Bem público** - CF/1988, art. 127 - CPC, art. 82, III - Decreto-Lei n. 9.760/1946 - Imóvel - Título translativo - Registro - Presunção **iuris tantum** - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Taxa de ocupação - Cobrança - Legalidade - Terra da União - Não-caracterização. REsp n. 466.500-0-RS. RSTJ 201/102.
- PrPn Testemunha - Ré em processo conexo - Auto-incriminação - Impossibilidade - **Habeas corpus** - Liminar - Deferimento - Legalidade. HC n. 46.996-0-RS. RSTJ 201/202.

- PrCv **Título executivo extrajudicial** - Câmara Municipal - Emissão - Possibilidade - CPC, art. 585, II. REsp n. 594.874-0-MA. RSTJ 201/217.
- PrPn Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Crime de apropriação indébita - **Recurso em mandado de segurança** - Veículo - Apreensão - Restituição - Impossibilidade. ROMS n. 14.402-0-PE. RSTJ 201/654.
- PrPn Transmissão de pornografia - Criança - Inquérito policial - Trancamento - Impossibilidade - *Internet* - Sala de bate-papo - Lei n. 8.069/1990, art. 241 - Prova - Exame - Impossibilidade - **Recurso em habeas corpus** - Sigilo das comunicações - Inviabilidade. RHC n. 18.116-0-SP. RSTJ 201/636.
- PrCv Tributo - Compensação - Possibilidade - Certidão Negativa de Débito - Emissão - Liminar - Deferimento - Legalidade - **Medida cautelar incidental**. MC n. 8.389-0-MG. RSTJ 201/205.

V

- PrCv Valor da causa - Extrapolação do limite - **Ação indenizatória** - CPC, art. 258 - Dano moral - Juiz de Direito - Arbitramento. REsp n. 565.880-0-SP. RSTJ 201/460.
- PrPn Veículo - Apreensão - Restituição - Impossibilidade - Crime de apropriação indébita - **Recurso em mandado de segurança** - Trânsito em julgado - Não-ocorrência. ROMS n. 14.402-0-PE. RSTJ 201/654.
- PrPn Violência presumida - Crime de estupro - Crime de atentado violento ao pudor - Crime hediondo - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, arts. 1º, V e VI, e 2º, § 1º - Regime prisional - Progressão - Impossibilidade. HC n. 31.881-0-SP. RSTJ 201/606.
- Pn Violência real - Ocorrência - **Bis in idem** - Não-ocorrência - **Crime de estupro** - Crime hediondo - Configuração - Pena - Aumento - Possibilidade. REsp n. 761.950-0-RS. RSTJ 201/565.



Índice Sistemático

I - JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — AgRg no Ag

654.254-0-RS	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 201/497
659.221-0-SP	Rel. Min. Gilson Dipp	RSTJ 201/508

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR — AgRg no AgRg no AgRg na MC

9.371-0-PI	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 201/21
------------------	-------------------------------	-------------

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL — AgRg no REsp

533.852-0-RJ	Rel. Min. Nancy Andrichi	RSTJ 201/287
669.384-0-SC	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 201/67
719.893-0-RS	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 201/89
727.983-0-RS	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 201/93

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO — AgRg nos EDcl na ExSusp

22-0-MG	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 201/23
---------------	-------------------------------	-------------

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — CC

36.044-0-ES	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 201/277
54.437-0-SC	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 201/31

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA — EDcl no AgRg na SLS

11-0-PR	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 201/25
---------------	-------------------------------	-------------

ÍNDICE SISTEMÁTICO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO — EDcl no AgRg no Ag

641.647-0-SP	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.....	RSTJ 201/599
700.443-0-SP	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 201/96

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — EREsp

260.821-0-SP	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 201/36
--------------------	--	-------------

HABEAS CORPUS — HC

28.855-0-SP	Rel. Min. Hamilton Carvalho.....	RSTJ 201/602
31.881-0-SP	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 201/606
34.704-0-RJ	Rel. Min. Hamilton Carvalho.....	RSTJ 201/609
35.309-0-RJ	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 201/612
38.230-0-SP	Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSTJ 201/520
39.026-0-RS	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 201/616
39.262-0-SP	Rel. Min. Castro Meira.....	RSTJ 201/197
39.473-0-PB	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 201/620
39.557-0-RJ	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 201/622
39.829-0-RJ	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 201/628
41.508-0-SP	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.....	RSTJ 201/632
41.719-0-RO	Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSTJ 201/527
44.754-0-SP	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 201/292
45.779-0-SP	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 201/534
46.996-0-RS	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 201/202

MANDADO DE SEGURANÇA — MS

9.263-0-DF.....	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....	RSTJ 201/491
-----------------	-------------------------------------	--------------

MEDIDA CAUTELAR — MC

8.389-0-MG.....	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 201/205
-----------------	---	--------------

RECURSO EM HABEAS CORPUS — RHC

18.116-0-SP	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.....	RSTJ 201/636
-------------------	--------------------------------------	--------------

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA — RMS

13.959-0-RS	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 201/207
18.527-0-RR.....	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 201/541
20.637-0-SC.....	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 201/548

RECURSO ESPECIAL — REsp

245.183-0-SP	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 201/389
--------------------	---	--------------

ÍNDICE SISTEMÁTICO

259.185-0-RJ	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 201/393
259.272-0-GO	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 201/400
260.513-0-RS	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 201/214
279.243-0-RS	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 201/406
300.134-0-RJ	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 201/420
310.904-0-SP	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 201/431
397.874-0-PE	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 201/438
419.026-0-DF	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ..	RSTJ 201/297
436.381-0-RS	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 201/640
466.500-0-RS	Rel. Min. Denise Arruda	RSTJ 201/102
489.369-0-PR	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 201/319
508.831-0-MG	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 201/444
509.300-0-SC	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 201/328
521.697-0-RJ	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 201/449
565.880-0-SP	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 201/460
590.512-0-MG	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ..	RSTJ 201/333
594.486-0-MG	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 201/337
594.874-0-MA	Rel. Min. Castro Meira	RSTJ 201/217
605.641-0-RS	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito ..	RSTJ 201/349
608.053-0-RS	Rel. Min. Francisco Peçanha Martins	RSTJ 201/220
611.711-0-PR	Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca	RSTJ 201/554
612.909-0-RJ	Rel. Min. Denise Arruda	RSTJ 201/118
613.493-0-DF	Rel. Min. Cesar Asfor Rocha	RSTJ 201/464
650.852-0-MG	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 201/124
650.989-0-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 201/468
651.261-0-RJ	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 201/353
658.139-0-RS	Rel. Min. Fernando Gonçalves	RSTJ 201/474
686.325-0-MG	Rel. Min. Castro Filho	RSTJ 201/377
692.889-0-MG	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 201/127
693.150-0-PE	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 201/228
695.886-0-CE	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 201/138
703.471-0-RN	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 201/232
704.551-0-MS	Rel. Min. Jorge Scartezzini	RSTJ 201/482
705.231-0-RS	Rel. Min. Eliana Calmon	RSTJ 201/250
723.698-0-RJ	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 201/147
730.811-0-RJ	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 201/158
732.325-0-PR	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 201/171
738.289-0-GO	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima	RSTJ 201/560
741.729-0-MA	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 201/381
761.950-0-RS	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 201/565
766.673-0-RS	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 201/570
774.126-0-RS	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima	RSTJ 201/582
798.263-0-PR	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 201/182

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* — ROHC

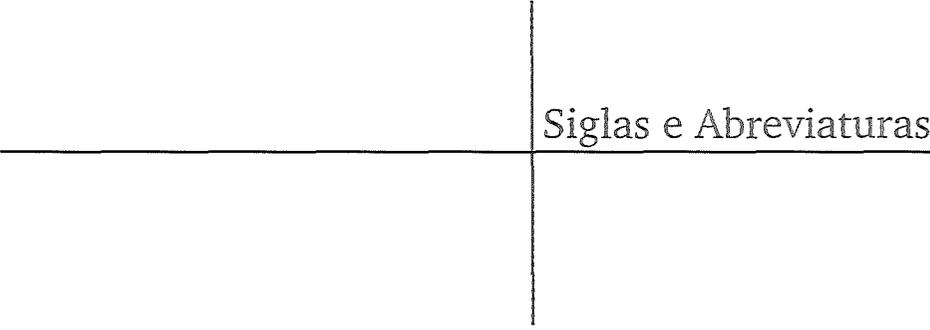
12.672-0-SP	Rel. Min. Hamilton Carvalhido	RSTJ 201/645
-------------------	-------------------------------------	--------------

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA — ROMS

11.781-0-MG.....	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 201/649
12.516-0-PR.....	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSTJ 201/253
14.402-0-PE	Rel. Min. Paulo Medina	RSTJ 201/654

SÚMULAS

Súmula n. 324	RSTJ 201/659
Súmula n. 325	RSTJ 201/660



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 SL	Agravo Regimental na Suspensão de Liminar
AgRg na SLS	Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença
AgRg na SS	Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
AgRg na STA	Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada
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 de Instrumento no Recurso Extraordinário na Medida Cautelar
AgRg no AgRg na MC	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg no AgRg na Pet	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Petição
AgRg no AgRg na Rcl	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Reclamação
AgRg no AgRg na Rp	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Representação
AgRg no AgRg na SS	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança

AgRg no AgRg na STA	Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada
AgRg no AgRg 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 IExec no MS	Agravo Regimental no Incidente de Execução no Mandado de Segurança
AgRg no Inq	Agravo Regimental no Inquérito
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 EAg	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Agravo
AgRg nos EDcl na AR	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Ação Rescisória

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 na STA	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Suspensão de Tutela Antecipada
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 AgRg no CC	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Conflito de Competência
AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração 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
Aneel	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
EAG	Embargos de Divergência no Agravo
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl na AI no RMS	Embargos de Declaração na Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl na APn	Embargos de Declaração na Ação Penal
EDcl na AR	Embargos de Declaração na Ação Rescisória
EDcl na IF	Embargos de Declaração na Intervenção Federal

EDcl na MC	Embargos de Declaração na Medida Cautelar
EDcl na Pet	Embargos de Declaração na Petição
EDcl na Rcl	Embargos de Declaração na Reclamação
EDcl na Rp	Embargos de Declaração na Representação
EDcl na SS	Embargos de Declaração na Suspensão de Segurança
EDcl na STA	Embargos de Declaração na Suspensão de Tutela Antecipada
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 MC	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Medida Cautelar
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 SL	Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar
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 na MC	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar

EDcl no AgRg nos EDcl no CC	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Conflito de Competência
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 EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração 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 EREsp	Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial
EDcl no CAT	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 no REsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial
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 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 no Recurso Especial
EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RMS	Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança
EDcl nos EREsp	Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial
EJSTJ	Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial

ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
HC	Habeas Corpus
HD	Habeas Data
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
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
IUI no AgRg no Ag	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
IUI no REsp	Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso Especial
IUI 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
Pet no MS	Petição no Mandado de Segurança
Pet nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no RE no Ag	Petição nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento

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 na AR	Questão de Ordem na Ação Rescisória
QO no Ag	Questão de Ordem no Agravo de Instrumento
QO no AgRg na SS	Questão de Ordem no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
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
ROHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
SD	Sindicância
SF	Senado Federal

SIGLAS E ABREVIATURAS

SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
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 21.08.1985	n. 01
Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 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 28.08.1985	n. 03
Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ 12.09.1985 Registro cancelado – Portaria n. 1, de 09.02.2006 – DJ de 15.02 2006	n. 04
Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ 10.11.1987 – Registro cancelado – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ 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 1 ^a .12.1989 .	n. 06
Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990	n. 07
Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ 04.06.1999	n. 08
Revista Jurídica – editada por Notadez Informação Ltda – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990	n. 09
Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ 09.05.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000	n. 10
Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990	n. 11
Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – Registro cancelado – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ 09.06.2000	n. 12
Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990	n. 13

Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – Registro cancelado –	
Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001	n. 14
Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ 24.08.1990 – Registro cancelado –	
Portaria n. 2, de 04.07.2003 – DJ 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 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 19.12.1990	n. 17
Jurisprudência Catarinense – editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ 27.05.1991	n. 18
Revista Síntese Trabalhista – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 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 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 13.03.1992	n. 22
Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ 24.04.1992	n. 23
Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ 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 10.11.1992 – Registro cancelado – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003	n. 25
Série – Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ 25.02.1993 – Registro cancelado –	
Portaria n. 2, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004	n. 26
Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ 18.02.1994 – Registro cancelado –	
Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ 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 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 17.06.1994	n. 29
Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ 16.09.1994	n. 30
Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ 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 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 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 02.05.1996	n. 34
Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ 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 23.06.1997 ...	n. 36
Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ 05.11.1998	n. 37
Revista Jurídica Consulex – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ 23.02.1999 – Registro cancelado (a pedido) – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001	n. 38
Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ 15.04.1999	n. 39
Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 Registro cancelado – Portaria n. 2, de 09.02.2006 – DJ de 15.02 2006	n. 40
Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 Registro cancelado – Portaria n. 3, de 09.02.2006 – DJ de 15.02 2006	n. 41
Revista de Estudos Tributários – editada pela Editora Síntese Ltda – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ 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 05.07.1999 – Registro cancelado – Portaria n. 1, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004	n. 43
Revista Interesse Público – editada por Notadez Informação Ltda – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ 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 21.03.2000	n. 45
Revista Brasileira de Direito de Família – editada pela Editora Síntese – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 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 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 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 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 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 07.07.2003	n. 54
Revista Júris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005	n. 55
Revista Bonijuris – editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris – Portaria n. 2, de 18.10.2005 – DJ de 27.10.2005	n. 56
Revista Júris Plenum Trabalhista e Previdenciária – editada pela Editora Plenum Ltda – Portaria n. 3, de 16.12.2005 – DJ 08.02.2006.....	n. 57



ISSN 0103428-6

